

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA**

**ANÁLISE ECONÔMICA E JURÍDICA DA ADOÇÃO DE ACORDOS DE
EXCLUSIVIDADE ENTRE FABRICANTES E REVENDEDORES**

MARCELO CALLEGARI HOERTEL

PORTO ALEGRE

2004

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA**

**ANÁLISE ECONÔMICA E JURÍDICA DA ADOÇÃO DE ACORDOS DE
EXCLUSIVIDADE ENTRE FABRICANTES E REVENDEDORES**

MARCELO CALLEGARI HOERTEL

ORIENTADOR: GIÁCOMO BALBINOTTO NETO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a obtenção do título de mestre em Economia de Empresas.

PORTO ALEGRE

2004

AGRADECIMENTOS

Aos professores do PPGE/UFRGS pela motivação transmitida através de seus conhecimentos e, de forma especial, ao meu orientador:

Prof. Dr. Giacomo Balbinotto Neto pela disponibilidade e interesse sempre demonstrados;

Aos meus pais, Lucila e Max, pelo apoio irrestrito, amizade sincera e exemplo de vida;

À minha esposa, Eliane, com amor, pelo seu companheirismo, dedicação e incentivo, que considero fundamentais à realização deste mestrado;

Ao meu filho, Pedro, pelas descobertas que me proporciona, pela alegria que me traz e pelos “bate-papos” durante as nossas caminhadas.

Obrigado a vocês.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 2 – EVOLUÇÃO DO ANTITRUSTE NOS EUA, EUROPA E BRASIL	19
2.1 AS MOTIVAÇÕES DO ANTITRUSTE.....	20
2.1.1 As Motivações nos EUA.....	21
2.1.2 As Motivações na União Européia	24
2.2 OS OBJETIVOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE	25
2.2.1 Harvard vs. Chicago	26
2.2.2 Eliminação dos Efeitos Autodestrutíveis do Mercado vs. Instrumento de Implementação de Políticas Públicas.	29
2.2.3 A Visão do Antitruste na Europa.....	31
2.2.4 A Visão do Antitruste no Brasil	33
2.3 PRINCIPAIS ORGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS EUA, EUROPA E BRASIL	34
2.3.1 A Implementação da Legislação Antitruste Norte-Americana.....	34
2.3.2 As Instituições Europeias de Defesa da Concorrência.....	35
2.3.3 Órgãos Brasileiros de Defesa da Concorrência	36
2.4 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NOS EUA, UNIÃO EUROPEIA E BRASIL.....	37
2.4.1 A Legislação Antitruste nos EUA	37
2.4.2 Regras da Concorrência na União Européia.....	41
2.4.3 Histórico do Antitruste no Brasil.....	50
2.5 CONCEITOS IMPORTANTES À ANÁLISE ANTITRUSTE.....	57
2.5.1 O Conceito de Mercado Relevante.....	57
2.5.2 Poder de Mercado.....	58
2.5.3 A Abordagem <i>per se</i> e a Regra da Razão	60
2.6 O ANTITRUSTE E AS RESTRIÇÕES VERTICAIS	63
2.7 BREVES CONCLUSÕES REFERENTES AO ANTITRUSTE	64
CAPÍTULO 3 – RESTRIÇÕES VERTICAIS	67
3.1 O CONCEITO DE FIRMA	68
3.2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO	70
3.3 PROBLEMAS NA DISTRIBUIÇÃO QUE ACARRETAM O USO DE RESTRIÇÕES VERTICAIS	72
3.3.1 Duplo <i>Markup</i>	72
3.3.2 <i>Free-Riding</i> entre Distribuidores.....	75
3.3.3 <i>Free-Riding</i> entre Fabricantes	76
3.3.4 Externalidades devido à Ausência de Coordenação entre Distribuidores	77
3.4 TIPOS DE RESTRIÇÕES VERTICAIS	77
3.5 OBJETIVOS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS.....	80
3.6 FATORES QUE INFLUENCIAM OS EFEITOS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS	81
3.6.1 Complexidade do Produto.....	82
3.6.2 Taxa de Mudança Tecnológica.....	83
3.6.3 Custo para o Consumidor	83
3.6.4 Hábito de Compra do Consumidor	83
3.6.5 Formato do Estabelecimento Comercial	84
3.6.6 Tamanho das Firms Concorrentes	84
3.6.7 Informação do Consumidor sobre o Produto.....	85
3.6.8 Percepção sobre a Diferenciação do Produto	85
3.6.9 Posição no Ciclo de Vida do Produto	85
3.6.10 Barreiras à Entrada no Varejo	86

3.6.11 Grau de Substituição do Produto	86
3.6.12 Possibilidade de Retenção do Consumidor	86
3.6.13 Idade do Mercado	86
3.6.14 Lealdade do Consumidor ao Distribuidor	87
3.6.15 Compatibilidade Tecnológica	87
3.6.16 Necessidade de uma Equipe Treinada	87
3.6.17 Peso da Opinião dos Distribuidores na Compra	87
3.6.18 Existência de Canais Alternativos de Distribuição	88
3.6.19 Duração dos Contratos de Exclusividade	89
3.6.20 Natureza dos Contratos	90
3.6.21 Economias de Escopo no Setor Varejista	90
3.7 ESTRUTURA DE VERIFICAÇÃO DOS EFEITOS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS	91
CAPÍTULO 4 – ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE (<i>EXCLUSIVE DEALING</i>)	94
4.1 CANAIS DE DISTRIBUIÇÃO	96
4.2 A TEORIA DOS SERVIÇOS ESPECIAIS	98
4.3 SCHERER (1980), MARVEL (1982), STEUER (1983) E JACOBSON (2002): O CONFRONTO E A EVOLUÇÃO DE POSIÇÕES SOBRE AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE EM CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO	101
4.3.1 A Visão de Scherer (1980)	102
4.3.2 A Contraposição de Marvel (1982)	104
4.3.3 A Síntese de Steuer (1983)	112
4.3.4 Jacobson (2002) e a Mudança de Foco na Avaliação das Revendas Exclusivas	118
4.4 LI e DANT (1997), IGLESIAS e VÁZQUEZ (2001) e OS EFEITOS DA DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA PARA OS DISTRIBUIDORES	121
4.5 EFEITOS ECONÔMICOS PROVOCADOS PELA ADOÇÃO DE ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE	124
4.5.1 Efeitos Anticompetitivos	124
4.5.2. Efeitos Pró-competitivos	128
4.6 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO	132
CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DE CASOS QUE ENVOLVEM CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE	135
5.1 OS ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE SOB A VISÃO DAS LEIS ANTITRUSTE NORTE-AMERICANAS	136
5.1.1 <i>Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co</i> (1922)	140
5.1.2 <i>Standard Oil Company of California and Standard Stations, Inc vs. U.S.</i> (1949)	143
5.1.3 <i>Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co.</i> (1961)	145
5.1.4 <i>Federal Trade Commission vs. Brown Shoe Co.</i> (1966)	148
5.1.5 <i>Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania</i> (1977)	149
5.1.6 <i>Beltone Eletronics Corp.</i> (1982)	151
5.1.7 <i>Omega Environmental, Inc vs. Gilbarco, Inc.</i> (1997)	154
5.2 OS ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE E A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA	155
5.2.1 Secretaria de Direito Econômico vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda. (PA 32/92)	157
5.2.2 Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma (PA 138/93)	158
5.2.3 Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo vs. Indústrias Alimentícias Gerais (KIBON), (PA n° 148/94)	160
5.2.4 Organização Médica Clinihauer Ltda v. UNIMED/Toledo - PR – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. (PA n°08000.019008/95-96)	164
5.2.5 Philip Morris vs. Souza Cruz (PA n°08012.003303/98-25)	166
5.2.6 Federação Nacional da Distribuição de Veículo Automotores (FENABRAVE) vs. Fiat, Volkswagen, Ford e General Motors (PA n° 08012.006808/2000-81)	177
5.3 AVALIAÇÃO DE CASOS SEGUNDO O CRITÉRIO DE DOBSON E WATERSON (1996)	184
5.3.1 Souza Cruz vs. Phillip Morris	184
5.3.2 FENABRAVE vs. Montadoras	188
5.4 CONCLUSÕES REFERENTES AO ESTUDO DE CASOS	190
CAPÍTULO 6 - CONCLUSÕES	195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	207

LISTA DE FIGURAS

Figura 2.1: Perda Bruta decorrente do Poder de Monopólio.....	21
Figura 2.2: As Cinco Forças Competitivas de Porter	59
Figura 3.1: A firma como o Ponto Focal para um Conjunto de Contratos	69
Figura 3.2: Relações Estratégicas Possíveis de Serem Estabelecidas entre Compradores e Vendedores	71
Figura 3.3: Integração Vertical – Condição de Maximização de Lucro	73
Figura 3.4: Duplo Markup – Redução do Lucro Conjunto de Fabricante e Distribuidor	75
Figura 4.1: Serviços Especiais – Aumento na Produção e na Diferença entre os Preços de Revenda e de Atacado	99
Figura 4.2 Estratégia Dominante no Problema de Free-Riding	100

LISTA DE QUADROS

Quadro 2.1: A Legislação Antitruste nos Estados Unidos	40
Quadro 2.2: A Legislação Antitruste na União Européia	48
Quadro 2.3: A Legislação Antitruste no Brasil	55
Quadro 3.1: Metodologia de Análise do Efeito Líquido Originado a partir da Adoção de Restrições Verticais (Dobson e Waterson)	92
Quadro 3.2: Natureza do Produto e da Distribuição na Geração de Eficiências Econômicas	93
Quadro 5.1: Representação da Análise dos Casos Souza Cruz vs. Phillip Morris e FENABRAVE vs. Montadoras Automobilísticas Utilizando-se o Critério de Dobson e Waterson	191
Quadro 5.2: Pontos de Destaque nos Casos Analisados	192

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CECD	Cláusulas de Exclusividade em Contratos de Distribuição
DoJ	Department of Justice
DPDE	Departamento de Proteção de Defesa Econômica
FENABRAVE	Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores
FTC	Federal Trade Commission
MF	Ministério da Fazenda
MJ	Ministério da Justiça
RPM	Resale Price Maintenance
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SUNAB	Superintendência Nacional de Abastecimentos
TMH	Teste do Monopolista Hipotético
UNIMED	Cooperativa de Trabalho Médico

RESUMO

Este trabalho trata de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição estabelecidos entre fabricantes e revendedores e de sua interpretação perante as leis de defesa da concorrência. O conhecimento dos objetivos e da evolução nas interpretações das legislações antitruste nos Estados Unidos, Europa e Brasil, possibilitou o entendimento e a comparação dos principais métodos de análise da legalidade dos acordos de exclusividade. Por outro lado, o estudo da teoria econômica e a análise de casos práticos sobre o respectivo assunto permitiram a sistematização dos potenciais efeitos anti e pró-competitivos decorrentes da adoção deste tipo de prática restritiva e dos fatores que atuam reduzindo ou intensificando-os. Enquanto na Europa a sistemática de análise de condutas anticompetitivas, em acordos de fornecimento e distribuição, baseia-se em uma série de abordagens *per se*, seguida do cálculo da quota de mercado, nos Estados Unidos e no Brasil as correspondentes sistemáticas concentram-se na constatação do poder de mercado e na subsequente utilização da “regra da razão” visando a ponderação entre as restrições e as eficiências geradas à concorrência. As cláusulas de exclusividade, ao possibilitarem a proteção aos investimentos do fabricante e promoverem o estímulo aos esforços de venda dos distribuidores, atuam incentivando a prestação de serviços especiais em conjunto à comercialização de produtos físicos, o que pode determinar a promoção da competição inter e intramarcas.

ABSTRACT

This work attempts to make a study of exclusive dealing in manufacturer-distributor relationship and its interpretation before the competition defense laws. The knowledge of the objectives and the evolution in interpretation of antitrust laws in the USA, Europe and Brazil has provided us with the understanding and the comparison of the main methods of analysing the legality of exclusive dealing arrangements. On the other hand, the study of the economic theory and the practical cases analysis about the subject have allowed the systematization of the potential anti and pro-competitive effects arising from the adoption of this kind of restraining practice and from the factors that influence their reduction or intensification. While in Europe the analysis of anticompetitive behavior in supplying and distribution deals is based on several approaches *per se*, followed by the calculation of market share, in the US and in Brazil, the corresponding analysis concentrate on the market power verification and on the following use of the “rule of reason”, aiming to ponder the restrictions and efficiency generated to competition. As the exclusive dealing provisions provide the protection of the manufacturer’s investments and promote an incentive to the dealer’s selling efforts, it works on stimulating the marketing of physical products, which may determine the promotion of inter and intrabrands competition.

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar as cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição (CECD) entre fabricantes e revendedores, seus efeitos anti e pró-competitivos e o tratamento das mesmas perante a legislação antitruste, destacando sua evolução, mudanças de interpretação ao longo do tempo e aplicações a casos concretos.

Marvel (1982, p. 1) define os acordos de exclusividade, também conhecidos por acordos de “distribuição exclusiva¹” (*exclusive dealing*), como “[...] uma cláusula contratual por meio da qual revendedores ou distribuidores comprometem-se a não comercializar produtos de um fornecedor concorrente.”

Segundo Steuer (1983, p.102), “ ‘Exclusive dealing’, conforme definido na literatura normativa, é uma restrição imposta por um fornecedor a um revendedor, impossibilitando-o de adquirir certo tipo de produto de qualquer outro fornecedor.”

Considerada como uma das quatro formas mais comuns de restrições verticais (CHURCH; WARE, 2000, p. 689), a “distribuição exclusiva”, para González-Hernando, Argüelles e Gutierrez (2003, p. 23), “[...] pode ser definida como um acordo entre dois membros adjacentes de uma cadeia, por meio do qual o revendedor aceita não comercializar produtos de marcas concorrentes àquela do fornecedor.”

Portanto, as cláusulas de exclusividade, inseridas em contratos de distribuição, regem a relação entre fabricantes e distribuidores, levando à existência de canais de distribuição integrados por firmas independentes. O entendimento da importância da adoção de CECD requer, então, a compreensão prévia do significado de “firma”, de suas opções estratégicas de distribuição do produto, dos efeitos originados a partir das relações estabelecidas entre fabricante e distribuidores, do papel dos contratos e da relevância das restrições verticais nestas relações.

¹ Embora na Europa a expressão “distribuição exclusiva” esteja associada à prática de comercialização em territórios exclusivos, este trabalho empregará tal expressão como a tradução de *exclusive dealing*, termo adotado nos Estados Unidos e que se refere aos contratos que tornam um estabelecimento comercial revenda exclusiva de determinado fabricante. Além desta expressão, o termo “acordos de exclusividade” é empregado na legislação brasileira referindo-se a esta mesma restrição.

Assim, a compreensão tradicional da “firma”, onde sua organização e atividades respondem a uma função de produção que objetiva maximizar seus lucros, não é capaz de explicar os limites de seu tamanho; nem em sua dimensão horizontal, no que se refere à quantidade a ser fabricada de cada produto; nem na vertical, referente ao número de estágios na cadeia vertical de produção que serão abrangidos pela própria firma (CHURCH; WARE, 2000, p. 62). Também, esta mesma visão, que considera a existência de apenas um gerente central como único tomador de decisões de produção e preço, não possibilita a abordagem de diversos aspectos geradores de conflitos de interesses existentes dentro das firmas, as chamadas relações de agência². (BRICKLEY; SMITH; ZIMMERMAN, 2001, p. 240).

Brickley, Smith e Zimmerman (2001, p. 462), após observarem que os bens de consumo são produzidos através de uma série de etapas descritas como cadeia vertical de produção, dentre as quais a distribuição ao consumidor é a última, aprofundam o entendimento de firma apresentando três opções estratégicas de como estas podem coordenar suas atividades de produção subseqüentes. Imaginando as possibilidades sobre uma linha contínua, posicionam os contratos de longo prazo no centro entre dois extremos: o mercado pulverizado e a integração vertical³. Church e Ware (2000, p. 65) consideram tais opções como formas alternativas de governança.

Os contratos de longo prazo consistem, desta forma, em uma escolha estratégica a ser estabelecida na relação entre firmas independentes (fabricante-distribuidor), com o objetivo de definir termos e condições de troca referentes ao processo de distribuição do produto até o consumidor final.

Em relação à distribuição, Kotler (2000, p. 210) observa que a maioria dos fabricantes não vende seus produtos diretamente para os consumidores finais. Entre eles há vários intermediários realizando funções específicas. Estes intermediários constituem o canal de distribuição.

O Livro Verde⁴ (1997, p. iii), ao tratar de sistemas de distribuição, ratifica a observação anterior ao afirmar que são raros os produtores que distribuem, eles próprios, os seus produtos aos clientes finais, recorrendo, na maioria dos casos, a distribuidores

² Pindyck e Rubinfeld (2002, p. 617) definem “relação de agência” como um arranjo entre pessoas no qual o bem-estar de um dos participantes depende daquilo que é feito por uma outra pessoa, também participante.

³ Azevedo define “integração vertical” como a organização de dois processos produtivos sucessivos por uma mesma firma, diferenciando-a de “arranjos verticais, termo mais amplo que engloba, além da própria integração vertical, a transferência de alguma espécie de controle entre firmas que operam em estágios sucessivos da cadeia produtiva ou, ainda, as relações financeiras estabelecidas entre essas firmas.

⁴ “Livro Verde sobre as Restrições Verticais no Âmbito da Política Comunitária da Concorrência”, elaborado pela Comissão, órgão executivo da União Européia (1997).

especializados. Acrescenta que, em alguns setores, podem advir economias consideráveis, decorrentes de uma cooperação na cadeia de distribuição e que se refletem em maiores eficiências e menores custos aos consumidores.

Segundo analisa Monti (2002, p.4):

A distribuição é um *sector* fundamental da economia europeia, não apenas devido à sua dimensão e ao número de pessoas que emprega, como também pela relevância que tem para outros *sectores* (isto é, quase todos os bens chegam ao consumidor final através de um canal de distribuição). Por conseguinte, é essencial para a prosperidade da Europa manter os mercados de distribuição abertos e competitivos.

O Livro Verde (1997, p. 6) apresenta informações numéricas demonstrando a importância do setor de distribuição para a economia europeia:

A maioria das mercadorias e muitos serviços procedem do produtor para o consumidor através de um processo de comercialização e/ou distribuição. A distribuição deve ser considerada não apenas como um *sector* mas também como um processo ou uma função na economia. Desempenha uma função de valor acrescentado por direito próprio. 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*.

A venda no varejo é o último elo na cadeia de distribuição entre o fabricante e o consumidor no que se refere à maioria dos bens de consumo. No entanto, são raros os fabricantes que possuem os seus próprios estabelecimentos de venda a varejo. Confiam esta atividade a distribuidores especializados devido, quer às suas economias de escala e de escopo, quer ao seu capital ou aos seus conhecimentos locais.⁵

Carlton e Perloff (2000, p. 397) descrevem esta relação entre um fabricante e um distribuidor como uma relação de agente-principal. O fabricante (principal) contrata distribuidores (agentes) para venderem seus produtos. O fabricante, entretanto, não consegue observar perfeitamente o nível de esforços de venda realizado pelos distribuidores e, assim, não percebe quando estes tentam obter vantagens. Surge, então, um problema relativo à diferença de objetivos perseguidos pelos dois participantes na relação.

Embora Church e Ware (2000, p. 72) considerem que os contratos entre fabricantes e distribuidores alinhem os incentivos ao disponibilizarem um mecanismo que permite às partes envolvidas negociarem estando comprometidas com um comportamento futuro, Brickley, Smith e Zimmerman (2001, p. 248) reconhecem que os contratos possuem limitada

⁵ Cf. Livro Verde, 1997, p. 10.

capacidade em resolver os conflitos de interesses surgidos em razão de uma distribuição não homogênea de informações entre os participantes (assimetria de informações). Consideram os problemas de agência como surgidos após o estabelecimento do contrato.

Dobson e Waterson (1996, p. 2-3) apontam as restrições verticais como forma de harmonizar esta divergência de interesses constatada na relação entre fabricante e revendedor: “[...], interesses do fabricante e do revendedor podem divergir em situações em que externalidades decorram de uma decisão individual de uma das partes e não de uma decisão conjunta. As restrições verticais podem constituir-se em uma resposta para harmonizar interesses, seja pela imposição de um dos interessados, seja por meio de acordo.”

Carlton e Perloff (2000, p. 396), desenvolvem o conceito de restrições verticais como negociações contratuais entre fabricante e revendedor onde, além do pagamento do preço de atacado pelo produto, são estabelecidas limitações às ações do distribuidor. O objetivo do fabricante é aproximar as condições de saída do produto à situação que ocorreria caso existisse uma integração vertical.

A OECD⁶ (1999, p. 4) aponta que, em razão de poderem provocar um significativo impacto nos negócios, faz-se necessário um exame adequado de como as restrições verticais são percebidas perante a legislação antitruste.

Relacionamentos verticais contemplam desde transações entre firmas completamente independentes até a integração de dois ou mais níveis em uma única firma. Entre estes dois extremos há arranjos contratuais que restringem a liberdade de ação de uma ou ambas as firmas, o fabricante e/ou o distribuidor. As restrições verticais incluem restrições de preço (manutenção de um preço mínimo ou máximo de revenda) e restrições não relacionadas a preço (arranjos de exclusividade territorial, distribuição exclusiva, venda casada, distribuição seletiva, quota mínima, tarifa em duas partes, entre outros). Como tais “restrições verticais” podem, potencialmente, possuir um impacto significativo nas relações comerciais, vários encontros de trabalho conjuntos foram dedicados ao exame da teoria e aplicação de tais restrições, abordando, inclusive, como os mesmos são geralmente tratados em vista da legislação antitruste.

Dobson e Waterson (1996, p. 2-3) também salientam a importância da interação entre as restrições verticais e as políticas antitruste:

Ao passo que tais restrições podem incrementar os benefícios às firmas envolvidas (removendo externalidades), as mesmas não podem ser presumidas como socialmente desejáveis. Geralmente, as firmas desejam restringir a competição para aumentar lucros, enquanto a sociedade, por outro lado, pode preferir a existência de competição mais intensa. O problema para o condutor da política consiste em determinar o efeito líquido da proibição de uma restrição, dado que poderá persistir uma situação de competição imperfeita.

⁶ Organization for Economic Cooperation and Development (1999), França.

As restrições verticais despertam interesse na prática e na literatura antitruste por conta de sua onipresença, variedade e diversidade de efeitos. Até os anos de 1960, a adoção de restrições verticais era vista nos Estados Unidos (local de referência para a análise antitruste) com suspeita. A partir dos anos de 1970, com a Escola de Chicago e o desenvolvimento do conceito de custos de transação, estas restrições começam a ser vistas como respostas eficientes às falhas de mercado, trocando-se a presunção de ilegalidade pela de legalidade⁷. Apesar de muitas vezes as restrições verticais serem adotadas para responder a falhas de mercado, há de se ter cuidado, pois em outras vezes o objetivo é de aumento do poder de mercado, gerando efeitos negativos. Portanto, não se pode analisar o impacto de restrições sem um prévio exame da estrutura do mercado subjacente ao setor.

O Livro Verde (1997), ao abordar as controvérsias sobre os efeitos das restrições verticais na União Européia, aponta que, no início da década de 1980, estas práticas deixaram de ser consideradas nefastas para a concorrência, passando a haver a percepção generalizada de que eram inofensivas (Escola de Chicago). Atualmente, começa a se formar um novo consenso onde predomina a prudência, visto que as restrições verticais não podem ser consideradas totalmente benéficas em si para a concorrência. Salienta, ainda, que a teoria econômica contemporânea aborda a importância da estrutura do mercado na determinação do impacto das restrições verticais sobre a concorrência, ou seja, “Quanto maior for a concorrência entre as marcas, tanto mais os efeitos a favor da concorrência e da eficiência tenderão a compensar quaisquer efeitos anticoncorrenciais decorrentes das restrições verticais, [...]” (Livro Verde, 1997, p. 21).

Assim, a importância do estudo das cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, do ponto de vista doutrinário, provém da diferença entre os princípios defendidos pelas escolas de Harvard, que, ao lhes atribuir potencial de exclusão, tende a considerá-las anticompetitivas; e Chicago, que normalmente as considera eficientes e pró-competitivas. (BURGESS, 1995, p.341).

Do ponto de vista teórico, as cláusulas de exclusividade, ao lado de acordos de venda casada e fusões verticais, por apresentarem potencial de exclusão como efeito anticompetitivo, diferenciam-se da prática de fixação do preço de revenda (*RPM*) e de restrições territoriais, as quais possuem como principal efeito anticompetitivo o potencial de conluio. (BURGESS, 1995, p. 341).

⁷ Cf. Salgado (1997).

Steuer (1983, p. 101) observa que a cláusula de exclusividade é uma das práticas mais comuns dentro do âmbito das leis antitruste. Como é marcada por contradições aparentes, é também uma das menos entendidas. É um tipo de restrição vertical, mas atua de forma diferente às restrições territoriais, limitando a atividade de compra mais do que a de venda. Limita a competição intermarcas, mas não a competição intramarcas. Por outro lado, Steuer (1983, p. 102), ao observar que as cláusulas de exclusividade também podem aumentar a eficiência e promover a competição intermarcas, salienta seu efeito ambíguo.

Segundo Li e Dant (1997, p. 201), “[...] a distribuição exclusiva, um dos arranjos contratuais mais comuns dentro de canais de distribuição, tem recebido relativamente pouca atenção como um formato viável de governança unilateral”. Estes autores diferenciam a distribuição exclusiva de outras três formas de restrições verticais observando que, enquanto as práticas de fixação do preço de revenda, território exclusivo e venda casada têm por objetivo restringir os direitos de venda do distribuidor, a distribuição exclusiva restringe, basicamente, a liberdade do distribuidor na compra de linhas de produtos alternativos.

Heide, Dutta e Bergen (1998, p. 388), após afirmarem que os contratos de distribuição exclusiva são uma prática comum em muitos mercados, observam que a “distribuição exclusiva tem sido objeto de debates econômicos teóricos por longo período, sendo que o ponto central em tal discussão é o relacionamento entre a distribuição exclusiva e a eficiência do negócio.”

Iglesias e Vázquez (2001, p. 216), ao tratarem dos acordos de distribuição exclusiva, salientam que: “[...] apesar do importância destes acordos, ‘[...] O baixo número de estudos analisando a influência dos acordos de exclusividade sobre as estratégias de negócios dos distribuidores é particularmente notável’ (Fein and Anderson, 1997).”

Portanto, do ponto de vista teórico, as contradições com relação à eficiência econômica de seus efeitos, o pouco conhecimento sobre as mesmas, o amplo emprego em diversos mercados e as diferenças em relação a outras formas de restrições verticais, tornam o estudo das cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição de grande importância.

Frasco (1991, p. v-1), ao focar a distribuição exclusiva como um tipo especial de contrato de fornecimento, chama a atenção para a sua presença nas atividades econômicas e a conseqüente importância no campo das políticas antitruste:

Um contrato de fornecimento é um simples acordo formal que define os termos da transferência de um produto de um fornecedor a um comprador. [...] contratos de fornecimento são utilizados por uma grande gama de atividades econômicas significativas. A teoria dos contratos de fornecimento deve, portanto, ser um ponto importante para aqueles que definem políticas. [...] O campo das políticas antitruste

envolvendo contratos de fornecimento tem sido uma área de debates acadêmicos entre economistas e advogados.

Desta forma, o tratamento dispensado pelas legislações antitruste americana, européia e brasileira também demonstra a importância da distribuição exclusiva como um tipo de restrição vertical a ser estudado. Tratado explicitamente no Anexo I da Resolução n° 20 do CADE, de 9 de junho de 1999, como “Acordos de exclusividade” e nas “Orientações relativas às restrições verticais”, Comunicação da Comissão da União Européia de 13 de outubro de 2000, como “Marca única”; os contratos de distribuição exclusiva já fazem parte da legislação antitruste norte-americana desde 1914. O *Clayton Act*, em seu parágrafo 3°, condena expressamente os contratos de *exclusive dealing* ao declarar “fora-da-lei qualquer pessoa engajada em negócios... que exigir concordância dos compradores... para não usar os bens... de um concorrente...”, desde que o efeito de tais contratos sejam de diminuir substancialmente a competição ou tenham tendência a criar um monopólio em qualquer linha de comercialização.

Portanto, este trabalho pretende contribuir com a sistematização teórica dos potenciais efeitos anti e pró-competitivos resultantes da adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição. Pretende também, por meio do conhecimento dos objetivos e da evolução das interpretações e das próprias leis antitruste, entender e comparar os principais métodos de análises destas práticas nos Estados Unidos, Europa e Brasil.

Uma vez conhecida a teoria, o estudo de casos concretos e de outros amplamente destacados na literatura permite observar como a legislação antitruste é interpretada e aplicada na prática.

A principal pergunta a ser respondida neste trabalho é:

- (i) Quais são os efeitos econômicos anti e pró-competitivos gerados pela adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, segundo a análise antitruste, para fabricante, distribuidores, empresas rivais e consumidores (sociedade)?

Além desta, o trabalho também procurará responder:

- (ii) Quais são as teorias que embasam a adoção de contratos de distribuição exclusiva como geradores de eficiência?
- (iii) De que forma a Teoria dos Serviços Especiais, desenvolvida por Telser (1960) é capaz de explicar a adoção de cláusulas de exclusividade como geradora de eficiências para as vendas, fabricante e consumidores?

- (iv) A distribuição exclusiva pode ser benéfica às revendas da mesma forma como ela é benéfica ao fabricante e aos consumidores? O que é oferecido às revendas em troca da aceitação das cláusulas de exclusividade?
- (v) Quais os objetivos perseguidos pelas legislações antitruste nos Estados Unidos, União Européia e Brasil?
- (vi) Qual a posição/tratamento dos organismos de defesa da concorrência quanto às restrições verticais e cláusulas de exclusividade e suas mudanças de interpretação ao longo do tempo nos Estados Unidos, Europa e Brasil? Qual o nível de concordância (ou divergência) destes órgãos nas decisões?
- (vii) Quais os fatores que, na avaliação de práticas anticoncorrenciais, determinam a legalidade ou não destas?
- (viii) Quais os fatores que levam à adoção de restrições verticais?
- (ix) Quais os fatores que influenciam o efeito destas restrições e de que forma?
- (x) Os conflitos originados a partir da adoção de acordos de exclusividade ocorrem entre as partes diretamente envolvidas (fabricante x distribuidor) ou entre estes e empresas competidoras ou consumidores?

Além deste capítulo introdutório, esta dissertação possui mais 5 capítulos. No segundo capítulo, faz-se um levantamento da evolução e da posição atual da legislação antitruste nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil. Busca-se contextualizar os fatores determinantes de seu surgimento, os fatores determinantes na condução da avaliação das práticas anticoncorrenciais e identificar os objetivos desta legislação nos países estudados. Apresentam-se também os principais conceitos relacionados ao antitruste, o que permitirá uma maior compreensão do assunto tratado ao longo deste trabalho.

O terceiro capítulo trata de “restrições verticais”. Com o objetivo de inseri-las na relação entre fabricante e distribuidor, são apresentados os conceitos de firma, relação agente-principal, contrato, custos de transação e integração vertical. A seguir, abordam-se os principais tipos de restrições verticais, seus objetivos e os fatores que influenciam seus efeitos, bem como os problemas que acarretam a adoção das mesmas. Finaliza-se o capítulo apresentando-se duas metodologias propostas por Dobson e Waterson (1996) e ampliadas por Balbinotto e Hillbrecht (2004). Enquanto a primeira procura determinar se as naturezas do produto e do sistema de distribuição são adequadas à adoção de práticas restritivas; a segunda sistematiza uma forma de verificar se o efeito líquido originado a partir destas práticas é ou não gerador de eficiências econômicas.

No capítulo 4, apresenta-se uma discussão teórica sobre as cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, destacando-se a Teoria dos Serviços Especiais (TELSER, 1960), que atribui aos serviços prestados pela revenda o aumento de valor agregado do produto ao consumidor, e a Teoria de Marvel (1982), que entende os contratos de distribuição exclusiva como criadores de direitos de propriedade para os fabricantes. São analisados, também, os principais efeitos econômicos originados por estes contratos, bem como a mudança de foco do percentual de “bloqueio do mercado” (*foreclosure*) para a constatação do uso indevido do “poder de mercado” como forma de avaliar a legalidade dos contratos de distribuição exclusiva. São estudados, ainda, os efeitos destes contratos especificamente para os distribuidores. Por fim, são comentados os efeitos econômicos, anti ou pró-competitivos, oriundos da adoção destes acordos de exclusividade em contratos de distribuição.

Na quinta parte, realiza-se uma análise de sete casos norte-americanos e seis brasileiros envolvendo contratos de exclusividade, com o objetivo de verificar a visão e aplicação das leis antitruste pelos respectivos órgãos de defesa da concorrência. Estes casos foram escolhidos em razão do destaque recebido na literatura antitruste norte-americana ou por representarem significativas decisões do CADE sobre o assunto. É possível perceber a evolução do entendimento da legislação antitruste americana quanto a este tipo de restrição vertical e sua influência na aplicação das leis antitruste brasileiras. Partindo da verificação da existência de poder de mercado, passando pela identificação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências geradas pela conduta, chega-se a uma visão quanto à ocorrência ou não de infração à ordem econômica através da mensuração dos efeitos líquidos. Adota-se o método de análise da eficiência econômica proposto por Dobson e Waterson (1996) e expandido por Balbinotto e Hillbrecht (2004) a dois casos brasileiros.

Por fim, no capítulo 6, o trabalho é finalizado apresentando-se as considerações finais e as respostas às perguntas formuladas com base no que foi visto nos capítulos anteriores. Com isto, espera-se ter contribuído para a análise desta importante questão que afeta o funcionamento e o desempenho de uma economia de mercado.

CAPÍTULO 2 – EVOLUÇÃO DO ANTITRUSTE NOS EUA, EUROPA E BRASIL

A importância deste capítulo deve-se ao fato do tema desta dissertação se situar na intersecção entre o Direito e a Economia, sendo que sua análise constitui um híbrido de aspectos jurídicos e econômicos.

De acordo com Mello (2002, p. 485),

Uma política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados.

Segundo a mesma autora isto é alcançado à medida que esta política busca limitar o exercício abusivo do poder de mercado, pois, a princípio, empresas que detivessem este poder seriam capazes de prejudicar o processo competitivo, gerando ineficiências como resultado de seu exercício.

Contudo, apesar da aparente simplicidade, observa-se que os objetivos finais perseguidos pelas normas antitruste variam em função do local e da época em que estão inseridas. As diferentes posições defendidas pelas escolas de Harvard e Chicago, nos Estados Unidos, trazem a discussão sobre o nível apropriado de intervenção do Estado na economia. Forgioni (1998) aprofunda este debate ao apresentar a legislação antitruste como não tendo na defesa da concorrência sua finalidade principal, mas servindo precipuamente como um instrumento de implementação de políticas públicas.

Portanto, diante desta amplitude de percepções que demonstram o quanto o antitruste é controverso (BURGESS, 1995, p. 200), um estudo mais aprofundado torna-se interessante. Assim, este capítulo inicia apresentando as motivações que impulsionaram a adoção das leis antitruste, possibilitando, então, o entendimento da necessidade do surgimento das mesmas. Após a análise das diferentes posições mencionadas no parágrafo anterior, quanto ao objetivo destas normas, faz-se a identificação dos principais órgãos governamentais responsáveis pela elaboração e aplicação das mesmas, assim como da evolução histórica da legislação de defesa da concorrência nos Estados Unidos, União Européia e Brasil, permitindo a compreensão da estruturação destes “Estados” perante a questão da defesa da concorrência. Em seguida,

apresentam-se os conceitos mais importantes para a realização de uma análise adequada da prática de atos ou condutas restritivos à concorrência. Encerra-se o capítulo com uma breve conclusão, comparando-se as formas de análise das práticas anticoncorrenciais, as motivações para a adoção das legislações antitruste e os objetivos perseguidos com as mesmas nos Estados Unidos, União Européia e Brasil.

2.1 AS MOTIVAÇÕES DO ANTITRUSTE

Durante o século XIX, a livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar uma elevada concentração de capitais, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios, através da prática dos chamados “preços de monopólio”, propiciavam altos lucros aos empresários (produtores ou comerciantes) pagos pelos consumidores. Verificou-se a colisão entre os interesses destes dois agentes. Os custos sociais decorrentes da prática do poder de monopólio, conforme representação na Figura 2.1, demonstram a necessidade de algum tipo de regulamentação. O retângulo e os triângulos sombreados mostram as alterações ocorridas nos excedentes do consumidor e do produtor, quando se passa do preço e quantidade competitivos, P_c e Q_c , para o preço e quantidade de monopólio, P_m e Q_m . Em consequência do preço mais alto, os consumidores perdem $A+B$ e o produtor ganha $A-C$. A perda bruta é $-B - C$.

Segundo Forgioni (1998), essa regulamentação visava apenas à correção do sistema. Atuava-se, assim, tão somente sobre a excessiva acumulação de poder em mãos de alguns poucos agentes econômicos, fato que resultava na instabilidade do sistema, comprometendo-o e determinando a necessidade de sua adaptação.

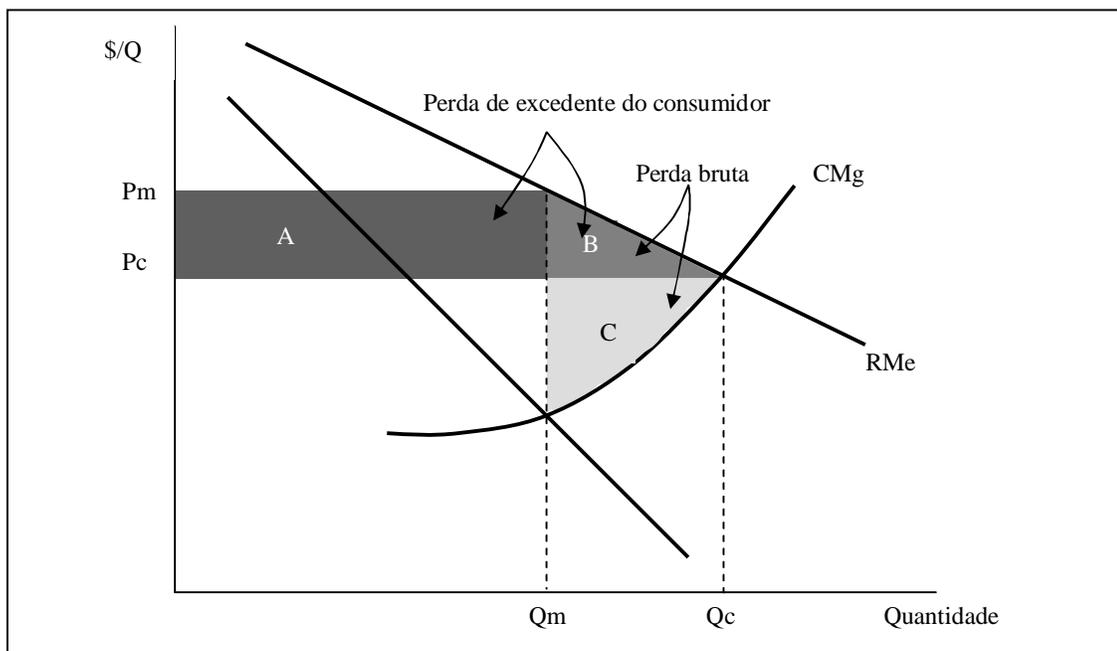


Figura 2.1: Perda Bruta decorrente do Poder de Monopólio

Fonte: Pindyck; Rubinfeld (2002, p. 346)

2.1.1 As Motivações nos EUA

No processo de desenvolvimento norte-americano, iniciado aproximadamente a partir de 1865, as estradas de ferro desempenharam uma função decisiva na viabilização do transporte de mercadorias e escoamento da produção, integrando grande parte do país através de canais de acesso a vários mercados e centros de produção. Esta integração territorial, aliada ao surgimento da produção em série, ampliou o mercado e mudou as feições da concorrência, inclusive, entre empresas antes isoladas geograficamente.

Segundo Heilbroner apud Forgioni (1998, p. 68), na década de 1870, as estradas de ferro iniciaram um processo de competição acirrada na disputa pela clientela. No ano de 1869, por exemplo, a tarifa do frete ferroviário do percurso Nova Iorque – Chicago para um quintal de grão caiu de US\$ 1,88 para US\$ 0,40 em apenas vinte dias. Posteriormente a tarifa voltou a subir para US\$ 1,88 despencando, logo em seguida, para US\$ 0,25.

Diante deste quadro, as ferrovias resolveram celebrar acordos visando sua “mútua proteção” e, através da prática de tarifas “razoáveis”, neutralizam a concorrência. Dessa

associação, organizada formalmente no ano de 1889, surge a *Trans-Missouri Freight Association*.

Assim como nas estradas de ferro, em outros setores da economia norte-americana também se verificou o fenômeno da cartelização, caracterizado pelo grande inconveniente da instabilidade, por não serem juridicamente vinculantes para qualquer das partes. Não atingindo os resultados desejados, os agentes econômicos decidem por deixar de adotar as organizações em cartéis e optam por lançar mão do *trust*, instituto tradicional do sistema anglo-saxão. O industrial transferia a um *trustee* o poder derivado de suas ações, recebendo, em contrapartida, um *trust certificate*. Os trustes, então, proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, impedindo, de maneira segura e estável, que a concorrência se restabelecesse entre eles.

O *Standard Oil*, celebrado em 1882, foi o primeiro e mais conhecido de todos os trustes. Rockefeller, seu administrador, fez com que essa empresa por muitos anos controlasse a indústria americana do petróleo.

Os Estados Unidos entram em um período de típica concentração, com a diminuição do número de empresas e a convergência do poder em mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos trustes. Não se deve, no entanto, imaginar que foi apenas o movimento no sentido da trustificação e da fusão que promoveu o surgimento da firma gigantesca. Igualmente, ou mais importante, foi o processo de simples crescimento interno, quando, por exemplo, General Motors, AT&T, Du Pont e Ford encontraram seus mercados em franca expansão. Conseqüentemente, a partir de 1880, acentuam-se as discussões sobre os trustes e o poder econômico que concentravam. De um lado, grandes empresários e economistas, de outro, consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários. Os primeiros sustentando que a concentração do poder econômico propiciava o incremento da produção e a expansão da indústria e que a própria concorrência já era o fator regulador do mercado. Consideravam uma evolução “natural” a substituição do sistema de competição pela colaboração entre as empresas. Os segundos, ao invés, atribuíam, à concentração do poder econômico, a prática de preços de monopólio e de outros males que assolavam a sociedade da época (corrupção de servidores públicos, protecionismo tarifário, controle das ações dos concorrentes pela baixa de preços e fraude a investidores).

Já no final do ano de 1887, a população se colocava abertamente contra a distorção na economia causada pela excessiva concentração do poder econômico. Fox e Sullivan apud Forgioni (1998, p.73) relatam esse estado de espírito: “Durante os anos 1880, houve uma

focalização nos efeitos negativos do desenvolvimento e uma busca à legislação e ao governo para solucionar os problemas surgidos na economia.”

Nas eleições de 1888, o presidente Harrison é eleito com campanha orientada pela tônica do antitruste. Em 1890, finalmente, o *Sherman Act* é promulgado.

O *Sherman Act* (1890) é considerado por muitos como o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico, mas não constitui uma reação ao liberalismo econômico, visto que visava, justamente, à correção das distorções trazidas pela excessiva acumulação de capital. Tratava, portanto, de tutelar o próprio mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis.

Tal visão é compartilhada por Xavier e por Fox e Sullivan apud Forgioni (1998, p. 65) quando destacam que, à época, acreditava-se que a livre concorrência era essencial à eficiência econômica e sua regulamentação constituía um dilema para ambas as partes no debate que antecedeu à promulgação do *Sherman Act*. Se havia dúvidas naquele período histórico, hoje está consolidada a visão global do fenômeno e não se pode entender que o *Sherman Act* contrariasse o sistema estabelecido pelo liberalismo econômico.

Corroborando com esse entendimento, Sullivan e Harrison apud Forgioni (1998, p. 66) frisam:

Uma interpretação objetiva e equilibrada do histórico legislativo do *Sherman Act* revela que, à medida que a lei era debatida, foram discutidos vários objetivos e múltiplos valores daqueles favoráveis à sua promulgação. Hoje em dia, contudo, é pacífico que as leis antitruste foram promulgadas com o escopo precípua de encorajar a concorrência.

Importante salientar, no entanto, que apesar de dominante, esta visão não é unânime. Em 1985, Dilorenzo apud Forgioni (1998, p. 65-66), economista da escola austríaca, procura demonstrar que a promulgação do *Sherman Act* não teve o escopo de eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado, uma vez que não havia prejuízos significativos que estivessem sendo suportados quer pelos agricultores, quer pelos pequenos empresários e consumidores. Apenas inconformados com a nova situação de livre competição que se estabelecia, aqueles que a temiam, buscavam a promulgação de uma lei que regulamentasse a concorrência entre os agentes econômicos; argumentação esta coerente com a doutrina da Escola de Economia Política de Chicago.

Porém, de forma majoritária, tem-se no *Sherman Act* a visão da concorrência como primordial para o sistema econômico, ao mesmo tempo em que exige uma atuação do Estado para eliminar as distorções que pode causar ao sistema econômico e ao bem-estar.

Salgado (1997, p. 12-3) observa, por sua vez, que o espírito de aplicação da legislação antitruste, no seu primeiro meio século, é bem expresso pela declaração do Juiz Hand, da Suprema Corte norte-americana, com relação ao caso Alcoa⁸:

Nós temos falado apenas das razões econômicas que proíbem o monopólio; mas como nós já indicamos, há outras, baseadas na crença de que grandes consolidações industriais são inerentemente indesejáveis, à parte dos resultados econômicos. Nos debates no Congresso o próprio Senador Sherman (...) mostrou que entre os propósitos do Congresso em 1890 estavam o desejo de pôr fim às grandes agregações de capital devido à vulnerabilidade do indivíduo diante delas (...). Através da história destes estatutos tem sido constantemente assumido que um de seus propósitos foi perpetuar e preservar, por seus próprios méritos e a despeito de possíveis custos, uma organização da indústria em pequenas unidades, capazes de efetivamente competirem entre si.

A ênfase da análise antitruste, realizada pelos tribunais e pelas agências federais com base na opinião da Suprema Corte, deteve-se durante décadas nos aspectos sócio-políticos de justiça e equidade, na medida em que as grandes empresas ameaçavam uma das células básicas da organização da sociedade americana – a pequena empresa.

2.1.2 As Motivações na União Européia

A partir da integração da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (1951), da Comunidade Européia de Energia Atômica e da Comunidade Econômica Européia (ambas criadas com o Tratado de Roma em 1958), iniciada em 1967 com o Tratado de Fusão e consolidada em 1992 com o Tratado de Maastricht, alcançou-se o que atualmente se chama União Européia.

Desde sua gênese, os princípios do livre mercado e da livre concorrência foram considerados os motores do progresso. As regras de competição foram consideradas de tal importância para a constituição do mercado comum que no preâmbulo do Tratado de Roma (1958) se eleva sua proteção a um dos objetivos a ser perseguido para atingir este mercado. No artigo 3 (g), determina-se que o Tratado tem por fim instituir um sistema que garanta a não ameaça à competição no mercado comum.

Segundo Cunha (2003), a preocupação acentuada com as distorções da concorrência deve-se ao fato de que grande parte das vantagens auferidas por meio do espaço econômico único somente são alcançadas com a efetiva competição entre os agentes. Com o início da

⁸ *United States vs. Aluminium Co of Am., 148 F.2d 416, 428-29 (2d Cir. 1945)*

livre circulação, os agentes perdem a proteção estatal ao mercado nacional (ex: restrição à importação de bens concorrentes), procurando substituí-la com a adoção de restrições à livre concorrência (ex: práticas concertadas com os competidores, divisão de mercados, etc). Tais práticas, no entanto, são opostas ao espírito de integração almejado: formação de um mercado único e livre, com intensa competição entre os agentes econômicos. A defesa da concorrência insere-se, portanto, dentro de uma visão liberal do fenômeno econômico, porém, sem considerar o mercado como totalmente livre, guiado pela mão invisível “smithsoniana”, mas sim, um mercado regulado, inclusive, pelo direito de defesa da concorrência.

2.2 OS OBJETIVOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

Percebe-se, nas discussões que antecederam a promulgação do *Sherman Act*, a presença de dois grupos antagônicos. Suas argumentações, refinadas em função da evolução da ciência econômica, foram e são utilizadas em momentos posteriores e atuais. De um lado, a posição (aproveitada pela Escola de Chicago) daqueles contrários à regulamentação do poder econômico pelo poder público: qualquer lei restritiva da livre concorrência teria por consequência manter no mercado empresas ineficientes que, não fosse a tutela estatal, estariam condenadas ao desaparecimento. De outra parte, o clamor pelo controle prega a necessidade da preservação de pequenas e médias empresas no mercado, impedindo seu aniquilamento pelos gigantes.

Portanto, percebe-se desde esta época a existência de discussão sobre qual o nível adequado de intervenção do Estado no processo concorrencial, enfim, na economia. As posteriores discussões entre os economistas da Escola de Chicago e aqueles de Harvard estabelecem-se em torno desta questão. Forgioni (1998) amplia a discussão ao apresentar a visão de que os debates meramente econômico-teóricos podem acabar restringindo a percepção do objetivo das leis antitruste à simples eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, desconsiderando, segundo a mesma, sua principal finalidade: a de instrumento de implementação de políticas públicas.

A restrita visão de tentar subsumir a Lei Antitruste a um único objetivo decorre, também, da compreensão dessas normas como um mero instrumento para eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado (função de preservação dos meios de reprodução do capital), sem que seja considerada a política econômica que por essas pode ser atuada. (FORGIONI, 1998, p. 151).

2.2.1 Harvard vs. Chicago

No mercado idealizado pela doutrina liberal não haveria lugar para o poder econômico, ao contrário, a atomização do mercado faria com que nenhum agente econômico pudesse agir com indiferença ou independência em relação aos demais. Entretanto, para que as livres forças do mercado se manifestassem de forma a validar a lei da oferta e da procura, alguns requisitos haveriam de estar presentes. Primeiramente, não se poderia verificar a existência de economias de escala, ou mesmo, a diferenciação de produtos.

A partir da década de 1930, entretanto, Chamberlain, E. apud Burgess (1995, p. 224-5), ao introduzir a idéia de “concorrência monopolística”, contribuindo para o aprofundamento da análise de mercados imperfeitos, sugere que os oligopolistas podem, de alguma forma, cooperar entre si para a fixação de preços, conduzindo às ineficiências próprias do monopólio. Mason, E. apud Burgess (1995, p. 224-5) afirma que a dominação e o controle dos mercados provêm, além da concentração, da possibilidade de bloqueio dos mesmos à entrada de competidores. Ao associar a estrutura de mercado à conduta das empresas e à performance econômica das mesmas, ele verifica que os mercados não são sempre auto-reguláveis.

Nos anos de 1940, Clark, J.B. apud Forgioni (1998, p. 154) observa que o sistema imperfeito relatado por Edward Chamberlain e Joan Robinson, sobre mercados nos quais não existiria uma concorrência perfeita, “conseguiu de algum modo atingir um estado de crescente produtividade que o colocou no primeiro plano das economias mundiais, difundindo os benefícios da renda real crescente entre a população em um grau jamais sonhado”.

Se todos os desastres previstos nos antigos livros de economia não ocorreram, é porque as imperfeições que se verificam no mercado não são necessariamente danosas a longo prazo. A persistência de algumas imperfeições não impede que seja atingida uma *workable competition*, ou uma concorrência viável. Muito do pensamento de J. B. Clark penetrou nos integrantes da Escola de Harvard, dentre os quais destacam-se Areeda, Turner, Sullivan e Blake.

Percebe-se, diante do exposto, que a realidade contraria o princípio da atomização e impõe o fenômeno da concentração do mercado. Desta forma, constata-se a possibilidade de criação de um “poder de mercado” que pode levar, inclusive, a uma situação de monopólio absoluto (existência de um único comprador) ou do monopsônio (existência de um único vendedor). Portanto, diante desta ameaça, a Escola de Harvard vem primar pela manutenção ou incremento do número de agentes econômicos atuantes no mercado. Mantendo-se a

estrutura pulverizada, evitam-se as disfunções do mercado causadas por excessivas concentrações de poder (“small is beautiful”). Esta é a base do pensamento de Harvard, que considera o antitruste como um “remédio” para as disfunções do mercado – o antitruste pode ajudar a manter e ampliar a eficiência.

Em 1978, Areeda e Turner apud Salgado (1997, p. 16-17) identificam dois tipos de objetivos nas leis antitrustes: os econômicos e os políticos. Os símbolos da preocupação com a dispersão do poder econômico são os da democracia Jeffersoniana, em que a preponderância de empresas individuais, locais e pequenas, garante a preservação da democracia, certamente, orientando o Congresso e, em boa parte, consistentes com os objetivos de eficiência. O ambiente institucional norte-americano, com seu conjunto de crenças e valores, confere valor à estrutura de mercado plural e à descentralização do poder como garantias de liberdade individual, particularmente de empresa e propriedade, sendo, portanto, o ponto de partida para o entendimento do papel cumprido pela legislação antitruste naquela sociedade.

Na década de 1980, no entanto, a Escola de Chicago atinge seu auge. Iniciada pelas lições de George Stigler⁹, Aaron Director¹⁰ e Ronald Coase¹¹ nos anos de 1950, tem como seus principais expoentes Robert Bork, Bowman, Mac Gee, Lester Telser e Richard Posner. As leis antitruste começam a ser vistas como um mal a ser exorcizado. A aplicação das mesmas acaba por ser modificada. Não basta o comportamento ser prejudicial a concorrentes, torna-se imprescindível demonstrar que a prática em análise produz efeito capaz de distorcer a alocação de recursos e, conseqüentemente, o bem-estar geral da economia. Diversas práticas que tradicionalmente eram consideradas ilícitas *per se*, deixam de ser interpretadas desta forma por assegurarem economias de produção. Lester Telser inicia a contestação à ilicitude dos acordos verticais, valendo-se da doutrina do *free-rider*. Mac Gee contesta a teoria tradicional dos preços predatórios, afirmando que não há base racional para a sua adoção. Robert Bork questiona profundamente toda disciplina antitruste, identificando o paradoxo de que ao mesmo tempo em que o antitruste preserva a concorrência, combate-a, tratando-se então de uma “política em guerra com si mesma”. Exemplo disso foi a *joint venture* celebrada entre a General Motors e Toyota¹² para a produção de um novo modelo de carro. Tão logo

⁹ George Stigler apud Burgess (1995, p. 226) considera que não existem barreiras à entrada *per se* e que os competidores ineficientes seriam os únicos excluídos. As grandes empresas e a alta concentração seriam reflexos, respectivamente, da economia de escala e do tamanho relativo do mercado.

¹⁰ Aaron Director apud Burgess (1995, p. 226) argumenta que comportamentos não usuais não devem ser automaticamente entendidos como uma estratégia para a obtenção de poder de mercado.

¹¹ Ronald Coase apud Forgioni (1998, p. 158) introduz a teoria dos custos de transação.

¹² Antitrust policy and interest-groups politics, s. 1, Quorum Books, p. 161 apud Forgioni (1998, p. 159).

anunciada a prática, Chrysler e Ford apresentaram petição à *FTC*¹³, denunciando-a. Apesar da aprovação do acordo, as concorrentes que se consideravam prejudicadas obtiveram êxito, visto que a produção do novo carro nos Estados Unidos ficou limitada a 250.000 unidades por ano, prejudicando a livre concorrência.

A Escola de Chicago, defensora do menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado, traz para o antitruste a análise econômica como instrumento para o atingimento do objetivo maior: a eficiência alocativa do mercado, sempre benéfica aos consumidores. Sob esse prisma, as concentrações e o poder econômico que dela deriva não são vistos como um mal a ser evitado.

O reconhecimento pela *Vertical Restraints Guidelines* (1985) das restrições verticais como presumidamente eficientes e legais, exceto diante de evidências de impactos restritivos, representa a consolidação dos princípios da Escola de Chicago, baseados na análise destas práticas mediante a regra da razão (BURGESS, 1995, p. 227).

As palavras de Bork apud Forgioni (1998, p. 161), colocando o antitruste como indissociável da economia, sintetizam o pensamento da Escola de Chicago:

(O) Crescimento interno (das empresas), em mercados de grande porte, tornou-se perigoso. O crescimento mediante fusões com concorrentes é praticamente impossível, assim como a aquisição de clientes ou fornecedores. Descartou-se, inclusive, aquisições que tenham por objetivo a entrada em novos mercados, porque a lei corporifica uma mitologia sobre os perigos de concentrações conglomeradas. Associações de cooperação entre empresas independentes são proibidas em razão de uma indevida aplicação da divulgada política contra fixação de preços e divisão de mercado. O Tribunal destruiu as formas mais úteis das quais o fabricante poderia lançar mão para controlar a distribuição de seus produtos, impondo formas mais custosas de acesso ao público. O Tribunal, desnecessariamente, tem determinado regras sobre o comportamento dos preços que acabam por aumentá-los, tornando os mercados menos eficientes para alocar os recursos da sociedade. Ou ainda: Não há outra forma de os tribunais procederem e produzirem resultados benéficos (...). O antitruste não tem alternativa a não ser se embasar na economia.

A posição de Bork (1978) encontra respaldo diante do temor, de observadores bem-informados, relativo a ameaças de mau uso da legislação antitruste com a finalidade de promover objetivos anticompetitivos. Em 1985, Baumol e Ordover apud Salgado (1997, p. 18-19) avisam que:

[...] há um fantasma [...] que assombra nossas instituições antitruste. Sua ameaça é que, longe de servir como baluarte da competição, elas se tornarão um instrumento nas mãos daqueles que querem subvertê-la. [...] Toda vez que um competidor se torna muito bem-sucedido ou muito eficiente, toda vez que sua competição ameace tornar-se tão efetiva a ponto de perturbar a vida mansa e tranqüila que seu rival

¹³ A FTC (Federal Trade Commission) é o órgão administrativo norte-americano voltado à defesa da concorrência.

lidera, o último estará tentado a processá-lo sob alegação de que a competição é desleal. Toda a empresa bem-sucedida acaba por esperar quase como um fenômeno rotineiro que cedo ou tarde irá se ver como réu numa multiplicidade de casos. É um mundo de cabeça para baixo, no qual a competição vigorosa parece anticompetitiva e ‘competição leal’ acaba significando competição nenhuma.

A Escola de Chicago percebe, então, o antitruste em um ambiente asséptico, livre dos conflitos de princípios ou de interesses presentes na aplicação de cada caso concreto. Segundo Forgioni (1998, p. 163) cria-se a “armadilha” da análise econômica do direito que, segundo a mesma: “mostra qual canto de sereia, fórmulas aptas a resolver os casos concretos que se apresentam”. Sustenta sua posição baseada em Lawrence Sullivan, para quem antitruste não significa apenas eficiência econômica. Sullivan, L. apud Forgioni (1998, p. 164), contudo, reconhece: “Embora a teoria econômica não estabeleça um objetivo único e glorioso para a lei, ela ainda possui sua utilidade.” Forgioni (1998, p. 164) conclui: “A ciência econômica explicará muitos dos fenômenos que devem ser regulamentados pela Lei Antitruste, de sorte que, na medida em que explica a realidade, é um poderoso instrumental na mão do jurista”.

Neste ponto, parece que a questão central de divergência entre as duas escolas pode ser pensada como no temor da manipulação do uso da legislação antitruste. Para isto, parte-se do princípio da Escola de Chicago defender que os objetivos de eficiência econômica são a única justificativa racional para a política antitruste, visto a profunda desconfiança na intervenção pública (característica do pensamento desta escola) e verifica-se o reconhecimento generalizado (BAUMOL; OLDOVER apud SALGADO, 1997, p. 18) de uma constante ameaça neste sentido.

2.2.2 Eliminação dos Efeitos Autodestrutíveis do Mercado vs. Instrumento de Implementação de Políticas Públicas.

Partindo do pressuposto que cada lei antitruste desempenha função específica determinada pelo sistema jurídico e pelo momento histórico nos quais está inserida, diversa daquela desempenhada em outros sistemas e em outros momentos, possuindo, por consequência, objetivos próprios, diferentes daqueles das demais leis antitruste; estão aqueles que entendem que a busca da concorrência, por si só, é uma função que não é dada ao antitruste. Para estes, o antitruste não se resume a problemas relacionados com a “eficiência econômica” (SULLIVAN apud FORGIONI, 1998, p. 163). Frignani e Waelbroeck apud Forgioni (1998, p. 172), compartilhando esta percepção, asseveraram que:

[...] não devemos fazer da concorrência um dogma, um mito; a concorrência, entendida como liberdade de ação do empresário, ou como estrutura aberta de mercado, é um instrumento de política econômica que tem que ser adaptado no tempo e no espaço. A história da aplicação da disciplina antitruste, em todo o mundo, às vezes demonstra o sacrifício do princípio (ou da norma) no altar de outros objetivos conjunturais e imediatos.

Portanto, segundo os defensores desta linha, a lei antitruste aparece como instrumental para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas, segundo Weber apud Forgioni (1998, p. 171), como “meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia”. Assim, o antitruste não seria mais visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas também como forma de implementação de políticas econômicas.

Diante dessa realidade, Forgioni (1998, p. 176) argumenta:

[...] seria de se esperar que o estudo da matéria por especialistas fosse pautado nessa perspectiva, explicando-se a atuação estatal que se concretiza mediante a promulgação/aplicação das normas antitruste. Mas não é esse o enfoque sempre dado. Nega-se ou transcura-se o caráter instrumental das normas antitruste, considerando-se apenas maneiras de ‘eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado’, em uma visão seguramente ultrapassada, pois despreza um dos mais poderosos instrumentos de que se pode lançar mão o Estado contemporâneo para a implementação de sua política econômica.

Discordando-se de Forgioni, entende-se, no entanto, que a questão fundamental não está em negar ou transcurar o caráter instrumental das normas antitruste. Não é que não se perceba ou não se verifique seu uso como instrumento de implementação de políticas públicas, mas sim, busca-se sua finalidade precípua: a defesa da concorrência como fim, não gerando oportunidades para a manipulação de seu uso.

Franceschini apud Forgioni (1998, p. 177) comunga da opinião:

A teoria, em nossa opinião, deflete para posições verdadeiramente antinômicas (controle indireto da economia pelo Estado), potencialmente geradoras de desvios de finalidade social, por sua transmutação em instrumento de Política Econômica (...). A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do princípio maior da ‘livre concorrência’ (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos. Impõe-se, aliás, o entendimento, máxime diante do fato de que a finalidade social de uma lei é fundamental à sua interpretação (art 5º da Lei de Introdução do Código Civil).

Concorda-se, porém, com Forgioni (1998, p. 177), quando esta observa que: “O fato é, entretanto, que sempre e cada vez mais, a Lei Antitruste, em vários países do mundo, tem sido utilizada como um instrumento de política econômica.”

2.2.3 A Visão do Antitruste na Europa

Segundo Monteiro (2002), que identificou a existência de basicamente dois grandes modelos de políticas de concorrência em nível mundial, enquanto o modelo americano enraíza-se no caráter fortemente ideológico de preservação das liberdades individuais da sociedade estadunidense, ou seja, da soberania do consumidor como substituto do poder econômico; o modelo europeu deflui da resolução dos conflitos de sua herança feudal – que permitiu tanto a formação de grandes conglomerados econômicos quanto o comando do poder público no processo de desenvolvimento – com a necessidade de uma política estratégica de inserção competitiva em nível internacional.

Portanto, a concorrência na Europa não é vista como um fim em si mesma, mas como um instrumento pelo qual se pretende atingir um fim maior objetivado pela própria União Européia. Além de não ser aceita nenhuma interpretação que a reduza a um único fim, mesmo sendo este fim a eficiência econômica ou a defesa do consumidor, a concorrência pode ser sacrificada em prol do atingimento de um escopo maior de todo o sistema.

Desta forma, percebe-se que as idéias da Escola de Chicago não tiveram penetração nem influência nas atuações da Comissão ou do Tribunal de Justiça europeus. Gill apud Forgioni (1998, p.165), apontando as diferenças entre os sistemas antitruste europeu e norte-americano, coloca que: “Alguns oficiais da Comunidade Econômica Européia mostram-se suspeitos em relação à análise econômica daqueles que acreditam que o mercado garante e arbitra a competição. Não em mercados imperfeitos, rebatem eles!”

A busca de uma maior competitividade com as empresas americanas e japonesas, associada à idéia de prosperidade do continente, justifica, diante de tal visão, a política de concentração implementada pela Comissão Européia e corroborada pelo Tribunal de Justiça. Segundo Frignani, A. apud Forgioni (1998, p. 165):

A Comissão estava preocupada em possibilitar às empresas européias enfrentar a concorrência dos grandes grupos internacionais, principalmente americanos e japoneses, mas percebeu que um reforço da posição competitiva da indústria européia não poderia realizar-se de outra forma que não através do crescimento das dimensões das empresas do velho continente e que o desenvolvimento deveria ocorrer mais rapidamente mediante a concentração do que por meio da expansão interna. A redução da concorrência em nível europeu, provocada por este movimento de concentração, seria mais do que compensada pelos ganhos de competitividade em nível mundial.

No entanto, tem-se frustrada a expectativa inicial de que as concentrações e os acordos entre empresas se dariam entre agentes econômicos situados em diversos países da comunidade. A realidade mostrou-se diferente. As concentrações realizaram-se em nível dos mercados internos dos países membros, criando agentes nacionais com elevado poder econômico, capazes de prejudicar o desenvolvimento de atividades de empresas em outros Estados-membros. Neste contexto, torna-se nítido o protecionismo praticado por estes, com a implementação de políticas orientadas à manutenção da estrutura produtiva interna e do nível de empregos. Bianchi, P. e Gualtieri, G. apud Forgioni (1998, p. 169) observam que:

[...] os governos de cada Estado-membro tinham enfrentado a crise internacional com respostas exclusivamente nacionais, pondo em prática políticas de sustentação da estrutura produtiva interna e do nível de empregos. Multiplicou-se por toda a Europa uma série de políticas industriais voltadas à defesa das empresas existentes, com a aprovação e a utilização de ações de auxílio que encontraram, mesmo nos casos de clara infração ao espírito comunitário, baixa resistência por parte da Comissão.

Deste quadro, surge um paradoxo na implementação da política de concorrência da União Européia: fomentar a concentração de empresas para enfrentar a competitividade internacional, tentando impedir que o protecionismo dos Estados-membros reduza a concorrência interna. Novamente Bianchi, P. e Gualtieri, G. apud Forgioni (1998, p. 166):

Os dois pólos do discurso, a garantia da concorrência interna e o aumento da competitividade externa, não são facilmente conjugáveis; visto que uma ação direcionada a tutelar a concorrência poderia transformar-se em um obstáculo à competitividade no confronto com concorrentes externos mais eficientes, provocando graves conseqüências sociais internas. Por outro lado, um reforço dos operadores internos através da aquisição de posições dominantes, sem a existência de reações por parte das forças de mercado, constituída em nome de um ganho de competitividade internacional, poderia transformar-se em um monopólio institucional, com efeitos negativos não somente em termos alocativos, mas também distributivos.

Dados da atuação das autoridades antitruste nacionais justificam a preocupação em relação ao protecionismo praticado pelos Estados-membros. A Autoridade Antitruste Italiana, que entre 1991 (ano de sua criação) até o primeiro semestre de 1995, apreciou 1.960 práticas de concentração de empresas, vedando apenas quatro e autorizando, sob compromissos de desempenho, somente outras cinco¹⁴.

¹⁴ Cf. Autorità garante della concorrenza e del mercato, “Antitrust – instructions for use – the structure and role of the Italian Competition Authority”, suplemento n. 2 ao Boletim n. 42/95, nov. 1995, p.27 apud FORGIONI, 1998, p. 169.

2.2.4 A Visão do Antitruste no Brasil

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece a livre concorrência como princípio. Segundo o artigo 170, inciso IV, um dos pilares da ordem econômica nacional é a livre concorrência. O mesmo artigo estipula que a ordem econômica tem por fim: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” Dentro deste objetivo de proteção à livre concorrência, a Constituição Federal, em seu artigo 173, § 4º, adota o princípio referente à repressão aos abusos do poder econômico que visem a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Desta forma, concorda-se com Forgioni (1998) quanto ao fato da concorrência ser vista no Brasil como um instrumento para o alcance de um bem maior, podendo sua tutela ser afastada diante de um escopo maior perseguido pelo sistema.

A Lei nº 8.884/94, que regula a prevenção e repressão às infrações na ordem econômica, segundo Cunha (2003), surge em um momento de transformação da atividade estatal, corroborando com tal posição. O Estado, através do processo de privatizações de empresas estatais, transfere à iniciativa privada diversas atividades econômicas. Reduz, portanto, seu papel de executor, ampliando suas funções de regulação e controle. Neste contexto, a lei em questão adquire maior importância que as anteriores, pois se por um lado confere maior liberdade ao mercado, por outro procura inibir as condutas contrárias à livre competição, garantindo a implementação de uma política econômica maior (desestatização).

Cabe ressaltar ainda a posição de Mello (2002, p. 489), para quem:

[...] o objetivo da lei antitruste consiste em defender o *processo concorrencial*, e não os concorrentes individualmente considerados e tampouco, de forma direta, os consumidores. A proteção do processo competitivo, cuja existência supõe-se, gera resultados socialmente aproveitáveis (bem-estar), é de interesse de toda a sociedade – e não deste ou daquele concorrente em particular – e como tal é juridicamente protegido. Trata-se assim de um típico interesse difuso, de que é titular um grupo indeterminado de pessoas.

Assim, segundo observa a autora recém citada, a concorrência é claramente estabelecida como um interesse difuso na Lei nº 8.884/94, ao afirmar que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Desta forma, diferencia o âmbito de aplicação da legislação antitruste daqueles relacionados à Defesa do Consumidor ou a repressão à Concorrência Desleal, que incide, este último, sobre concorrentes particulares prejudicados por atos desleais, como, por exemplo, a divulgação de informações falsas sobre o produto do concorrente objetivando desviar sua clientela.

2.3 PRINCIPAIS ORGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS EUA, EUROPA E BRASIL

2.3.1 A Implementação da Legislação Antitruste Norte-Americana

A legislação antitruste norte-americana é vaga quanto ao que é ou não permitido. Estas leis têm o objetivo de prover uma estrutura estatutária geral capaz de dar ao Departamento de Justiça, ao *Federal Trade Commission (FTC)* e aos tribunais ampla capacidade de interpretar e aplicar seus termos. É difícil saber antecipadamente o que pode se configurar em impedimento à competição. Essa falta de previsibilidade jurídica torna ainda mais importante a prática da interpretação dos estatutos pelos tribunais como forma de definição de uma legislação ordinária, bem como as provisões suplementares e regulamentações emitidas por parte do *FTC* e do Departamento de Justiça.

As leis antitruste norte-americanas são implementadas de três maneiras:

(i) Por meio da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. Atuando como uma extensão do poder executivo, suas políticas refletem, de modo fiel, a visão da administração que está no poder. O Departamento pode instaurar um processo criminal, processo cível ou ambos. A ação criminal pode resultar em multas a pessoas jurídicas e multas ou condenações à prisão para pessoas físicas. A perda de uma ação cível determina à empresa a cessação de suas práticas anticompetitivas.

(ii) Por meio de processos administrativos da *Federal Trade Commission (FTC)*, a qual funciona como agência governamental para obrigar o cumprimento da lei, investigando as denúncias que recebe. Dá assessoria sobre como uma firma individual deve interpretar a lei, fornece diretrizes para setores industriais inteiros e adota regras e regulamentos que as indústrias são obrigadas a seguir. Pode requerer um acordo voluntário para que se cumpra a lei ou pode optar por pedir uma determinação formal da comissão exigindo o cumprimento.

(iii) Por meio de processos privados. Pessoas ou empresas podem mover ações por danos triplicados¹⁵ infligidos a seus negócios ou propriedades. Possuem o direito de solicitar aos tribunais que forcem o infrator a cessar suas práticas anticompetitivas. Há dois argumentos em favor de se levar a cabo a implementação das leis antitruste através de processos no judiciário: primeiro, os que são prejudicados por práticas anticompetitivas estão

¹⁵ Cf. Stiglitz, J. E.; Walsh, C.E. (2003, p. 213), a indenização da empresa infratora à prejudicada será correspondente a três vezes o valor do prejuízo.

em melhor posição de detectar as violações da lei; segundo, o governo pode ser leniente na aplicação dessas leis por causa da influência política potencial de cartéis e firmas dominantes.

Por outro lado, comenta-se que os custos dos litígios antitruste são cada vez maiores – o número de litígios dobrou dos anos de 1960 para os anos de 1970. Muitas companhias usam a ameaça de litígio como forma de aumentar os custos de uma rival.

2.3.2 As Instituições Europeias de Defesa da Concorrência

O Conselho é a instituição legisladora da União Européia. Exerce, portanto, papel fundamental no processo legislativo e na implementação da política de concorrência. A edição de regras comunitárias, cujo processo se inicia com proposta da Comissão, origina os chamados “regulamentos”, vinculantes em todos os seus aspectos e de aplicação direta aos particulares dos Estados-membros. Importante ressaltar o caráter vinculante dos regulamentos, já que os Estados-membros e seus particulares, são obrigados a cumprir estas normas supranacionais, as quais têm efeito direto, aplicabilidade imediata e primazia sobre o direito nacional. Dentre os diversos regulamentos estabelecidos pelo Conselho sobre o direito da concorrência, o Regulamento n° 17/62 disciplina os procedimentos de notificação à Comissão de práticas restritivas à concorrência, os poderes de investigação da Comissão nas questões de defesa da competição comunitária e as medidas que pode adotar contra as empresas que tenham infringido as regras de concorrência; e o Regulamento n° 4.064/69 estabelece o controle das operações de concentração de empresas.

O Tratado de Roma, nos artigos 81 e 82, traçou apenas os parâmetros básicos de aplicação do direito de defesa da concorrência. Foi o Conselho, através do poder supranacional de criação de direito derivado, a instituição que realmente definiu as regras relativas à concorrência, mediante ampla legislação sobre a matéria.

O Conselho, por sua vez, delegou poder à Comissão de estabelecer regulamentos em determinadas matérias de proteção à competição. A Comissão é o órgão executivo da União Européia, órgão supranacional com autonomia para seguir os objetivos de integração, não estando diretamente atrelada aos interesses estatais. Seus membros devem ser pessoas com total independência, agindo somente de acordo com os interesses da União, não podendo seguir vontade ou instruções de qualquer governo nacional. Suas atividades podem ser englobadas em quatro aspectos principais: a) utilizando seu poder de iniciativa, como proponente de novos regulamentos a serem adotados pelo Conselho, após consulta ao

Parlamento; b) como criadora do direito secundário de defesa da concorrência, através de delegação do Conselho, como no exemplo do Regulamento n° 2.790, de 22 de dezembro de 1999, sobre a aplicação do artigo 81(3) a restrições verticais em matéria de exceções coletivas; c) como iniciadora e coordenadora de políticas comunitárias; e d) como guardiã dos tratados comunitários, cabendo a ela garantir que suas provisões sejam cumpridas, assim como as medidas adotadas pelas instituições, processando e julgando, na esfera administrativa, questões referentes ao direito da concorrência.

As principais espécies de decisões, em matéria de defesa da concorrência, proferidas pela Comissão são: a) aquelas que ordenam o término da infração à competição, inclusive com a imposição de multas; b) concessão de exceções individuais de acordo com o artigo 81 (3), ou seja, considerando o acordo válido, apesar de restritivo à concorrência; c) concessão de declarações negativas individuais; e d) controle das concentrações.

O poder judiciário europeu divide-se em duas instâncias, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal de Justiça é o ente supra-estatal, com poder jurisdicional, voltado à solução de litígios na União Européia. Devido ao crescente número de demandas ao Tribunal de Justiça, resolveu-se criar o Tribunal de Primeira Instância, que iniciando em 1990, atua como órgão adjunto ao Tribunal de Justiça. Para o direito da concorrência, este último tribunal é de extrema importância, pois a ele compete exercer o controle da legalidade dos atos da Comissão, principalmente de suas decisões em matéria de concorrência.

2.3.3 Órgãos Brasileiros de Defesa da Concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência. São três os órgãos principais que participam na defesa da concorrência no Brasil: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

À Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça compete, principalmente, acompanhar e monitorar as práticas com o objetivo de fazer a correta aplicação da lei de defesa da concorrência. Apura a existência de práticas restritivas à competição, instruindo os processos que posteriormente serão julgados pelo CADE. Pode

adotar medidas preventivas, que conduzam à cessação da prática. Nas concentrações econômicas, também desempenha papel importante, recebendo a documentação do ato a ser julgado pelo CADE e realizando, em conjunto com a SEAE, a análise do caso, instruindo o processo e emitindo parecer sobre a conveniência ou não da concentração para a economia.

À Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, cabe auxiliar na instrução de processos administrativos e de concentração econômica, emitindo parecer técnico sobre o assunto.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, cabe decidir pela existência ou não de ilícitos contra a concorrência, aplicando multas e ordenando a cessação das infrações, bem como nas questões relativas à concentração econômica, onde aprova ou rejeita os atos. É a instância administrativa superior com competência julgadora.

Além das atuações preventivas e repressivas inerentes ao SBDC, Monteiro (2002) lembra que cabe a este também a difusão da cultura da concorrência, via parceria com instituições para a realização de seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas, visando um maior interesse acadêmico pela área, o incremento da qualidade técnica e da credibilidade das decisões emitidas e a consolidação das regras antitruste junto à sociedade.

2.4 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NOS EUA, UNIÃO EUROPÉIA E BRASIL

2.4.1 A Legislação Antitruste nos EUA

O *Sherman Act* (1890) é considerado, por muitos, como o ponto inicial da legislação antitruste norte-americana e, também, em nível mundial. Em seu parágrafo 1º, é proibido “contratos, combinações ou conspirações capazes de restringir a atividade econômica ou o comércio”. Ou seja, o referido parágrafo proíbe explicitamente os cartéis. A coalizão implícita na forma de conduta paralela (ex: fixação paralela de preços) também pode constituir-se em infração da lei.

O parágrafo 2º da Lei *Sherman* torna ilegal “monopolizar ou procurar monopolizar mercados e proíbe conspirações que resultem em monopolização”. Embora se possa interpretar este parágrafo como uma proibição ao monopólio, as cortes o tem interpretado de

maneira diferente. Elas não têm considerado crime a simples constituição de um monopólio, desde que o mesmo não cometa “atos maus”.

O *Sherman Act*, no entanto, não continha regras que disciplinassem o processo de concentração das empresas. Portanto, mostrou-se insuficiente em propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que almejavam.

No ano de 1914, é promulgado o *Clayton Act*. Tal lei, além de inspirar várias legislações antitruste, inclusive a brasileira, e de tipificar algumas condutas potencialmente anticompetitivas, introduz a *qualifying clause*. Esta cláusula determina que as práticas elencadas serão consideradas ilícitas se, e somente se, seus efeitos restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem a criação de um monopólio.

O *Clayton Act* é direcionado primordialmente contra quatro práticas específicas. O parágrafo 2º, emendado em 1936 pelo *Robinson-Patman Act*, proíbe a discriminação de preços que reduza a competição. O parágrafo 3º proíbe a prática de vendas casadas e de revendas exclusivas quando o resultado é a redução na competição. O parágrafo 7º, emendado em 1950 pelo *Celler-Kefauver Act*, proibiu fusões que reduzissem a competição. O parágrafo 8º impede diretorias de promoverem acordos, proibindo qualquer indivíduo de ser diretor de grandes empresas concorrentes. Esta lei também possibilitou à parte prejudicada recuperar o “treble damages” (três vezes o valor do real prejuízo).

Na realidade, existe pouco no *Clayton Act* que não tivesse sido anteriormente abordado pelo *Sherman Act*. O *Clayton Act*, contudo, tornou mais precisas e claras as cláusulas do *Sherman Act*. Além disso, o *Clayton Act* empenhou-se em tornar ilícitas as técnicas através das quais o monopólio era alcançado, possuindo assim uma atuação preventiva. O *Sherman Act*, ao contrário, direcionava-se à punição dos monopólios já existentes.

Ainda no ano de 1914, o *Federal Trade Commission Act* cria a *Federal Trade Commission*, ou *FTC*, com funções de vigilância e aplicação das leis antitruste. A principal cláusula antitruste do *FTC Act* é o parágrafo 5º, o qual proíbe métodos “desleais” de competição. Os tribunais reduziram intensamente o campo de atuação da *FTC*, restringindo seu poder de investigação e tornando claro que eram os Tribunais, não a *FTC*, que detinham a autoridade final na interpretação do significado das leis antitruste. Dentre as principais responsabilidades da *FTC*, e onde sua atuação tem sido mais eficaz, estão a proteção do consumidor e a prevenção de publicidade enganosa.

Mais recentemente, a *FTC* tem voltado sua atenção para regulamentações locais e estaduais restritivas. A *FTC*, por exemplo, obrigou a associação médica norte-americana e sua

congêneros de advogados a desistirem de determinar os honorários de procedimentos médicos e legais. Durante décadas essas organizações tornaram obrigatória a prática de elevados preços, censurando médicos e advogados que não se adaptassem a elas como “conduta não-profissional”.

Em 1936, o *Robson-Patman Act* aperfeiçoa o parágrafo 2º do *Clayton Act*, limitando a discriminação de preços sob a forma de descontos promocionais especiais. Também conhecida como *Chain Store Law* por preocupar-se com o crescente número de cadeias de lojas, as quais obtêm grandes e injustificados descontos nos preços devido ao seu poder de barganha como grandes compradores. Repassando parte destas economias em seus custos para os consumidores na forma de redução de preços, as cadeias acabam inevitavelmente colocando seus competidores independentes contra a parede. Assim, os descontos passaram a ser permitidos apenas quando justificados por diferenças nos custos ou se apresentados como esforços de “boa-fé”. Por combater os descontos baseados em quantidades, muitos economistas vêem esta legislação como protetora de pequenas firmas, protegendo-as da falência e não promovendo a competição.

O *Miller Tydings Act* (1937) atendeu os interesses dos pequenos distribuidores ao permitir que os estados aprovassem leis autorizando a prática da fixação do preço de revenda (*RPM*). As grandes cadeias de lojas viram-se impossibilitadas de reduzirem seus preços. Esta lei foi revogada pelo Congresso em 1976.

Em 1950, é promulgado o *Celler-Kefauver Act*, com o escopo de reforçar as previsões do art. 7º do *Clayton Act*, na disciplina das fusões. A Lei de 1914 proibira a aquisição de ações de firmas concorrentes, mas a Suprema Corte distinguiu entre compra de ações e aquisição de ativos (instalações, equipamentos, etc.). As fusões eram permitidas se uma firma adquirisse os ativos da outra. Numerosas fusões tiveram esta trajetória durante os anos 30 e 40. Em 1950, a nova legislação procurou corrigir essa omissão, tornando ilegal a aquisição tanto de ações como de ativos de um concorrente quando o efeito fosse a redução na competição.

O *Merger Guidelines* de 1982, além de substituir o *Guidelines* de 1968, o qual considerava ilegais fusões em mercados concentrados, introduziu análises que levam em consideração fatores que tornam as barreiras à entrada e os conluios tácitos mais ou menos suscetíveis e ponderam os efeitos das fusões na geração ou não de eficiências à competição. Em 1984, o *Merger Guidelines* foi modificado, mas manteve-se seu propósito de estabelecer padrões que garantissem a contribuição da política antitruste para o aumento da eficiência.

Em 1985, o *Vertical Restraints Guidelines* declarava que não era intenção do Departamento de Justiça avaliar casos de restrição vertical na ausência de evidências de efeitos restritivos destas práticas.

Completa-se, assim, o quadro básico da legislação antitruste norte-americana (Quadro 2.1) que vigora até os nossos dias.

ANO	LEI	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
1890	<i>Sherman Act</i>	Primeira lei antitruste norte-americana (referência mundial do início do antitruste). O § 1° proíbe os cartéis e o § 2° os monopólios; estes últimos quando pratiquem atos nocivos à concorrência.
1914	<i>Clayton Act</i>	Introduz a <i>qualifying clause</i> . O § 2° proíbe a discriminação de preços com efeitos anticompetitivos; o § 3°, as práticas de vendas casadas e de revendas exclusivas quando gerem prejuízos à concorrência; o § 7°, as fusões que possam prejudicar a concorrência; e o § 8°, a adoção de uma diretoria única para empresas competidoras. Possibilita a recuperação do <i>treble damages</i> .
1914	<i>Federal Trade Commission Act</i>	O § 5° proíbe métodos “desleais” de competição e cria a <i>Federal Trade Commission (FTC)</i> que, ao lado do “ <i>Department of Justice – DoJ</i> ”, é responsável pela aplicação das leis antitruste e pela promoção de ações de defesa da concorrência junto ao Judiciário.
1936	<i>Robinson-Patman Act (Chain Store Law)</i>	Reforça o § 2° do <i>Clayton Act</i> ao limitar a discriminação de preços baseada em quantidades.
1937	<i>MillerTydings Act</i>	Autoriza a prática de <i>RPM</i> , impedindo as grandes lojas de reduzirem preços. Revogada em 1976.
1950	<i>Celler-Kefauver Act</i>	Reforça o § 7° do <i>Clayton Act</i> ao tornar ilegal aquisições, tanto de ações, como de ativos, de concorrentes.
1982/1984	<i>Merger Guidelines</i>	Introduz análises capazes de avaliar fatores que alteram a intensidade das barreiras à entrada e dos conluíus tácitos na restrição à competição. Modificado em 1984, mantém a política antitruste voltada ao aumento da eficiência.
1985	<i>Vertical Restraints Guidelines</i>	Declara não ser intenção do <i>DoJ</i> avaliar restrições verticais na ausência de evidências de efeitos restritivos.

Quadro 2.1: A Legislação Antitruste nos Estados Unidos.

Fonte: elaborado pelo autor.

Importante observar também que, ao longo dos anos, o governo americano tem promulgado leis que isentam indústrias específicas, ou alternativamente, excluem certas práticas comerciais da atuação da legislação antitruste. Alguns setores como transportes, comunicações e geração de energia são desde 1887, com o *Interstate Commerce Act*, considerados como de “utilidade pública” ou “monopólios naturais”. Suas estruturas tarifárias são regulamentadas por agências governamentais. A regulamentação acaba por substituir as forças de mercado, isentando certas práticas de tais indústrias da aplicação das leis antitruste. Desta maneira, acaba por incentivar indiretamente o crescimento dos monopólios. Em 1914, as associações agrícolas foram isentas da aplicação da legislação antitruste, permitindo a formação de cooperativas não-lucrativas. Também neste ano, foram isentas as negociações coletivas por parte dos trabalhadores sindicalizados, cuja atividade vinha sendo reprimida pelo *Sherman Act*. Em 1918, a Lei *Webb-Pomerene* isenta os exportadores norte-americanos das leis antitrustes, passando a permitir a fixação de preços e a formação de associações comerciais de exportação, contanto que os mercados internos não fossem afetados. Legalmente, empresas norte-americanas formam *joint-ventures*, sociedades comerciais transitórias e com finalidade específica, com o objetivo de se colocarem em uma posição competitiva mais forte perante os cartéis internacionais. As organizações esportivas, consideradas de atuação não comercial pelos tribunais, visto que os eventos esportivos são “entretenimento, e não negócio”, também são beneficiárias de isenções especiais. A liberdade de acordos sobre as estruturas de preços encontrada no setor de seguros em vários estados norte-americanos pode ser uma explicação para os elevados valores praticados neste setor.

2.4.2 Regras da Concorrência na União Européia

O quadro legislativo da política da concorrência na União Européia está presente nos artigos 81 a 89 do Tratado de Roma (1958) e nos regulamentos posteriormente estabelecidos pelo Conselho ou, através de delegação¹⁶, pela Comissão. Os artigos 81 e 82 tratam das regras aplicáveis às empresas, e os demais, das normas aplicáveis aos Estados-membros.

As disposições comunitárias do Tratado de Roma empregam-se quando a prática anticoncorrencial possa afetar o comércio entre os Estados-membros. Caso o comércio entre

¹⁶ É o regulamento n° 17/62, estabelecido pelo Conselho, que delega poderes à Comissão para executar a lei de defesa da concorrência. Também disciplina os procedimentos de notificação à Comissão de práticas restritivas à concorrência, assim como os poderes de investigação da mesma e as medidas que esta pode adotar contra empresas infratoras às regras da concorrência.

os Estados-membros não seja atingido, é o direito de concorrência do Estado-membro no qual se localiza a infração que deverá ser aplicado. Nos anos 60, por exemplo, nos processos da *Société La Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*¹⁷ e *Grundig*¹⁸, a Comissão afirmou que se aplicaria a legislação comunitária “caso o acordo fosse capaz de constituir ameaça, direta ou indireta, atual ou potencial, à liberdade de comércio entre os Estados-membros de tal forma que pudesse prejudicar à consecução dos objetivos de um mercado comum entre os Estados-membros”. Cabe observar, também, que acordos, práticas ou condutas realizados em apenas um Estado-membro podem afetar o comércio entre diversos Estados-membros.

Enquanto o artigo 81 proíbe todos os acordos entre empresas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum; o artigo 82 proíbe a prática de condutas abusivas por parte de agentes econômicos que ocupam posição dominante.

O artigo 81 divide-se em três. O 81(1), ao proibir acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que restrinjam a concorrência e ameacem a unidade do mercado comum, consagra a intervenção da União na economia, restringindo a liberdade individual de contratar. A limitação desta liberdade individual ocorre com objetivos maiores, coletivos, pretendendo-se manter a concorrência no mercado, para que suas forças atuem livremente e garantam o desenvolvimento. O 81(2) estabelece a nulidade dos acordos ou decisões proibidos por este artigo. O 81(3) prevê as condições de isenção à proibição prevista em 81(1).

Pode-se entender a importância do artigo 81(1) e suas conseqüências para os particulares, ao considerar-se que o principal instrumento de planejamento das empresas são os contratos. É através deles que estas procuram segurança contra as intempéries do mercado, substituindo, a curto prazo, a lei da oferta e da demanda por acordos que lhes garantam lucros e reduzam a competição. Surgem conflitos de interesse entre, de um lado, as empresas e seus investidores, que procuram planejar toda a sua produção, afastando as incertezas econômicas, e, de outro, os interesses da sociedade, exercidos pelo Estado, pela manutenção da competição e do livre mercado. Na maioria dos casos deve prevalecer a concorrência; porém, a necessidade de planejamento é também interesse relevante, e, em alguns casos, sobrepõe-se à

¹⁷ *Société La Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*, TJCE, 30.06.1966, Processo n. 56/65, CMLR 357. (CUNHA, 2003, p. 50).

¹⁸ *Grundig/Costen* – Referente ao acordo de *Grundig Verkaufs GmbH* (64/566/ECC), 23 de setembro de 1964, OJEC 2.545/64, [1964] CMLR 489. (CUNHA, 2003, p. 50).

obrigação de manter a competição, especialmente no artigo 81(3), que traz exceções de acordos considerados legítimos, apesar do efeito anticoncorrencial.

A concessão de exceções, previstas no artigo 81(3), representa a não incidência do artigo 81(1) para determinados acordos, devido à sua natureza. Os acordos, as práticas e as decisões podem existir, apesar de seus efeitos anticoncorrenciais, devido a outros objetivos perseguidos, que, nestes casos particulares, se tornam mais importantes que a própria manutenção da competição nos mercados. Admite-se a restrição à concorrência quando compensada por meio das vantagens atingidas pelo desenvolvimento, beneficiando a sociedade por inteiro e a própria União, por torná-la mais competitiva no mercado internacional.

O artigo 82 proíbe o chamado abuso de posição dominante. Estar nesta posição significa ter poder suficiente para não se deixar influenciar pelas leis do mercado, estando resguardado das pressões dos concorrentes e da oferta e da procura. O agente econômico tem, então, poder de mercado ou de monopólio, possuindo a capacidade de determinação dos preços pelos quais as mercadorias serão comercializadas, com o objetivo de maximizar os lucros. O artigo 82 tem por escopo estabelecer limites à má utilização deste domínio sobre o mercado, controlando os agentes econômicos com poder, evitando danos a terceiros. Os terceiros podem ser, principalmente, empresas que negociam com o agente econômico dominante, ou outros que concorrem no mesmo mercado. Deste ponto de vista, as visões dos Estados Unidos e da Europa são diferentes. A preocupação primordial dos economistas de Chicago e das autoridades que aplicam a lei da concorrência nos Estados Unidos relaciona-se com a proteção daqueles que negociam com a empresa que detém a posição dominante, procurando evitar os abusos. Na União Européia, por sua vez, procura-se não somente proteger quem negocia com detentores de poder de mercado, mas principalmente empresas menores que competem com a de grande porte, buscando-se assim, atingir os objetivos estabelecidos no preâmbulo do Tratado de Roma (a política social, a competição leal, a paz e a liberdade). Desta forma, muitas vezes, protegem-se empresas menos eficientes, mas importantes para atingir os objetivos como um todo.

A proteção à concorrência, baseada então nos princípios estabelecidos no Tratado de Roma (1958), por parte dos organismos comunitários, pode ocorrer tanto *a priori*, antes que condutas com objetivos lesivos restrinjam a competição, quanto *a posteriori*, objetivando corrigir as distorções e os efeitos anticompetitivos das mesmas. Portanto, faz-se importante salientar que, para serem condenadas, as transformações anticoncorrencias no mercado,

provocadas pela ação de agentes econômicos, não precisam ter de fato já ocorrido, bastando a identificação de seus objetivos restritivos à competição.

Cabe também às autoridades nacionais competentes, no âmbito administrativo, empregar as regras de concorrência da União. Com o Tratado de Maastricht (1992), deu-se nova importância ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual, a União, nas questões que não sejam de sua competência exclusiva, somente atuará na medida em que os objetivos de sua ação pretendida não possam ser alcançados de maneira suficiente pelos Estados-membros (art. 5º do Tratado de Roma).

A Comissão, por meio de sua comunicação de 15.10.1997, destinada a precisar as condições de cooperação entre si e as autoridades de concorrência dos Estados-membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 81 e 82, pretende:

[...] descentralizar a aplicação das regras comunitárias da concorrência a fim de aumentar a sua eficácia. Para o efeito, prevê que cada autoridade de concorrência nos Estados-membros trate os processos cujos efeitos se produzam essencialmente no seu território, sem comprometer a competência exclusiva da Comissão em matéria de concessão de isenções. (COMISSÃO EUROPEIA. XXVII Relatório da Comissão Europeia sobre a política de concorrência (1997). Bruxelas, 1998, p. 20 apud CUNHA, 2003, p. 48).

Neste sentido de redução da atividade da Comissão, surge proposta de ampla discussão da legislação comunitária, com o objetivo de modernizá-la e adequá-la a um mundo diverso daquele existente no momento da montagem da estrutura de defesa da concorrência europeia, O “Livro Branco”, publicado pela Comissão em 28 de abril de 1999, traz inúmeras propostas de modernização da regras de aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado de Roma. Propõe-se ampliar a descentralização, mantendo, contudo, grande poder na Comissão.

No que diz respeito às relações entre o direito comunitário e o direito interno dos Estados-membros, ressalta-se o princípio da supremacia do direito comunitário, segundo o qual, “o direito nacional não pode prejudicar a aplicação plena e uniforme do direito comunitário e a força de seus atos de execução”. Assim, caso a Comissão tenha concedido exceção de acordo com o § 3º do artigo 81, não se permite aplicar o direito nacional, condenando a ação. Contudo, caso a Comissão tenha resolvido não tomar nenhuma medida, pois os acordos ou condutas não se encaixam nos artigos 81 e 82, não há objeção às autoridades nacionais de aplicar a legislação local.

As regras gerais de competição comunitárias não abrangem todos os setores da economia. Em determinados ramos de atividades, os chamados “setores especiais”,

agricultura e transportes, por exemplo, são aplicadas normas específicas, muitas vezes levando à não-incidência das regras da concorrência. Esta derrogação ocorre para perseguir outros fins considerados mais importantes que a manutenção da concorrência.

2.4.2.1 Restrições Verticais e a Legislação Antitruste Européia

O Conselho, como solução encontrada para reduzir o número de notificações requerendo a concessão de exceção individual, delegou à Comissão, mediante o Regulamento n° 19/65, poderes para que esta estabelecesse seus próprios regulamentos sobre grupos de acordos eventualmente proibidos pelo artigo 81(1), mas excetuado pelo artigo 81(3). Entre os anos de 1983 até 1996 foram estabelecidos nove regulamentos, onde cada tipo de restrição passou a contar com um regulamento específico, definindo quais seriam as cláusulas admitidas ou não dentro de cada contrato. Portanto, introduziram-se as exceções coletivas por grupos de contrato (por exemplo: contratos de distribuição exclusiva, de compra exclusiva, de franquia, de distribuição de veículos motores e prestação de serviços, etc).

As exceções coletivas têm a vantagem de garantir a validade dos contratos, desde que preenchidos os requisitos ali estabelecidos. Se o contrato cumprir com as determinações dos regulamentos não se aplica o artigo 81(1), não devendo ser apresentado à Comissão. Este procedimento, porém, possui algumas desvantagens. Dentre elas podemos destacar o fato de que os regulamentos divulgados pela Comissão, nos moldes tradicionais, determinam as disposições contratuais permitidas e proibidas. Isto muitas vezes se torna extremamente complicado. Assim, nem sempre existe convicção absoluta de que o contrato está ou não excetuado da aplicação do artigo 81(3), gerando incerteza e insegurança, aspectos negativos à prosperidade empresarial. Caso o contrato possua alguma disposição criando algum tipo de restrição à concorrência, este instrumento não se enquadra na exceção coletiva, estando inteiramente sujeito à aplicação do artigo 81(1). Cita-se como exemplo o caso Volkswagen AG e Audi AG¹⁹ perante a Comissão em 28.01.1998. Ambas montadoras alemãs infringiram o artigo 81(1) ao estabelecer à rede italiana de distribuidores de seus automóveis, país onde os preços praticados eram inferiores, que esta deveria dificultar ou impedir vendas para compradores provenientes de outros Estados-membros (pessoas físicas ou distribuidores). A Comissão considerou como não aplicável a exceção coletiva prevista, determinando o fim da infração e impondo pesada multa.

¹⁹ Caso Volkswagen AG e Audi AG de 28.01.1998. *OJEC* L-124, de 02.04.1998 apud CUNHA, 2003, p. 80.

Diante das críticas recebidas devido a esta incerteza jurídica, em janeiro de 1997, a Comissão publica o “Livro Verde”, onde são revistos os conceitos e políticas referentes às restrições verticais. Inicia-se um amplo debate sobre os efeitos destas restrições. Destas discussões surge o Regulamento da Comissão n° 2790/99, iniciando uma nova política de exceções. Este regulamento unifica as várias regras específicas de cada tipo de restrição vertical, estabelecendo um regulamento de isenção por categoria, substituindo, portanto, todos os regulamentos anteriores. Segundo Cunha (2003, p. 81-2), muda-se de um sistema baseado na forma da restrição vertical, com regras setoriais específicas, para um sistema baseado nos efeitos econômicos, ou seja, isentando da proibição casos onde os efeitos pró-competitivos superassem os efeitos anti-econômicos. Em suma, torna inaplicável a proibição presente no artigo 81(1) a acordos verticais estabelecidos por empresas cujas quotas de mercado não excedam 30%, desde que os mesmos não contenham restrições graves e atendam as condições do artigo 5° do Regulamento de Isenções Coletivas. Os acordos que excedem este percentual deverão ser analisados individualmente. Desta forma, concede-se maior liberdade e segurança jurídica para empresas sem poder de mercado.

Em 13 de outubro de 2000, através das “Orientações relativas às restrições verticais”, a Comissão deixa claro que o ponto determinante para a concessão de isenções é a “quota” de mercado. Além disso, identifica os efeitos positivos e negativos decorrentes da prática de restrições verticais, fornece um método de análise decisório quanto à concessão de isenção e enumera as sete restrições verticais mais comuns.

Além do Regulamento de Isenção por Categoria e das Orientações, a Comissão adotou uma comunicação relativa aos acordos de pequena importância. Originalmente publicada em 27 de maio de 1970, sendo sistematicamente substituída até a Comunicação de 22 de dezembro de 2001, destina-se a promover a cooperação entre pequenas e médias empresas e fornecer critérios que permitam definir, em termos de produtos e volume de negócios, mesmo sujeito a condições, os limites de restrição sensível, abaixo dos quais o acordo, decisão ou prática consertada seriam considerados lícitos. Um acordo vertical estabelecido entre empresas, cuja quota de mercado não exceda 15% é geralmente considerado isento de efeitos anticoncorrenciais significativos, a não ser que o acordo inclua alguma restrição grave. Se, no entanto, no mercado analisado predominarem redes paralelas de acordos verticais semelhantes, o limiar cai para 5%.

2.4.2.2 Concentração de Empresas na União Européia

No Tratado de Roma não há previsão legal sobre o controle dos atos de concentração. A ausência de normas sobre a matéria devia-se à idéia de que as concentrações eram benéficas para garantir competitividade às empresas européias diante da competição das empresas estrangeiras, principalmente dos Estados Unidos. As empresas européias deveriam ser fortalecidas para suportar a competição internacional. Além disso, acreditava-se que a concentração serviria também como mecanismo integrador do mercado, pois empresas de vários países poderiam unir-se, fazendo surgir uma grande empresa, de caráter europeu. Nos primeiros anos da existência da União, isto foi incentivado, não havendo controle pelos órgãos comunitários. Percebeu-se, posteriormente, que nem todas as concentrações econômicas eram úteis ao mercado comum, devendo ser instituído algum tipo de averiguação e proibição de determinados atos de união de empresas. Diante da inexistência de qualquer instrumento próprio à aplicação do direito da concorrência sobre estes casos, os entes comunitários começaram a interpretar extensivamente os artigos 81 e 82. Devido à imperfeição deste sistema, o Conselho, em 1989, aprovou o Regulamento n° 4.064, trazendo normas claras sobre a atuação dos órgãos da União diante das concentrações. Posteriormente, com o intuito de melhorar o desempenho do controle, ampliou-se o âmbito de aplicação por meio do Regulamento n° 1.310/97. Em 11 de dezembro de 2001, a Comissão publica um “Livro Verde” que se destina à revisão da regulamentação das concentrações, com a possibilidade das concentrações virem a ser apreciadas também pelas legislações nacionais. Tal evolução significaria o fim da competência exclusiva da Comissão sobre operações de concentração no setor de siderurgia (término da vigência do tratado que institui a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – julho de 2002).

ANO	LEI	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
1958	Tratado de Roma	<p>Proteção às regras de competição como um dos objetivos necessários ao atingimento do mercado comum.</p> <p>As regras de concorrência estão presentes nos artigos 81 a 89. Os artigos 81 e 82 tratam das regras aplicáveis às empresas e os restantes, das normas aplicáveis aos estados-membros.</p> <p>O artigo 81 proíbe todos os acordos entre empresas que possam afetar o comércio entre os estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir ou restringir a concorrência no mercado comum. O artigo 82 proíbe as condutas abusivas dos agentes econômicos que ocupam posição dominante.</p>
1962	Regulamento n° 17/62 (Conselho)	<p>O Conselho delega poderes à Comissão para executar a lei de defesa da concorrência.</p> <p>Disciplina (i) os procedimentos de notificação à Comissão de práticas restritivas à concorrência, (ii) os poderes de investigação da Comissão nas questões de defesa da competição comunitária e (iii) as medidas que pode adotar contra as empresas que tenham infringido as regras da concorrência.</p>
1983, 1985, 1988, 1992, 1993, 1995, 1996	Regulamentos n° 1983/83 (distribuição exclusiva), 1984/83 (compra exclusiva), 417/85 (especialização), 418/85 (pesquisa e desenvolvimento), 4087/88 (franquia), 3932/92 (estabelecimento de prêmio comum em seguros de transporte aéreo), 1617/93 (distribuição de veículos automotores), 1475/95 (prestação de serviços), 240/96 (transferência de tecnologia).	<p>Com o objetivo de reduzir o número de notificações requerendo a concessão de exceção individual, concediam exceções coletivas ao artigo 81(1), baseado no artigo 81(3), por grupos de contrato, de acordo com o tipo de restrição. Cada uma destas restrições passa a contar com um regulamento específico, nos quais se dizia qual forma de contrato era ou não permitida, isto é, quais as cláusulas seriam admitidas ou não.</p>
1989	Regulamento do Conselho n° 4.064	<p>Introduz normas, ausentes no Tratado de Roma, sobre o controle das concentrações econômicas entre empresas, estabelecendo a competência exclusiva da Comissão para a análise das mesmas.</p> <p>Passa a ser requerida a pré-notificação à Comissão das concentrações de empresas privadas e públicas de dimensão comunitária, ou seja, a partir de certo volume de negócios.</p>
1992	Tratado de Maastricht	<p>Dá nova importância ao princípio da subsidiariedade, abordado no artigo 5° do Tratado de Roma.</p>
1997	Regulamento do Conselho n° 1.310	<p>Volta a abordar o controle das concentrações econômicas tratado no Regulamento n° 4.064/89, ampliando o âmbito da aplicação e objetivando melhorar o desempenho do controle.</p>

continua

continuação

ANO	LEI	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
1997	“Livro Verde” de 22 de janeiro de 1997 (Comissão)	Revisão dos conceitos e políticas referentes às restrições verticais. Inicia amplo debate sobre os efeitos das restrições verticais. Dessa discussão surge o Regulamento da Comissão n° 2.790/99.
1997	Comunicação de 15/10/1997	A Comissão torna precisas as condições de cooperação entre si e as autoridades de concorrência dos estados-membros.
1999	Regulamento n° 2.790 (Comissão)	Unifica as diversas regras relativas a cada tipo de restrição vertical, Muda de um sistema baseado na forma da restrição vertical para um sistema baseado, inicialmente, na análise da quota de mercado. Torna inaplicável a proibição presente em 81(1) a acordos verticais estabelecidos por empresas (i) cujas quotas de mercado não excedam os 30%, (ii) não contenham restrições graves à concorrência e (iii) atendam às condições do artigo 5° do Regulamento de Isenções Coletivas. Os acordos que excedem os 30% deverão ser analisados individualmente.
1999	Livro Branco publicado em 28 de abril de 1999	Amplia a descentralização da competência da Comissão. Moderniza as regras de aplicação dos artigos 81 e 82.
2000	Orientações relativas às restrições verticais - Comunicação da Comissão de 13 de outubro de 2000.	Expõem os princípios de apreciação dos acordos verticais a fim de verificar se não afetam a concorrência entre estados-membros. Analisa o Regulamento n° 2.790/99 de forma esmiuçada quanto à concessão e retirada de isenção, analisa os efeitos negativos e positivos decorrentes da prática de restrições verticais, fornece um método de análise das restrições verticais para verificação da concessão da isenção e identifica as 7 restrições verticais mais comuns.
2001	“Livro Verde” de 11 de dezembro de 2001 (Comissão)	Revisa o Regulamento das Concentrações, possibilitando que estas sejam apreciadas também pelas legislações nacionais. Tal fato significa o fim da competência exclusiva da Comissão sobre operações de concentração.
2001	Comunicação da Comissão relativa aos acordos de menor importância	Estabelece que um acordo vertical entre empresas cujo mercado relevante não exceda 15% não é proibido pelo artigo 81(1), visto não ser considerado restrição significativa à concorrência, desde que não inclua restrições graves.

continua

continuação

ANO	LEI	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
2001	Orientações de 06/01/2001	Orientam sobre a aplicação do artigo 81 do Tratado CE e sobre acordos de cooperação horizontal.

Quadro 2.2: A Legislação Antitruste na União Européia.

Fonte: elaborado pelo autor.

2.4.3 Histórico do Antitruste no Brasil

A Carta de 1934, em seu art. 115, eleva, pela primeira vez, a nível constitucional, a liberdade econômica. Entretanto, faz isto de forma limitada. Esta limitação explica-se pelas constantes intervenções na economia brasileira pelo governo federal, as quais visavam minimizar os efeitos da grande crise norte-americana de 1929. A regulamentação estatal, em razão da pressão das classes produtoras, ocorreu principalmente na agricultura, atingindo o café, o açúcar e o cacau. Entretanto, não houve, sob a égide dessa Constituição, a promulgação de qualquer lei que regulamentasse o processo competitivo.

Com a ascensão dos regimes fascistas na Europa e o intervencionismo por eles pregado, cresce no Brasil o argumento da necessidade de intervenção estatal como forma de resguardar o desenvolvimento. O artigo 135 da Constituição de 1937 reflete este pensamento: “(..). A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção de forma a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. (...)”.

A primeira lei nacional de defesa da concorrência (Decreto-lei nº 869 de 1938), promulgada ainda sob influência do fascismo italiano, considera as concentrações econômicas danosas por si só, devendo-se, portanto, combater a formação e manutenção dos monopólios. Esta lei, que previa a forte intervenção estatal na economia como forma de coibir abusos econômicos, teve caráter penal. Os acordos, alianças ou fusões efetuados com o objetivo de impedir ou dificultar a concorrência constituíam delitos. As infrações seriam julgadas pelo Tribunal de Segurança Nacional, as penas não seriam suspensas e não se admitiria liberdade condicional. Tal rigor da norma em questão gerou grande resistência e a mesma acabou sendo revogada em pouco tempo.

Em 1942, novo decreto-lei é baixado (Decreto-Lei nº 4.407/42) criando a Comissão de Defesa Econômica (CDE), com a responsabilidade de fiscalizar, administrar, liquidar e apropriar bens e direitos.

Em 1945 é baixada a Lei Malaya (Decreto-Lei nº 7.666/45), substituindo o decreto-lei anterior. Além de reprimir “atos contrários à moral e ao ordenamento econômico”, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE. Poucos meses após a destituição do Presidente Getúlio Vargas, o decreto-lei foi revogado, ademais porque conflitava com o ambiente de liberalização política e econômica que caracterizava o fim do Estado Novo.

Com a Constituição de 1946, em seu artigo 148, é introduzido pela primeira vez, de forma expressa, o princípio de repressão ao abuso do poder econômico: “A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenha por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Neste momento, segundo Vaz, I. apud Forgioni (1998, p. 115): “tem início uma nova fase no sistema antitruste brasileiro”. Ocorre uma mudança de rumo na percepção da concentração econômica. Passa-se a perceber o monopólio (ou oligopólio) como inerente ao capitalismo, não mais punindo-o por si só, mas apenas o abuso que possa cometer. Além disso, os atos abusivos passam a ser condenados pela sua finalidade e não mais pelos seus efeitos, afastando-se da sistematização do Decreto-Lei nº 7.666/45.

Importante salientar que parte da doutrina, liderada por Pontes de Miranda, sustenta que o princípio da repressão ao abuso do poder econômico se encontrava implícito nas Constituições de 1934 e 1937 (CAHEN, H. apud FORGIONI, 1998, p. 114), além de constar também no teor do Decreto-Lei nº 7.666/45. Tal posição é corroborada por Nusdeo, F. apud Forgioni (1998, p. 114) que sustenta que tal princípio já se encontrava na Constituição de 1934. Pontes de Miranda, ainda, destaca o poderoso instrumental que o artigo 148 da Constituição de 1946 coloca em mãos do governo federal, salientando o perigo de empirismos.

Em 26 de dezembro de 1951, a Lei nº 1.521, embora alterando, como consta em sua epígrafe, “dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, contém uma série de dispositivos tipicamente antitruste, entre os quais, o art. 3º, III, que condena o acordo entre empresas “com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito do aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”, ou ainda o inciso V do mesmo artigo, vedando a prática de preços predatórios (“vender mercadorias abaixo do custo”). Entretanto, conforme assinala Franceschini, J. I. apud

Forgioni (1998), a lei resultou na análise de um número limitado de casos, processos intermináveis e poucas condenações, devido principalmente ao enfoque repressivo e rigoroso dado à matéria.

Voltando ao dispositivo constitucional de 1946, este requeria uma lei que o regulamentasse. No entanto, é somente no final dos anos 50 que realmente se intensifica o processo de modernização da economia nacional. Com o aumento dos investimentos externos e o programa de metas de Juscelino Kubitschek, o crescimento da economia é possibilitado. Neste momento surgem as primeiras dúvidas de como encarar o problema da concentração econômica, visto que defesa da concorrência e limitação do poder dos agentes não eram preocupações prioritárias dos governantes, voltados ao crescimento econômico a qualquer custo. Assim, a regulamentação da matéria constitucional somente surgiria na década de 60.

É, então, a Lei n° 4.137/62 que vem a regulamentar questões abordadas na Constituição de 1946, como a do não entendimento da concentração como uma infração por si só, mas sendo necessária a aplicação da lei somente no caso de atingir alguns fins vedados pela legislação. Cria o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e tipifica diversas práticas anticompetitivas, inclusive estabelecendo multas diante de ilícitos comprovados.

Esta legislação não teve grande aplicação efetiva. Amplas reformas no sistema financeiro, grande afluxo de capitais externos e uma significativa quantidade de incentivos fiscais definiram a política implementada pelos primeiros governos militares que garantiram o desenvolvimento econômico, porém de forma concentrada. Acrescenta-se a isto as atuações do Conselho Interministerial de Preços (CIP) e do Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI), que prejudicavam a aplicação da Lei n° 4.137/62, uma vez que, tentando promover a atividade industrial e controlar a inflação, fixavam os preços pelos quais as mercadorias deveriam ser vendidas, retirando do mercado o poder de fixar o real valor. Objetivavam “administrar a concorrência” e regular as condições de entrada e saída em diversos setores industriais, acabando por favorecer a concentração industrial.

Desde esta época, a indústria brasileira caracteriza-se por apresentar uma estrutura oligopolizada, com altos índices de concentração econômica em variados setores e baixo nível de competição entre as empresas. Três foram os fatores, segundo Fritsch e Franco apud Cunha (2003, p. 132) que contribuíram para este quadro: (1°) a própria imposição governamental que condicionava a concessão de empréstimos públicos e o fornecimento ao Estado a altos índices de nacionalização, aliada à característica de indivisibilidade da tecnologia das indústrias de base, determinou a construção de parques industriais superdimensionados para seus mercados,

estabelecendo significativas barreiras à entrada de pequenos e médios investidores; (2°) a disseminação de órgãos e agências governamentais responsáveis por fixar políticas de preços máximos, conceder subsídios, outorgar licenças de importação, promover acordos setoriais, controlar margens de lucros, autorizar financiamento de longo prazo, regular a oferta de insumos e serviços públicos e administrar a proteção tarifária; (3°) a grande entrada de capitais externos no país, resultado de uma política comercial restritiva (elevadas taxas de proteção e variados controles quantitativos) associada a regras estáveis e razoavelmente liberais para capitais estrangeiros, representou um estímulo aos investimentos externos diretos. O II PND (Plano Nacional de Desenvolvimento) vislumbrou um panorama de concorrência no qual pequenas e médias empresas nacionais deveriam se fundir, obtendo ganhos em escala, como forma de enfrentar grandes grupos internacionais.

Segundo Cunha (2003, p. 133): “O intervencionismo não fomentou a concorrência, mas principalmente o desenvolvimento econômico”. Salgado (1997, p. 177-9) complementa:

[...] nos anos 70 consolida-se um padrão de desenvolvimento em que o papel estruturador de mercados e regulamentador da concorrência capitalista por parte do Estado fora determinante. Do mesmo modo como, desde os anos 30, a estrutura industrial brasileira fora montada com a iniciativa, o estímulo e o apoio do Estado, os padrões de concorrência capitalista predominantes foram também, em grande medida, uma obra ‘pública’. [...] os oligopólios que desde então caracterizam a estrutura industrial brasileira tiveram o Estado como o seu principal artífice. [...] Nesse ambiente, as regras antitruste não poderiam desempenhar nenhuma função [...].

No final da década de 80, por fim, iniciam-se as mudanças na orientação da política oficial. A abertura comercial obriga as empresas aqui instaladas a aumentarem sua capacidade competitiva ao se defrontarem com o ingresso de mercadorias estrangeiras até então excluídas em razão das altas alíquotas de importação que eram praticadas. A privatização também acaba por atuar como instrumento de aumento da competição, com a transferência à iniciativa privada em regime de concorrência de setores tradicionalmente estatais. O Estado deixa de ser agente econômico, voltando-se apenas ao papel de regulador da economia. A função regulatória adquire grande importância neste momento da diminuição da esfera pública e aumento da esfera privada.

Neste contexto, surge a Lei n° 8.158/91, já sob a égide da Constituição de 1988, procurando dar novo fôlego à repressão ao abuso do poder econômico. Entende-se que o poder econômico tornou-se uma regra, de forma que não é condenado por si só, mas somente seu mau uso. Tal lei não alcançou o resultado esperado, vindo a surgir a Lei n° 8.884/94.

É fundamental o contexto político-econômico do início da década de 90 para que a lei de defesa da concorrência adquirisse a importância devida. O Estado se retraindo em funções de regulação e controle da economia, possibilita que a Lei nº 8.884/94 alcance destaque em relação às anteriores, por um lado conferindo maior liberdade ao mercado, por outro inibindo condutas de agentes econômicos que atravancam a livre competição. Tal lei tem-se mostrado efetiva na repressão de práticas ilícitas de concorrência e no controle de concentrações.

É no artigo 20 da Lei nº 8.884/94 onde estão colocadas as condutas caracterizadas como infração da ordem econômica. Consideram-se ilícitos, independente de culpa, os atos de qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Importante salientar que os conceitos apresentados no artigo 20 são bastante genéricos, incertos e imprecisos. O atingimento da precisão ocorrerá tão somente através de minuciosa interpretação a ser realizada pelos órgãos aplicadores do direito de defesa da concorrência, tanto na esfera administrativa, quanto na judiciária. Será, portanto, tão somente a jurisprudência que determinará os conceitos de forma estrita.

Uma análise sucinta destes quatro incisos nos traz alguns esclarecimentos. No inciso I percebe-se uma gradação de intensidade na alteração da estrutura do mercado, que se daria de forma artificial pela ação de agentes econômicos e não pela força do mercado.

O voto da Conselheira do CADE, Malard, N. apud Cunha (2003, p. 139) no Processo Administrativo nº 31/92²⁰, serve de exemplo de uma análise minuciosa para precisar o conceito de domínio de mercado relevante constante no inciso II:

[...] o domínio de mercado deve ser entendido como poder de agir. No aspecto ativo, este poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar comportamento independente das empresas concorrentes, com força para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.

Importante colocar que é o domínio obtido de forma ilícita, por meios de atos atentatórios à concorrência, que se deseja evitar. O crescimento da empresa devido à maior eficiência, ou seja, obtido por meios lícitos não caracteriza conduta atentatória.

²⁰ Representante: Transauto, Transportes Especializados de Automóveis S.A.; Representada: FIAT Automóveis S.A. Cf. Cunha (2003, p. 139).

O aumento de preços, quando praticado por empresa em posição dominante ou por meio de prática concertada, pode caracterizar aumento arbitrário dos lucros. Assim, o aumento arbitrário de lucros (inciso III) insere-se necessariamente no exercício abusivo de posição dominante (inciso IV). A posição dominante, por sua vez, é adquirida quando uma empresa ou um grupo de empresas controla 20% do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de produto, serviço ou tecnologia. Esta parcela do *market share* é fator apenas indicativo e não conclusivo sobre a existência de posição dominante, devendo ser analisados, também, outros fatores.

O artigo 21 elenca, de forma não exaustiva, as condutas que podem constituir práticas abusivas. Tais práticas não constituem ilícitos *per se*, mas somente quando atentem contra os fins do artigo 20.

O artigo 54 da lei em análise trata sobre o controle das concentrações econômicas, abrangendo atos e contratos “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços”. Para que haja este controle é necessário que a empresa ou grupo resultante possua 20% ou mais do mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a cem milhões de UFIR. Tais concentrações podem variar desde fusões e incorporações até simples sociedades para fins de pesquisas, estatísticas, publicidade e utilização de marcas. Também no caso das concentrações, o percentual de 20% é mero parâmetro, mero indicador, à necessidade de apreciação pelo CADE, que por vezes, mesmo ultrapassado, não será necessariamente impeditivo à concentração, quando seus benefícios forem superiores aos prejuízos causados à concorrência.

Por fim, a Resolução n° 20/1999 do CADE aborda as práticas restritivas horizontais e verticais em seu Anexo I e estabelece os critérios básicos para a análise de tais práticas em seu Anexo II, adotando o “princípio da razoabilidade” para tal. A evolução histórica da legislação antitruste brasileira é apresentada de forma sistematizada no Quadro 2.3.

ANO	LEI	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
1938	Decreto-Lei n° 869	Primeira lei antitruste nacional. Muito rigorosa. Considera danosa a simples existência de monopólios.
1942	Decreto-Lei n° 4.407	Cria a Comissão de Defesa Econômica.

continua

continuação

ANO	LEI	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
1945	Lei Malaya (Decreto-Lei n° 7.666)	Substitui o Decreto-Lei anterior, cria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica e reprime atos contrários ao ordenamento econômico.
1946	Constituição Federal	Introduz de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico, passa a considerar o monopólio como danoso apenas quando abusar de seu poder.
1951	Lei n° 1.521	Condena acordos entre empresas prejudiciais à concorrência e veda a prática de preços predatórios.
1988	Constituição Federal	Considera a “Livre Concorrência” como princípio constitucional da Ordem Econômica (art. 170, IV). Mantém a determinação à repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4°) estabelecido na Constituição de 1946.
1991	Lei n° 8.158	Procurou dar ênfase à repressão ao abuso do poder econômico. Não alcançou o resultado esperado.
1994	Lei n° 8.884	O artigo 20 identifica os efeitos de condutas caracterizadas como de infração à ordem econômica. O artigo 21 trata das condutas que podem constituir práticas abusivas. O artigo 54 trata das concentrações econômicas.
1999	Resolução n° 20 do CADE	Aborda práticas restritivas verticais e horizontais e estabelece critérios para análise das normas baseando-se no princípio da razoabilidade.

Quadro 2.3: A Legislação Antitruste no Brasil.

Fonte: elaborado pelo autor.

Para concluir o histórico do antitruste no Brasil, é importante colocar a identificação que Oliveira (2001) faz da mescla de duas vertentes, distintas e antagônicas, da legislação na esfera econômica. Estas vertentes, que coexistindo e influenciando-se mutuamente, subdividem as tendências de regulação do mercado brasileiro em três períodos: (i) de 1937 até 1988, quando se observa a prevalência da “defesa da economia popular”, marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica, incluindo o controle de preços; (ii) de 1989 a 1994, inaugurada pela Constituição de 1988, predomina uma etapa de transição, baseada na mudança do modelo desenvolvimentista brasileiro de substituição de importações para uma estratégia de inserção na economia mundial, iniciando a desregulamentação de mercados e preparando terreno para as privatizações que se seguiram na fase posterior; e (iii)

o período a partir de 1994, que é marcado pela preponderância da “defesa da concorrência” sob o intervencionismo estatal.

2.5 CONCEITOS IMPORTANTES À ANÁLISE ANTITRUSTE

A defesa da concorrência é implementada, normalmente, seja (i) através de regras relativas à conduta dos agentes, as quais prevêm punições às práticas anticompetitivas (restritivas da concorrência), derivadas do exercício abusivo do poder de mercado; ou (ii) através de ações de caráter estrutural, que buscam evitar o surgimento de estruturas muito concentradas. Embora ambas as formas possam ter natureza horizontal ou vertical, enquanto a primeira se caracteriza pelo caráter repressivo, a segunda tem no controle preventivo sobre os atos de concentração (fusões, aquisições, *joint-ventures*, etc) sua característica mais marcante.

Uma vez implementada e diante da necessidade de se realizar uma análise antitruste, é necessário identificar a existência de poder de mercado, condição necessária para haver ilicitude do ponto de vista legal. Para isto, requer-se a prévia delimitação do mercado em que tal poder é exercido (conceito de mercado relevante) e a análise das condições de mercado que tornam possível o exercício deste poder. Sabendo-se que uma mesma conduta ou ato de concentração podem apresentar tanto efeitos restritivos, como geradores de eficiências, torna-se necessário identificar e mensurar tais efeitos, a fim de proibir apenas as ações cujos efeitos líquidos sejam anticompetitivos.

2.5.1 O Conceito de Mercado Relevante

Diante do até aqui exposto, delimitar o mercado relevante é essencial à análise antitruste. Entendendo-se inicialmente mercado relevante como um *locus* (produto/região) em que o poder de mercado possa (hipoteticamente) ser exercido, uma definição clássica estabelecida em 1992 no documento “Diretrizes para Análise de Fusões Horizontais”, da *FTC* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, aprofunda este conceito:

[...] um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido, tal que uma hipotética empresa maximizadora de lucros, não sujeita à regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado

relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedam o necessário para fazer tal teste.

Na legislação brasileira, embora anteriormente não definido no texto legal, o termo mercado relevante era sempre utilizado em associação às referências feitas à posição dominante. Após utilizar-se durante muito tempo o conceito presente na literatura ou na norma americana, o CADE, através de sua resolução n° 15/98, apresentou o conceito de mercado relevante do produto como “todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor, devido às suas características, preço e utilização.” Já o mercado relevante geográfico, segundo esta mesma resolução, “compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços”. A resolução n° 20/99 do CADE também define o mercado relevante, dispondo que “...constitui o espaço – em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante.”

Percebe-se que nesta última definição de mercado relevante, a lei brasileira utiliza o termo posição dominante para designar, praticamente, o mesmo conceito de poder de mercado, parecendo haver uma certa confusão entre os dois termos. Portanto, o conhecimento claro do conceito de poder de mercado é de extrema importância a este trabalho, pois é justamente o exercício abusivo deste poder que a legislação antitruste procura reprimir.

2.5.2 Poder de Mercado

Enquanto o termo posição dominante refere-se ao controle de parcela fundamental de um mercado relevante, o que se presume existir quando uma empresa detém 20% ou mais de participação no mercado (*market-share*); o termo poder de mercado é mais amplo, correspondendo à capacidade de uma empresa, ou um grupo de empresas, em restringir sua produção e aumentar os preços significativa e persistentemente acima dos níveis competitivos, vindo a obter lucros acima do normal, sem que perca todos os seus clientes para competidores.

Embora o critério de participação da empresa no mercado seja uma forma de avaliar o poder de mercado da mesma, indicadores da concentração de mercado também podem mostrar, através do modelo Estrutura-Condução-Desempenho, que uma maior concentração da oferta (estrutura) implica maior probabilidade de colusão (condução) e, por consequência, a

prática de preços e a obtenção de lucros mais elevados. Desta forma, pode-se admitir que o poder de mercado é uma função crescente da concentração.

Além da (i) participação e de (ii) índices de concentração de mercado; Porter (1986, p. 4) observa que a (iii) existência de barreiras à entrada, entendida como a dificuldade ou inviabilidade econômica para que um potencial entrante atinja a eficiência dos atuais participantes da indústria; o (iv) o grau de rivalidade existente entre as empresa atuantes no mercado, determinado pelo número e tamanho relativo dos competidores; a (v) ameaça da entrada no mercado de produtos substitutos, ou seja, produtos provenientes de outras indústrias; e, finalmente, o (vi) poder de fornecedores ou de compradores, os quais poderiam fazer uso de tal poder para, respectivamente, praticarem preços de matérias-primas acima dos níveis competitivos ou forcarem a aquisição dos produtos finais a preços baixos; são outros fatores que se presentes podem ser fundamentais na determinação do efetivo poder de mercado de uma empresa específica (figura 2.2).

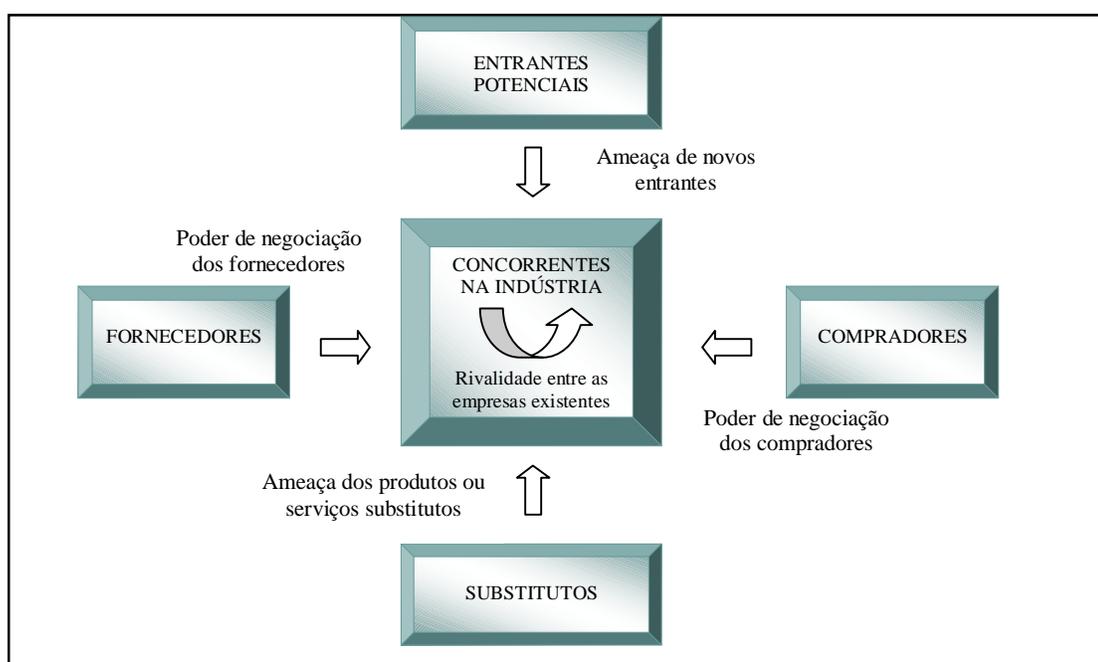


Figura 2.2: As Cinco Forças Competitivas de Porter

Fonte: Porter (1986, p. 4)

Importante atentar, no entanto, ao fato de que as leis antitrustes não tornam o poder de mercado, nem o monopólio, ilegais; mas apenas tentam controlar a forma como são adquiridos e mantidos. Além disso, a existência de poder de mercado é condição necessária

para a aplicação da lei antitruste, pois quem não o detém não poderá prejudicar a concorrência no mercado. Portanto, quando uma determinada análise conclua pela inexistência de poder de mercado, o caso em investigação/julgamento deverá ser encerrado por não estar contrariando os princípios antitrustes.

2.5.3 A Abordagem *per se* e a Regra da Razão

Conhecendo-se que as condutas e os atos de concentração, além de serem restritivos à concorrência, podem, também, promover eficiências compensatórias, a lei não deverá reprimi-los quando estes gerarem ganhos de eficiência líquidos. Tal abordagem, que considera os efeitos líquidos e não apenas os restritivos, é hoje conhecida como “princípio da razoabilidade” (*rule of reason*) e tem sua origem na vitória do governo norte-americano no caso *Standard Oil Company of New Jersey v. United States* (1911). A Standard Oil, de Nova Jersey, era uma grande empresa do setor de refino de petróleo que, através da prática de preços predatórios (abaixo do custo), objetivava aumentar seu poder de mercado. Proferindo seu entendimento sobre o caso, o Juiz White, ao declarar que um padrão de razoabilidade deveria ser empregado junto à aplicação do *Sherman Act*, distinguia entre os monopólios legais, alcançados através de métodos usuais, daqueles ilegais, resultantes da adoção de estratégias de exclusão de competidores. Assim, nos Estados Unidos, dependendo do tipo de prática anticompetitiva, o Judiciário aplica dois métodos de abordagem: (i) o princípio da razoabilidade, quando a avaliação caso a caso se faz necessária, e somente são consideradas ilícitas aquelas práticas onde os efeitos anticompetitivos superarem os pró-competitivos; e (ii) a regra *per se*, aplicada àquelas práticas que na grande parte das vezes não promovem ganhos de eficiência significativos, bastando a constatação de sua ocorrência para que a prática seja considerada ilícita.

Importante perceber, no entanto que, segundo Mello (2002), a abordagem *per se* não é incongruente com a análise econômica, mas trata-se apenas de método judicial de aplicação da lei que, em face de evidências teóricas, estatísticas e jurisprudenciais, sabe-se que determinadas práticas geralmente não geram benefícios mensuráveis, permitindo, portanto, através de sua aplicação, significativa economia de recursos quando comparado ao processo de um caso pelo princípio da razoabilidade. Em suma, a análise de uma prática pelo critério *per se* não precisa passar por uma apuração muito detalhada, pois os custos que isso implicaria superam os benefícios de tal procedimento. Além disto, este tipo de análise

possibilita uma solução mais rápida e serve de orientação aos agentes envolvidos, propiciando-lhes uma maior segurança jurídica.

Kovacic e Shapiro (1999) identificaram períodos de predominância de uma e outra abordagem ao longo da evolução da legislação antitruste nos Estados Unidos. Segundo eles, no período compreendido entre 1914 até 1936 ocorre uma ascensão da regra da razão. Após a publicação do *Clayton Act* e do *FTC Act*, de maneira diferente à inicialmente esperada em razão do conteúdo de tais leis, estabelece-se um período marcado pelo “repouso” em relação às ações antitruste. As cortes basearam suas decisões em testes de razoabilidade na avaliação da conduta das empresas e o Executivo, acreditando no sucesso das parcerias público-privadas, desencorajaram os processos agressivos por parte do Departamento de Justiça e da *FTC*. Já, a partir do colapso de 1929, Franklin Roosevelt passa a acreditar que a chave para a retomada do crescimento econômico era uma competição rigorosa. Inicia-se um poderoso ataque aos conluios horizontais e à dominação de mercados por uma simples empresa. Predomina um clima de grande suspeita sobre as corporações gigantescas e buscam-se formas de simplificar a condenação de réus acusados de ações anti-concorrenciais. Diante da morosidade dos processos conduzidos pelo princípio da razoabilidade, o período compreendido entre 1936 e 1972 é caracterizado pela utilização intensiva da regra *per se* e pelas análises estruturais dos mercados. É somente a partir de 1973, quando os questionamentos da Escola de Chicago começam a ganhar ênfase e a pressionar as decisões judiciais, que se começa a perceber alterações em relação à tendência predominante no período anterior. Em razão das empresas norte-americanas estarem perdendo competitividade nos mercados internacionais e participação no mercado interno, Richard Nixon inicia uma política de indicar para a Suprema Corte juízes aliados, com uma doutrina contrária às intervenções antitruste. A decisão no caso *Continental T.V. Inc vs. GTE Sylvania Inc.* (1977), que considerou que toda restrição vertical não baseada em preços deveria ser avaliada mediante a regra da razão, representou a confirmação desta nova etapa que se estendeu até 1991. Por fim, o período que se inicia em 1992 e se prolonga até os dias atuais é marcado pela tendência ao estabelecimento de uma metodologia intermediária, baseada nos fundamentos da Teoria dos Jogos, entre a ainda complexa regra da razão e a pobre análise da regra *per se*. Exemplos disto são (i) a imunidade concedida ao primeiro membro do cartel a denunciar sua existência e (ii) a abertura de processos diante de comportamentos facilitadores de práticas coordenadas, e não apenas diante das próprias práticas coordenadas em si.

O sistema antitruste brasileiro é compatível com a abordagem do princípio da razoabilidade, tanto no julgamento de condutas quanto na avaliação de atos de concentração.

É o que estabelece, por exemplo, a Resolução n° 20/99 do CADE²¹, que em seu Anexo II, referente à aplicação de critérios básicos na análise de práticas restritivas, quando menciona que:

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos (alavancagem de um mercado para o outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante) constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis-à-vis seus possíveis benefícios (“eficiências”) compensatórios. (grifo do autor).

Apesar de usar o termo posição dominante com o significado de poder de mercado, como anteriormente mencionado, a Resolução n° 20 do CADE deixa claro que não faz confusão entre os dois termos, como se poderia pensar de início, ao estabelecer que também sejam analisados fatores como o índice de concentração, a existência de barreiras à entrada, o grau de rivalidade entre os participantes do mercado relevante e o grau de exposição dos mercados relevantes à ameaça de produtos importados. Parece faltar, nesta Resolução, apenas menção à avaliação do poder de fornecedores e compradores como fator componente para a determinação do poder de mercado de uma determinada empresa.

Importante observar que o modelo europeu apresenta uma sistemática destinada à análise de condutas anticompetitivas em acordos de fornecimento e distribuição, a qual pode ser interpretada como uma seqüência de abordagens *per se* e que define pela concessão ou não de isenções coletivas à aplicação do artigo 81 do Tratado de Roma (1958). Inicia-se pela identificação da existência de “restrições graves”. Assim, fixações de preço, limitações à produção, partilhas de mercado por território ou cliente²², dentre outras, estarão geralmente proibidas mesmo que a quota de mercado do acordo não exceda 30%. O passo seguinte, então, compreende o cálculo da “quota de mercado”. A partir deste ponto são estabelecidas três possibilidades. Caso a quota de mercado (i) seja igual ou inferior a 15%, o acordo nem chega a ser abrangido pelo artigo 81; (ii) ultrapasse os 30%, será necessária uma avaliação individual; e, finalmente, (iii) seja superior a 15% e igual ou inferior a 30%, deverá se verificar se as condições do artigo 5° do Regulamento de Isenções Coletivas são ou não satisfeitas.

²¹ Oliveira chega a colocar que “[...] a Resolução n. 20/99 consagrou a interpretação de que não há infração *per se* na legislação brasileira.” (OLIVEIRA, 2001, p. 13)

²² Mesmo dentro das “restrições graves” existem exceções, sendo, nestes casos, possível a concessão de isenções.

Caso sejam, estarão dentro das condições necessárias à concessão da isenção coletiva. Do contrário, ou seja, verificada a existência de cláusulas com obrigações de não concorrência durante ou após o término do contrato e a restrição da venda de marcas concorrentes em um sistema de distribuição seletiva determina que não haja a isenção coletiva, devendo o acordo também ser avaliado individualmente.

Desta forma, após esta série de testes decisórios, somente aqueles acordos que necessitarem de uma avaliação individual, ou seja, quando o Regulamento de Isenção por Categoria não for aplicável, estarão sujeitos a uma identificação e mensuração da intensidade dos efeitos anti e pró-competitivos, em suma, à regra da razão.

2.6 O ANTITRUSTE E AS RESTRIÇÕES VERTICAIS

As restrições verticais, por alinharem os interesses das partes envolvidas (fabricante-distribuidor), são vistas com suspeita pelas leis antitruste. As razões econômicas apresentadas como justificativa para a proibição de diferentes formas destas restrições possuem duas origens. Enquanto acordos entre fabricantes e distribuidores que visam a fixação dos preços de revenda (*RPM*), ou a atribuição de territórios exclusivos, são interpretados como um comportamento de conluio visando a repartição do mercado, acordos que aumentam a dependência dos distribuidores em relação aos fabricantes (*exclusive dealing* ou a prática de venda casada) são considerados como parte de uma estratégia do fabricante adotada com a finalidade de exclusão de seus rivais.

A Escola de Harvard atribui aos acordos verticais um forte potencial de exclusão, considerando-os como anticompetitivos. Baseia-se na teoria de Krattenmaker e Salop apud Burgess (1995, p. 347), a qual afirma que as restrições verticais podem ser usadas como mecanismos de obtenção de lucros supranormais através do controle da distribuição. O estabelecimento de contratos de distribuição com cláusulas de exclusividade entre fabricante e um significativo número de distribuidores permitiria, ao primeiro, a obtenção de poder de exclusão sobre seus rivais. A explicação para a adesão de distribuidores a estes contratos, privando-se de negociar com outras marcas, está na divisão, por parte dos fabricantes, dos lucros obtidos a partir do controle do mercado. Os autores advertem que a existência de um número limitado de distribuidores, o controle de parte substancial destes pelo fabricante e a presença de significativas barreiras à entrada são as condições necessárias para que ocorra o

aumento dos custos dos rivais, efeito anticompetitivo pretendido pelo fabricante e que explica o potencial de exclusão sobre seus competidores.

Por outro lado, a Escola de Chicago entende que as restrições verticais são, na maior parte das vezes, geradoras de eficiências econômicas e, portanto, pró-competitivas. Devem, assim, ser analisadas mediante o emprego da regra da razão, e não proibidas *per se*. Considera que os acordos verticais entre fabricante e distribuidores ajudam a evitar comportamentos oportunistas por parte dos últimos, auxiliando a resolver problemas originados a partir de externalidades e contribuindo para aumentar a eficiência. Burgess (1995, p. 342) observa que os fabricantes, em se tratando de um produto diferenciado, têm interesse em construir e proteger uma imagem favorável de seu produto. Apresentado como exemplo a importância de uma determinada marca de cerveja ser servida a uma temperatura adequada em um ambiente confortável e atrativo, considera o não atendimento destas condições por parte dos distribuidores como uma externalidade negativa. Ao ignorarem a relevância destes serviços, ou sentirem-se ameaçados pelo possível *free-riding* de rivais, os distribuidores reduzem seus investimentos. Têm suas vendas reduzidas, prejudicando a si próprios e aos fabricantes (redução das vendas e no valor agregado do produto).

2.7 BREVES CONCLUSÕES REFERENTES AO ANTITRUSTE

Neste ponto, torna-se importante salientar a identificação de Monteiro (2002) da clara existência de dois fulcros diferenciados na condução da avaliação de práticas anticoncorrenciais. Segundo esta autora, enquanto o modelo americano centra-se na análise de poder de mercado (poder de monopólio), o modelo europeu foca-se na posição dominante no mercado (dominância do mercado).

Da mesma forma, percebe-se que o sistema de avaliação de práticas anticompetitivas adotado pela União Européia difere daquele adotado no Brasil no que se refere à primeira etapa na determinação da ilegalidade, ou não, de tais práticas. Enquanto nas “Orientações relativas às restrições verticais” de 2000, por exemplo, a Comissão Européia deixa claro que o ponto inicial para a concessão de isenções é a “quota de mercado”; a resolução n° 20/99 do CADE, apesar de usar a expressão “posição dominante²³”, indica, além da participação de

²³A Lei n° 8884/94, em seu artigo 20, § 3°, estabelece que a posição dominante é presumida quando a empresa, ou grupo de empresas, controla 20% do mercado relevante. Diferentemente, as “Orientações relativas às restrições verticais” da Comissão Européia, editadas em 2000, fixam em 30% o limiar da quota de mercado relevante para a concessão de isenções. Ambos valores servem, no entanto, como referenciais, não sendo absolutamente determinantes.

mercado, toda uma seqüência de fatores a serem avaliados, dentre os quais, o índice de concentração, o grau de rivalidade entre os concorrentes, a existência de barreiras à entrada e o nível de exposição do mercado relevante à concorrência de produtos importados, não deixando, desta forma, dúvidas quanto à necessidade de uma avaliação mais ampla, a qual vem a se caracterizar, então, pela constatação do “poder de mercado”. É apenas na etapa final que ambos os sistemas assemelham-se. Explicitando a necessidade de mensuração dos efeitos positivos e negativos decorrentes de práticas anticoncorrenciais, os dois sistemas utilizam um método de análise decisório, quanto à concessão de isenções individuais, no caso europeu, ou de legalidade da prática, no caso brasileiro, baseado na aplicação da regra da razão como o critério definidor posterior.

Já, o sistema de avaliação destas práticas adotado nos Estados Unidos, além de alternar períodos históricos de predominância entre a regra da razão e a abordagem *per se*, migra, atualmente, segundo Jacobson²⁴ (2002), de uma ênfase no percentual de bloqueio do mercado relevante (“foreclosure”) para a constatação do abuso do poder de mercado da empresa praticante da conduta anticoncorrencial, expresso através do aumento dos custos dos rivais, como o fator preponderante na determinação da ilegalidade da mesma. Interessante observar que a Resolução n° 20/99 do CADE cita o aumento do custo dos rivais como forma de aumentar as barreiras à entrada, e conseqüentemente, de bloquear o acesso de empresas rivais ao mercado relevante, parecendo estar em sintonia com o pensamento de Jacobson, onde a amplitude do conceito de poder de mercado vem cada vez mais se sobrepondo, nas decisões das cortes norte-americanas, à restrita aplicação da teoria do *foreclosure*.

Percebe-se, assim, que os procedimentos de análise das práticas anticompetitivas no Brasil parecem estar bem estabelecidos e serem dotados de bastante clareza. Baseiam-se na regra da razão, com a prévia análise da existência do poder de mercado, condição indispensável para a prática de ações anticoncorrenciais, captando, portanto, os pontos indubitavelmente mais evoluídos das legislações antitruste norte-americana e européia. Resta saber se a sistematização encontrada no modelo europeu (Regulamento de Isenções Coletivas) representa realmente um passo além na obtenção de uma maior segurança jurídica, redução de custos e tempo na análise dos casos; ou se uma utilização mais intensa de conceitos de teoria dos jogos, a pouco introduzida no modelo norte-americano, poderiam contribuir positivamente ao aperfeiçoamento do sistema nacional de análise de práticas anticompetitivas.

²⁴ Embora o trabalho de Jacobson (2002) esteja voltado estritamente para o estudo de “revendas exclusivas”, tal consideração pode ser estendida a outras condutas, e, até mesmo, para os atos de concentração.

Percebe-se, também, ao longo deste capítulo, as diferentes motivações encontradas para o surgimento das legislações antitruste. Nos Estados Unidos, as mesmas surgiram como uma forma de oposição às grandes concentrações econômicas que se formavam, as quais contrariavam os princípios do mercado plural e da descentralização como garantias da liberdade individual, sendo os mesmos tidos como fundamentais ao processo concorrencial na cultura do país (SALGADO, 1997). O antitruste norte-americano começou, portanto, como uma tentativa de evitar os monopólios (BURGESS, 1995, p. 229).

Já na Europa, que considerava a existência de grandes empresas importante à concorrência perante os grupos americanos e japoneses, chegando em determinados momentos, inclusive, a estimulá-las, o controle sobre os atos de concentração aparece somente muito tempo depois (1989). Inicialmente, o foco da legislação antitruste da União Européia se concentra sobre as condutas anticompetitivas, surgindo em razão da percepção de que as vantagens auferidas por meio do espaço econômico único somente seriam alcançadas com a efetiva competição entre os agentes. Tal competição, no entanto, encontrava-se ameaçada a partir do momento em que as empresas procuravam substituir a proteção estatal que até então recebiam pela utilização de restrições à efetiva concorrência (práticas concertadas com competidores ou divisão de mercados). Estas restrições colidiam com o espírito de integração e precisavam, portanto, ser evitadas com o intuito maior de se atingir o desenvolvimento europeu (CUNHA, 2003).

No Brasil, sob influência dos regimes fascistas europeus, a intervenção do Estado na economia é cada vez mais divulgada como meio de garantir o desenvolvimento. A Constituição Federal de 1937, em seu artigo 135, justifica esta intervenção como forma de suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de acordo com os interesses da Nação.

Para finalizar, deve-se salientar que seja nos Estados Unidos, na União Européia ou no Brasil, a legislação antitruste foi e tem sido utilizada como um instrumento de implementação de políticas econômicas. Com o objetivo maior do que unicamente a defesa da concorrência, estes “Estados” têm buscado, através desta legislação, o atingimento de níveis superiores de desenvolvimento e bem-estar para suas populações (FORGIONI, 1997). Deriva, portanto, de crenças econômicas e políticas determinantes na escolha de um sistema de mercado considerado adequado ao desenvolvimento, o qual assume-se não ser capaz de se auto-sustentar, nem de se auto-corriger, tornando-se de interesse público a intervenção governamental. Verifica-se, também, que o antitruste, além de ser uma política durável e efetiva, está em constante processo de refinamento e redefinição (BURGESS, 1995, p. 229).

CAPÍTULO 3 – RESTRIÇÕES VERTICAIS

Neste capítulo analisam-se as restrições verticais²⁵, especialmente no que diz respeito à relação entre fabricante e distribuidor, como uma forma de arranjo alternativa à integração vertical.

Segundo a Resolução n° 20/99 do CADE:

As práticas²⁶ restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado ('de origem') sobre mercados relacionados verticalmente – a 'montante' ou a 'jusante' – ao longo da cadeia produtiva (mercado 'alvo').

De acordo com as Orientações relativas às restrições verticais, Comunicação da Comissão da União Européia, de 13 de Outubro de 2000:

As restrições verticais são acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens e serviços.

Conforme a Política de Concorrência na Europa (2002, p. 7), ao tratar das regras da concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição:

Os acordos verticais²⁷ são acordos de compra e venda de bens e serviços concluídos entre empresas que operam a diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição. [...] pode haver restrição de concorrência se o acordo impuser restrições

²⁵ Furquim (XXVI Encontro Nacional de Economia, p. 1327) classifica as Restrições Verticais, relação entre duas firmas (cliente e fornecedor) em que uma transfere à outra o controle de alguns (mas não todos) elementos do processo produtivo, como uma forma de Arranjo Vertical. Segundo este autor, denominações diferentes do mesmo objeto, como controle vertical ou relações contratuais verticais, decorrem de um problema de ênfase que se queira dar a aspectos particulares do mesmo. Furquim identifica ainda como diferentes formas de arranjos verticais outros dois tipos de objetos. Denomina de Integração Vertical a organização de dois processos produtivos sucessivos por uma mesma empresa, e de Quase-Integração Vertical os relacionamentos financeiros entre firmas operando em estágios sucessivos da cadeia produtiva.

²⁶ As expressões “práticas” e “restrições” são usadas de forma indistinta na literatura, como se pode observar nas definições acima apresentadas: “As práticas restritivas verticais são restrições [...]” ou “As restrições verticais são [...] práticas concertadas [...]”. Portanto, a distinção entre os dois termos não será motivo de preocupação neste trabalho.

²⁷ Os acordos de distribuição estabelecidos entre produtores e distribuidores, exemplos típicos de acordos verticais, serão o foco deste trabalho. Entretanto, um acordo de fornecimento industrial entre uma empresa fabricante de um produto e uma outra, fabricante de um componente que integra este produto, também constitui um acordo vertical.

relativamente ao fornecedor ou ao comprador (a seguir designadas “restrições verticais”).

Importa observar o caráter controverso das restrições verticais no âmbito do antitruste, visto que tanto podem ser usadas em benefício da concorrência, mediante uma distribuição eficiente das economias geradas ao evitarem problemas de coordenação; ou em seu detrimento, bloqueando o acesso de competidores ao mercado como estratégia de obtenção de poder ou facilitando conluíus entre empresas que visam compartimentá-lo. Portanto, os diferentes tipos de restrições verticais não podem ser considerados *per se* como favoráveis ou desfavoráveis à concorrência, devendo-se analisar os casos individualmente, evitando-se generalizações (LIVRO VERDE, 1997, p. iv). Além disso, verifica-se que à medida que as empresas recorrem cada vez mais ao abastecimento externo e a serviços especializados como os prestados pelos distribuidores, a cadeia de abastecimento ou a cadeia logística torna-se mais ampla. Conseqüentemente, as relações verticais assumem importância crescente, chegando a Comissão Européia a considerar diversas restrições verticais como se sistemas de distribuição fossem (LIVRO VERDE, 1997, p. 2).

Com o objetivo de contextualizar as restrições verticais como cláusulas presentes em contratos estabelecidos entre firmas independentes (fabricante-distribuidor), representando, os contratos, uma estratégia de redução de custos de transação alternativa à integração vertical, o capítulo prossegue com a conceituação de firma, contrato, custos de transação e integração vertical. Após, realiza-se a identificação dos diferentes problemas que conduzem à adoção de restrições verticais. Prossegue-se enumerando os diversos tipos destas restrições. Na seqüência, abordam-se os objetivos das mesmas. Em seguida à apresentação dos fatores que influenciam os efeitos das restrições verticais, o capítulo é encerrado com uma metodologia de análise de tais efeitos proposta por Dobson e Waterson (1996), e estendida por Balbinotto e Hillbrecht (2004), a qual procura concluir se o efeito líquido originado é ou não gerador de eficiências econômicas.

3.1 O CONCEITO DE FIRMA

A visão simplificada de “firma”, a qual possui apenas um gerente central, tomador de decisões de produção e preços, que procura maximizar o valor da mesma, não aborda diversos aspectos geradores de conflitos de interesses existentes dentro desta, tais como: (i) a existência de diversos tomadores de decisões; (ii) o fato do objetivo principal para a maioria

destes tomadores de decisões não ser o de maximizar o valor da firma; e, (iii) a freqüente utilização de sistemas internos de precificação na alocação de seus recursos internos.

Assim, faz-se necessário um conceito mais aprofundado de “firma”, capaz de inserir a percepção destes conflitos. Segundo Brickley *et al.* (2001, p. 240): “A firma é um ponto focal para um conjunto de contratos”. Este conceito entende a firma como uma criação originada a partir de um sistema legal, perante o qual esta é considerada como se um indivíduo fosse (capaz de estabelecer contratos, processar e ser processada). O termo “ponto focal”, referido na citação anterior, indica que a firma é sempre uma das partes envolvidas em diversas relações estabelecidas através de contratos, os quais acabam por constituí-la. Este conceito torna-se mais claro através da Figura 3.1, apresentada na seqüência.

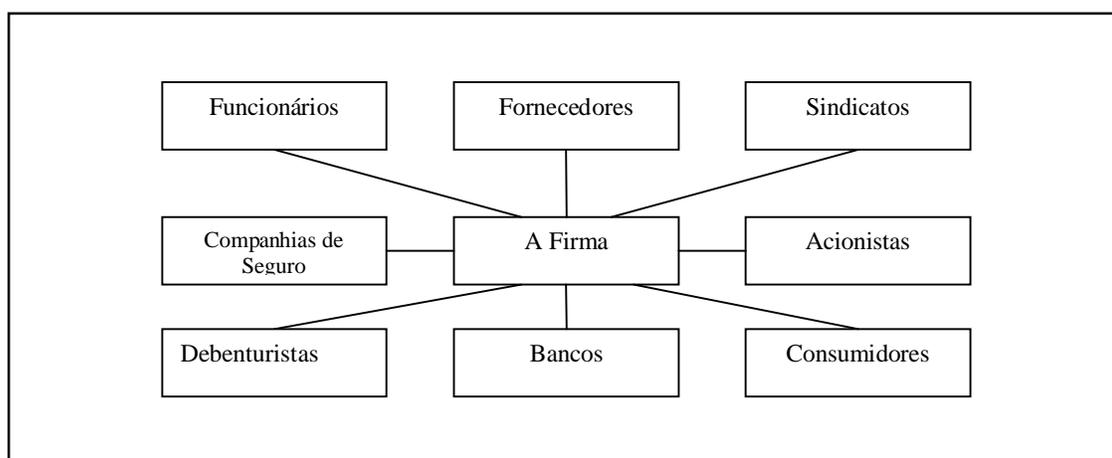


Figura 3.1: A firma como o Ponto Focal para um Conjunto de Contratos

Fonte: Brickley; Smith; Zimmerman (2001, p. 241)

É interessante observar que, enquanto muitos destes contratos são documentos legais, outros são apenas implícitos. E, mesmo dentro de relações estabelecidas por contratos formais, existe uma variedade de aspectos que não estão explicitados. Além disso, uma distribuição não homogênea de informações entre os participantes do contrato, a chamada “assimetria de informações”, é um importante fator que limita a capacidade dos contratos em resolver os conflitos de incentivo surgidos a partir das diversas relações estabelecidas. Como uma das partes normalmente possui mais informações sobre o aspecto relevante da transação do que a outra, a primeira pode se beneficiar desta vantagem na elaboração dos contratos. Ainda assim, são estes contratos que auxiliam no controle e na redução dos conflitos de incentivo presentes nas firmas. Ao estabelecerem regras claras sobre os poderes de decisão, a

avaliação de desempenho e os sistemas de recompensa, por exemplo, os contratos harmonizam diferentes interesses existentes dentro das organizações.

Na prática, entretanto, os custos de negociação, redação, administração e controle do cumprimento de contratos não são insignificantes.

3.2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Em 1937, em seu artigo “The Nature of the Firm”, Ronald Coase introduziu o estudo das condições sob as quais os custos de transação deixam de ser desprezíveis perante os custos de produção, passando a ser um elemento central nas decisões de alocação dos recursos econômicos. A partir de então, não apenas o ato de produzir, mas também os atos de comprar e vender acarretam custos significativos. O entendimento de que as organizações possuem níveis hierárquicos integrados verticalmente como forma de atuação sobre os custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de contratos demonstra que tais custos não podem ser negligenciados.

O desenvolvimento da teoria dos custos de transação é responsável, a partir dos trabalhos de Oliver Williamson, no final dos anos de 1960, pela mudança na avaliação dos objetivos dos movimentos de integração vertical, a qual se caracteriza quando uma firma participa em mais de um estágio consecutivo ao longo de uma cadeia vertical de produção/comercialização. Até então vista como maneira de subtrair fornecedores de concorrentes, a integração vertical começa a ser percebida como estratégia na obtenção de economia em custos de transação²⁸ devido ao elevado grau de especificidade dos ativos e complexidade das transações.

Neste caso, o processo de integração vertical passa, então, a ser associado a um aumento na eficiência da economia. Ressalta-se também que, a integração vertical pode ocorrer para trás, quando a firma começa a produzir seus próprios insumos/matérias-primas; ou para frente, quando esta assume a comercialização de seus próprios produtos ao consumidor final.

A integração vertical é apresentada por Brickley *et al.* (2001, p. 465) como um dos extremos de uma linha contínua de possíveis relações estratégicas a serem estabelecidas entre compradores e vendedores. No outro extremo, encontra-se o mercado “atomizado”, onde o

²⁸ Economias de custo de transação são reduções nos custos médios de produção derivadas da eliminação de gastos associados à transação com provedores ou distribuidores, que não se expressam nos preços praticados entre as partes.

produto ou serviço é adquirido de qualquer um entre inúmeros fornecedores. No mercado “atomizado”, o negócio é feito de forma imediata sem que seja estabelecida nenhuma forma de compromisso de longo prazo entre vendedor e comprador. Entre estes extremos, situam-se os contratos de longo prazo entre firmas independentes, dentre os quais destacam-se os contratos de fornecimento e distribuição, as franquias, os *leasings*, as *joint-ventures* e as alianças estratégicas. Observa-se esta interpretação através da Figura 3.2.

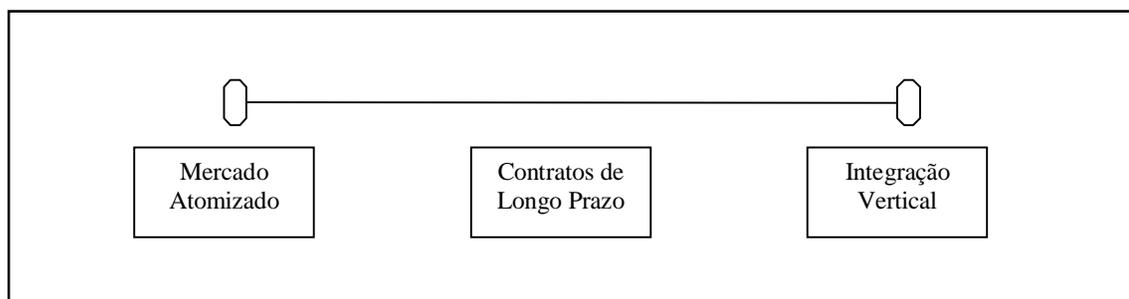


Figura 3.2: Relações Estratégicas Possíveis de Serem Estabelecidas entre Compradores e Vendedores

Fonte: Brickley; Smith; Zimmerman (2001, p. 464)

Portanto, a teoria dos custos de transação tem aplicação direta, ainda no campo de defesa da concorrência, também sobre as restrições verticais. Diante da característica de racionalidade limitada do consumidor, o qual é incapaz de distinguir completamente os atributos entre diversos produtos, o fabricante sente necessidade de criar mecanismos (restrições verticais) através dos quais garanta que atrairá a atenção dos consumidores, que os atributos dos produtos serão mantidos sem modificações até a aquisição pelo consumidor e que irá monitorar todo o processo de forma economicamente conveniente.

Cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, tipo de restrição vertical estudada neste trabalho, possibilitam ao produtor evitar atitudes oportunistas por parte de revendedores, uma vez que estes ficam impedidos de negociar produtos de fabricantes rivais. Não poderão, por exemplo, exibir a marca de um produtor que oferece qualidade superior e vender produtos inferiores e mais baratos de outros, o que aumentaria sua margem de lucro.

3.3 PROBLEMAS NA DISTRIBUIÇÃO QUE ACARRETAM O USO DE RESTRIÇÕES VERTICAIS

Carlton e Perloff (2000, p. 396) argumentam que, sendo as restrições verticais determinadas através de negociações contratuais entre fabricante e revendedor, o primeiro busca alcançar as condições de venda/comercialização de seus produtos que ocorreriam caso houvesse uma integração vertical entre estas duas empresas.

Neste momento surge, então, a questão do porquê da opção de adoção de restrições ao invés da integração vertical. Os autores citados atribuem a escolha aos custos de monitoramento²⁹ dos empregados na distribuição ao atacado, os quais excederiam os de usar firmas independentes, sendo esta a razão para os fabricantes freqüentemente confiarem em firmas independentes para distribuir seus produtos, ao invés de realizar uma distribuição própria. Citam como exemplo os custos de deslocamento para atingir pontos distantes e o tempo despendido no processo de conhecimento das condições do mercado local. Kotler (2000, p. 510-11) observa que por meio de contatos, experiência, especialização e escala de operação, os intermediários normalmente oferecem mais à empresa do que ela obteria trabalhando sozinha. Lembra que, muitas vezes, os fabricantes não dispõem de recursos financeiros para montar e operar sua própria rede de distribuição; em outras vezes, a venda direta simplesmente não é viável por exigir a comercialização conjunta de outros produtos não fabricados pela empresa; e, também, quando o retorno obtido pela empresa é maior em seu negócio principal, não faz sentido se pensar em estabelecer um varejo próprio.

Diante da opção de utilização de firmas independentes, Carlton e Perloff (2000, p. 397-407) identificam quatro problemas na distribuição que acarretam a adoção de restrições verticais: duplo *markup*, *free-riding* entre distribuidores, *free-riding* entre fabricantes e externalidades devido à ausência de coordenação entre distribuidores.

3.3.1 Duplo Markup

O “Duplo Markup” ocorre quando fabricante e distribuidor, ambos monopolistas (curvas de demanda decrescentes), adicionam, cada um, de forma independente e sem levar em consideração o impacto de sua decisão sobre seu parceiro na estrutura vertical, uma margem de lucro, fazendo com que o consumidor se defronte com dois *markups* ao invés de

²⁹ Os custos de monitoramento referem-se aos custos incorridos no acompanhamento do cumprimento das cláusulas contratuais pelas partes envolvidas.

um. Como resultado, ao consumidor é ofertada uma quantidade menor a um preço maior e as firmas envolvidas têm seus lucros conjuntos reduzidos, quando comparado com a integração vertical. Surge, então, o incentivo à integração vertical ou à adoção de restrições verticais. O estabelecimento contratual de um preço máximo de revenda, a imposição de uma quota (quantidade) mínima de venda ao distribuidor e a venda ao distribuidor pelo custo marginal associada à cobrança de uma taxa fixa pelo direito de venda do produto (franquia) são exemplos de medidas classificadas como restrições verticais que visam reduzir ou eliminar o problema do duplo *markup*.

Exemplificando-se o problema do duplo *markup*, suponha inicialmente que um fabricante monopolista deseje vender seu produto diretamente ao consumidor final e se defronte com uma curva de demanda “ D_1 ” representada por “ $P = 55.000 - 100 Q$ ”. Portanto, parte-se de uma estrutura fabricação-distribuição verticalmente integrada. Considerando-se que não existam custos fixos na produção ou na distribuição do produto, o fabricante incorre em um custo marginal constante, por exemplo: $CMg = 5.000$. Objetivando maximizar seus lucros, o fabricante deve escolher o preço P e a quantidade Q , tais que estes valores tornem sua receita marginal, RMg , igual ao seu custo marginal, CMg ($RMg = CMg$, condição de maximização de lucro). No exemplo, após igualar-se a receita marginal ($RMg = 55.000 - 200 Q$) ao custo marginal ($CMg = 5.000$), obtêm-se os valores de $P = \$ 30.000$ e $Q = 250$. A Figura 3.3 representa a condição de maximização do lucro.

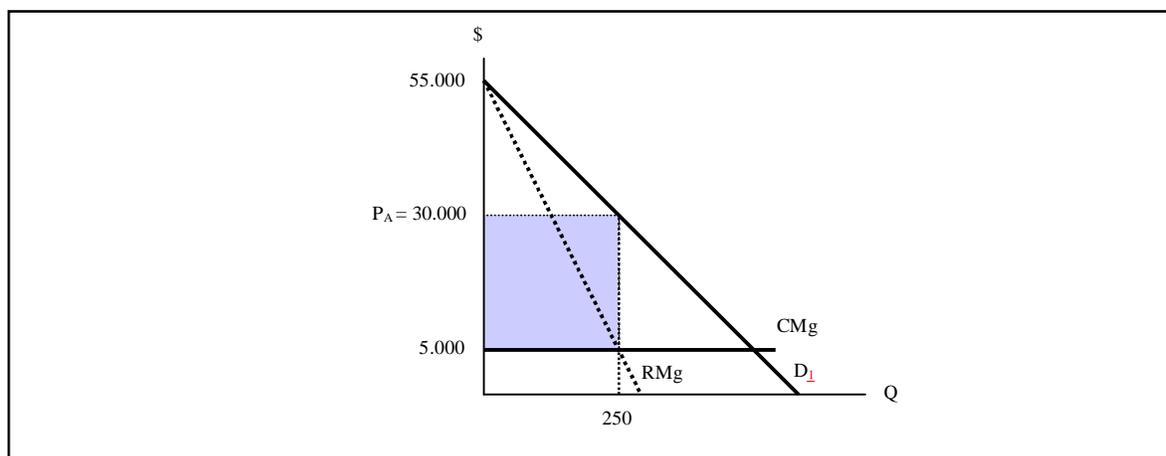


Figura 3.3: Integração Vertical – Condição de Maximização de Lucro

Fonte: Brickley; Smith; Zimmerman (2001, p. 484)

Em um segundo momento, considera-se que o fabricante venda seu produto ao consumidor final por intermédio de um distribuidor independente, o qual detém o direito exclusivo da venda do referido produto em determinada área. De acordo com o contrato estabelecido entre ambos, o fabricante deve determinar o preço de atacado, P_A , e o distribuidor, a quantidade, Q , e o preço de revenda, P_R . Para simplificar, supõe-se que o único custo marginal incorrido pelo distribuidor seja o preço cobrado pelo fabricante. Como ambos, fabricante e distribuidor, preocupam-se unicamente com seus próprios lucros, o problema enfrentado pelo fabricante está em determinar o preço de atacado, P_A , que maximize seus lucros.

Para solucionar este problema, o fabricante necessita conhecer a quantidade que o distribuidor irá comprar para cada possível preço de atacado por ele praticado. O distribuidor, entretanto, defronta-se com a curva de demanda “ D_1 ” (mesma curva com a qual o fabricante se defrontava quando vendia diretamente ao consumidor final). Além disso, este distribuidor maximizará seus lucros quando sua receita marginal ($P_R = 55.000 - 200 Q$) se igualar ao seu custo marginal (P_A). Assim, qualquer que seja o preço estabelecido pelo fabricante, P_A , o lucro do distribuidor será maximizado sobre a curva de sua receita marginal. Portanto, esta passa a ser a curva de demanda enfrentada pelo fabricante.

Conhecendo-se a curva de demanda enfrentada pelo fabricante, obtém-se a sua curva de receita marginal ($RMg = 55.000 - 400 Q$). Igualando-se esta ao custo marginal incorrido pelo fabricante ($CMg = 5.000$), determina-se a quantidade de 125 produtos vendidos ao preço unitário, P_A , de \$ 30.000.

Encontrando-se, na seqüência, a igualdade entre o custo marginal do distribuidor, correspondente ao valor encontrado de $P_A = 30.000$, e sua receita marginal, $P_R = 55.000 - 200 Q$, define-se o preço praticado pela revenda, P_R , de \$ 42.500 correspondente à quantidade de 125 unidades comercializadas.

Verifica-se através da Figura 3.4, que fabricante e distribuidor obtêm lucro conjunto inferior ao obtido pelo fabricante quando negociava diretamente com o consumidor final. Enquanto na venda direta ao consumidor, o fabricante obtinha um lucro de \$ 6,250 milhões; os lucros conjuntos obtidos por fabricante e distribuidor somaram apenas \$ 4,688 milhões. Além disso, houve uma redução na quantidade comercializada ao consumidor final de 250 para 125 unidades do produto. Verifica-se, portanto, a ineficiência gerada pelo duplo *markup*, afetando negativamente tanto os resultados de fabricante e distribuidor, como aumentando o preço e reduzindo a quantidade ofertada ao consumidor final.

Importante salientar que, segundo Brickley et al. (2001, p. 485) este problema não desaparece automaticamente com a fusão (integração vertical) entre fabricante e distribuidor. Exatamente o mesmo problema pode ocorrer no interior de uma única firma, quando os produtos são transferidos entre dois centros de custo (etapas sucessivas ao longo do processo produtivo) a um terceiro, mediante a prática de preços internos independentes.

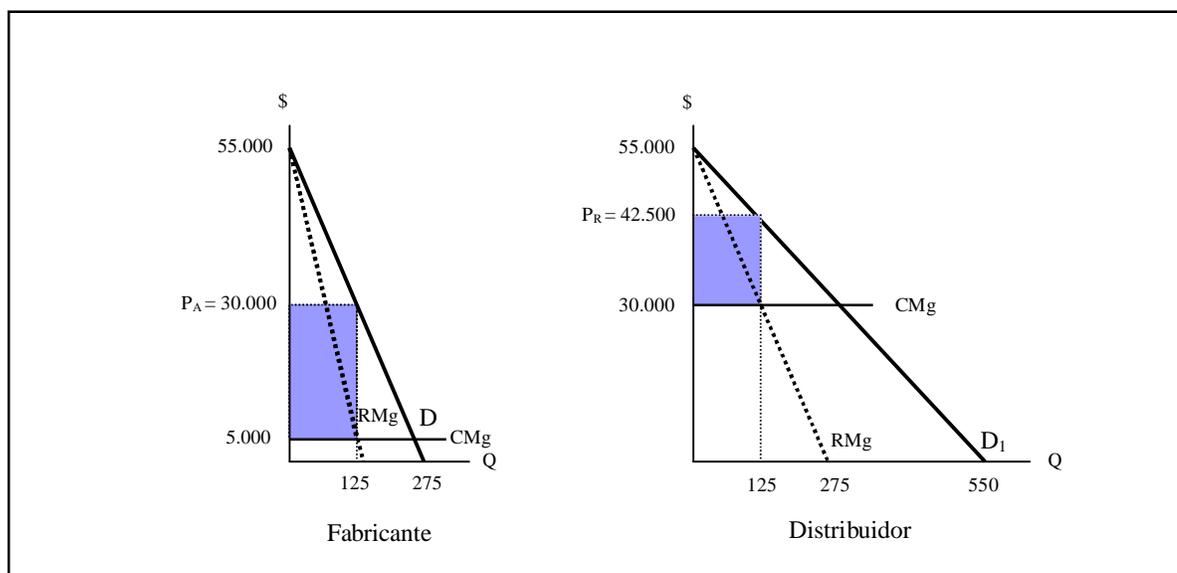


Figura 3.4: Duplo *Markup* – Redução do Lucro Conjunto de Fabricante e Distribuidor

Fonte: Brickley; Smith; Zimmerman (2001, p. 485)

3.3.2 *Free-Riding* entre Distribuidores

Considerando um sistema de distribuição típico, onde várias firmas independentes distribuem os mesmos produtos, diversos distribuidores se beneficiam de atividades promocionais ou de demonstração sem ter pago por elas. A necessidade de realização de despesas significativas em publicidade, *show-room*, treinamento da equipe de vendas, entre outras, cria um ambiente favorável à prática do “*free-rider*” (carona). O *free-riding* entre distribuidores, portanto, é o segundo problema abordado e ocorre porque os distribuidores envolvidos não são compensados separadamente por seus esforços de venda (exemplo típico que ocorre entre duas ou mais revendas autorizadas).

Outro exemplo de *free-riding* é a “certificação”. Neste caso não existe um serviço específico, somente a reputação do distribuidor de que a sua linha de produtos é de alta

qualidade. Para atingir esta reputação foi necessária, por exemplo, em uma revenda de roupas, a contratação de uma equipe especializada em localizar marcas na moda, assim como para reconhecer roupas de alta qualidade. Outras lojas que comercializam as mesmas mercadorias das lojas certificadas se beneficiam da situação. Diante disso, surge um dilema para o fabricante, que deseja que seu produto seja visto como de alta qualidade, mas por outro lado, necessita de uma ampla distribuição. Caso o produto venha a ser vendido para lojas de menor qualidade, os distribuidores de alta qualidade, não capturando integralmente o retorno de sua reputação, preferirão não comercializar tal produto.

Um último exemplo de *free-riding* entre distribuidores ocorre quando a reputação de um produto, a qual pode ser afetada pelo revendedor, influencia a demanda total pelo produto. Se uma revenda decide reduzir a qualidade do produto ou do serviço, a reputação de toda a marca cairá, afetando a totalidade dos distribuidores. Como exemplos, além de hotéis, lojas de departamento, postos de gasolina, citam-se as cadeias de *fast-food* como Mc Donald`s , Burger King e Wendy`s.

O estabelecimento de territórios exclusivos de venda, a limitação do número de distribuidores, os acordos para a prática de um preço mínimo na revenda (*RPM*), a publicidade realizada pelos fabricantes em nome dos distribuidores e o monitoramento são restrições verticais praticadas que atuam inibindo ou impedindo a prática do *free-riding*.

3.3.3 *Free-Riding* entre Fabricantes

O terceiro problema apresentado, de grande importância para este trabalho, é o *free-riding* praticado pelos fabricantes. Quando dois fabricantes rivais usam o mesmo distribuidor para a venda de seus produtos:

a) a realização de campanhas publicitárias massivas atrai os consumidores à revenda, onde aos mesmos são oferecidos produtos tanto do fabricante que despendeu em publicidade, quanto do que não realizou tal despesa, tendo este último, portanto, um menor custo;

b) os fabricantes que treinam seus distribuidores para vender ou consertar seus produtos se defrontam com este treinamento sendo aproveitado para produtos do concorrente;

c) os fabricantes que fornecem lista de clientes para seus distribuidores que acabam utilizando para comercializar produtos de outros fabricantes rivais;

d) os financiamentos realizados para equipar as revendas e o suporte técnico prestado em promoções são outros exemplos de ações sujeitas à “carona” de outros fabricantes.

O problema analisado se agrava quanto mais substituíveis forem os produtos dos diversos fabricantes, em suma, quanto maior a competição entre as marcas (competição intermarcas - *interbrand competition*). A adoção da “distribuição exclusiva”, foco desta dissertação, seria uma estratégia adequada para reduzir os efeitos deste problema.

3.3.4 Externalidades devido à Ausência de Coordenação entre Distribuidores

Como quarto problema, apresentado por Carlton e Perloff (2000, p.405-7), encontram-se as externalidades³⁰ devido à ausência de coordenação entre distribuidores. A venda em locais não lucrativos pode ter, para o fabricante, o objetivo de evitar que os consumidores experimentem outros produtos, desenvolvendo um sentimento de lealdade à marca. Desta forma ele espera aumentar os lucros totais. No entanto, como os distribuidores vendem somente onde seus lucros são positivos, surge um conflito entre o local desejado por um revendedor independente e o local desejado pelo fabricante. Para os revendedores, as vendas devem estar localizadas longe suficiente uma das outras de modo a permitirem retornos acima do nível normal, porém perto o suficiente para evitar a entrada de novos participantes. Tal situação é negativa para os fabricantes por conduzir a uma densidade de distribuidores sub-ótima. A interação competitiva entre revendedores (*intra-brand competition*), em razão da proximidade local, pode direcionar o preço e a qualidade dos serviços para um rumo diferente daquele pretendido pelo fabricante. A competição entre distribuidores depende de como cada distribuidor espera que será a reação do concorrente. A gravidade do problema aumenta, desta vez, quanto mais substituíveis os revendedores forem percebidos pelos consumidores, levando a uma concorrência destrutiva quando forem altamente substituíveis. Isto pode determinar que um número insuficiente de revendedores negocie o produto, segundo o ponto de vista do fabricante.

3.4 TIPOS DE RESTRIÇÕES VERTICAIS

As restrições verticais podem atuar inibindo a competição em nível de preços ou afetando a concorrência entre uma mesma marca (competição intramarcas) ou entre marcas

³⁰Fenômeno que aparece quando um indivíduo ou uma firma tem uma atividade, mas não arca com todos os custos (externalidade negativa) ou não recebe todos os benefícios (externalidade positiva). (STIGLITZ; WALSH, 2002, p. 369)

diferentes (competição intermarcas). Identificam-se dez tipos de restrições verticais normalmente empregados para a resolução dos problemas anteriormente citados:

- Discriminação de preços: o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando compradores. Não é intrinsecamente anticompetitiva, pois embora aumentando os lucros do produtor, pode até aumentar o volume de transações no mercado. Como exemplos pode-se citar a precificação não-linear (tarifa em duas partes constituída por uma taxa de franquia mais um valor constante por unidade, normalmente o custo marginal) e a prática de esquema de desconto agregado para a compra de toda uma linha de produtos;

- Fixação dos preços de revenda, *Resale Price Maintenance (RPM)*: preço de revenda fixado pelo produtor. A prática, pelo distribuidor, de um preço mínimo, máximo ou rígido é exigida pelo fabricante. Os riscos para a concorrência, de preços de revenda aconselhados ou máximos, são que tais preços funcionem como um ponto de referência ou que possam facilitar o conluio entre os fornecedores;

- Quantidade forçada (quota mínima): estabelecimento de uma quantidade mínima que o revendedor é obrigado a distribuir em um determinado período de tempo;

- Serviços requeridos/necessários: exigência, por parte do fabricante, da prestação de um nível especificado de serviços pré e pós-venda, ou esforços promocionais, pelo distribuidor. Também, o uso obrigatório de equipamentos de marca registrada;

- Vendas casadas: condiciona a venda de um produto à compra de outro produto distinto. Se a venda casada não for justificada pela natureza dos produtos ou pela sua utilização comercial, tal prática pode constituir um abuso do poder dominante.

- Recusa de fornecimento/venda: distribuição seletiva limitando o número de revendedores, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição, como, por exemplo, no caso de perfumes finos. Os critérios de seleção dos distribuidores autorizados estão associados, em primeiro lugar, à natureza do produto. É restringida qualquer venda ativa a distribuidores não autorizados, deixando como compradores apenas os representantes autorizados e

os clientes finais. É utilizado para distribuir produtos de marca. O eventual risco está na possibilidade da redução da concorrência intermarcas e a exclusão de certos tipos de distribuidores;

- Território Exclusivo: o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para a revenda em um determinado território. Simultaneamente, ao distribuidor é limitado o nível de suas vendas ativas em outros territórios atribuídos em exclusividade. Os riscos estão representados pela redução da concorrência intramarcas e a partilha de mercado.

- Atribuição exclusiva de clientes: o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para a revenda a uma determinada categoria de clientes.

- Distribuição Exclusiva (*exclusive dealing*), Cláusulas de Exclusividade em Contratos de Distribuição, Marca Única: O revendedor é proibido de estocar/negociar produtos de fabricantes competidores. Uma cláusula contratual obriga ou incita o comprador a adquirir todas as suas necessidades em um dado mercado junto ao mesmo fornecedor. Os eventuais riscos à concorrência são a exclusão de fornecedores concorrentes ou potenciais, o aparecimento de situações de conluio entre fornecedores, quando utilizados como instrumento de divisão de mercado entre produtos substitutos, e, quando o comprador é um varejista que vende a consumidores finais, uma diminuição da concorrência intermarcas em nível de estabelecimento. Além disso, segundo Heide, Dutta e Bergen (1998), as vendas exclusivas aumentam os custos de procura dos consumidores e os distribuidores que adotam esta restrição arriscam a perder clientes para distribuidores multimarcas.

- Franquia: acordos deste tipo contêm o licenciamento de direitos de propriedade intelectual relativos a marcas comerciais ou ao “saber-fazer” para a utilização e distribuição de bens e serviços. Além do licenciamento, o franqueador presta assistência comercial ou técnica ao franqueado. Os acordos de franquia podem proporcionar ao franqueador a possibilidade de criar, com investimentos limitados, uma rede uniforme de distribuição de seus produtos. As franquias normalmente incluem uma combinação com outras restrições verticais.

3.5 OBJETIVOS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS

As restrições verticais muitas vezes são adotadas com o objetivo de responder a falhas do mercado, sendo estratégias eficientes no tratamento de externalidades, *free-riding*, limitações de informação e limitações de arranjos contratuais formais. Por outro lado, estas mesmas práticas podem ser veículos para o aumento do poder de mercado ou para a exploração mais efetiva deste. Assim, as restrições verticais podem servir para discriminar preços evitando arbitragem³¹, criar barreiras à entrada ou elevar custos para competidores existentes ou potenciais. Portanto, de forma resumida, identificam-se os seguintes objetivos para a adoção de restrições verticais:

- Influenciar a qualidade ou quantidade de recursos na revenda: o volume de vendas freqüentemente está relacionado com a maneira como o produto é tratado em nível de revenda. O fabricante de um perfume prefere que seu produto seja vendido por uma bela mulher em um ambiente luxuoso. O fabricante de cigarro deseja que muitas revendas comercializem seu produto. Estes pontos podem ser objeto de um contrato explícito ou obtido por estruturas de incentivo oferecidas aos revendedores;
- Desencorajar comportamentos oportunistas (*free-riding*) por parte de fabricantes ou distribuidores concorrentes: uma relação vertical requer despesas específicas de ambas as partes. Por exemplo, uma franquia do Mc Donald's recebe treinamento o que implica em custos de oportunidade para ambas as partes. Estes custos são irrecuperáveis caso o acordo termine;
- Obter a preferência dos revendedores: seja pela qualidade do produto/serviço ou pela estrutura de incentivos oferecida aos revendedores;
- Manter práticas de segmentação de mercado, como a diferenciação de preços para produtos diferenciados geograficamente (livros com capa dura, vendidos no mercado norte-americano, e os de brochura, negociados em mercados menos exigentes);

³¹ Arbitragem corresponde à prática de comprar a um preço mais baixo em uma certa localidade para vender a um preço maior em outra. (PINDYCK; RUBINFELD, 2002, p.8).

- Aumentar os custos de troca ou de procura: quando, por exemplo, apenas uma marca de cerveja está disponível em um bar, torna-se mais custosa a troca de marca e a obtenção de informações de preço das marcas concorrentes. Ambos os fatores aumentam o poder de mercado do fornecedor;
- Desencorajar entradas: pelo aumento dos custos irrecuperáveis, *sunk costs*, associados à nova entrada. Isto ocorre em razão das redes de distribuição possuírem contratos de exclusividade com outros fabricantes. Assim, o novo fabricante terá que investir em sua própria rede de distribuição;
- Estender o poder de monopólio a um setor industrial competitivo anterior (posicionado antes na cadeia): isto é realizado através da distorção dos preços de transferência entre as indústrias competitivas e o monopólio. Por exemplo, o monopolista pode permitir a uma empresa associada a obtenção de informações, gerando desvantagens aos competidores; ainda, o fato de fornecedores alternativos necessitarem utilizar os gasodutos da *British Gas* serve como alerta para a companhia de algum potencial competidor. Situação semelhante ocorre quando bancos fornecem informações identificando possíveis clientes para seus serviços financeiros associados. Nestes casos constata-se a presença de economias de escopo na atividade combinada.

3.6 FATORES QUE INFLUENCIAM OS EFEITOS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS

A intensidade dos ganhos de eficiência decorrentes da adoção de restrições verticais está extremamente associada à natureza do produto e da distribuição. Produtos que requerem que o consumidor receba da revenda uma (i) maior quantidade de informações, como os (ii) produtos de alta complexidade ou tecnologia, os (iii) produtos novos (lançamentos) e os (iv) produtos de fabricantes menos conhecidos, caracterizam-se por gerarem eficiências competitivas mediante a prática de restrições verticais. Produtos que (v) precisam ser testados para se conhecer a qualidade (bens de experiência) ou quando o consumidor não tem condições de conhecer o bem com antecedência à compra e (vi) deve confiar em quem lhe indica (bens de crença) possuem igual característica. O mesmo acontece também com aqueles produtos que (vii) não são de compra habitual (repetida) e/ou que (viii) representam uma importante parcela no orçamento do consumidor e (ix) não são adquiridos em lojas de conveniência. São os chamados bens de *shopping*. Assim, se faz a distinção entre bens de

conveniência ou bens de compra de impulso, como bens de baixo valor e de compra repetida, e os bens de *shopping*, como bens de elevado valor e que não são comprados de forma freqüente. Para os bens de conveniência, os “custos de procura” são proporcionalmente mais altos em relação ao valor do bem, do que quando comparado aos bens de *shopping*. Portanto, os bens de *shopping*, por aceitarem um maior custo de procura, são mais adequados à adoção de restrições verticais.

A existência de economia de escopo³² devido à comercialização pelo varejo de produtos de diferentes fabricantes (revendas multimarcas) torna a adoção de restrições verticais menos eficiente. Portanto, (x) produtos que se caracterizam pela possibilidade de significativos ganhos de escopo quando do uso conjunto de utilidades, recursos, equipamentos ou infra-estrutura dos distribuidores por diferentes fabricantes não são adequados para a adoção de cláusulas de exclusividade. Esta forma de restrição vertical impede o acesso de outros fabricantes às revendas, impedindo uma redução de custo ao longo da cadeia que beneficiaria o consumidor final.

Realiza-se, agora, uma análise individual dos fatores anteriormente citados e de outros que influenciam a intensidade dos efeitos decorrentes da adoção de restrições verticais.

3.6.1 Complexidade do Produto

Calrton e Perloff (2000, p. 408) salientam que, em muitos casos, os consumidores atribuem valor a um bem, baseados não apenas no produto físico, mas no conjunto entre produto e serviços a ele incorporados. Assim, na medida em que os consumidores não conseguem fazer um uso pleno do bem que adquirem, sem as informações sobre sua operação obtidas junto ao distribuidor/vendedor, serão prejudicados quando os bens forem vendidos sem este serviço. Eles ilustram seu argumento com o exemplo de uma câmara fotográfica sofisticada, que é comprada de um vendedor local que provê instruções sobre como operá-la. Embora tal câmara possa ser comprada a um preço mais baixo pelo correio, os serviços extras prestados pelo distribuidor local podem compensar a diferença de preços. Assim, concluem eles, em tais casos, o bem, junto com o serviço de informação prestado, pode ser considerado como um bem completamente distinto do bem vendido sem este serviço. Portanto, o uso de restrições verticais, ao evitar o problema de *free-rinding* muito suscetível de ocorrer sobre os

³² As economias de escopo ocorrem quando a produção conjunta de uma única empresa é maior do que aquilo que poderia ser produzido por duas empresas diferentes, cada uma das quais gerando um único produto. (PINDYCK; RUBINFELD, 2002, p. 229).

serviços de informações prestados em conjunto à comercialização de um bem físico complexo, não provoca conseqüências perversas para o processo competitivo.

3.6.2 Taxa de Mudança Tecnológica

Segundo a OECD (1999, p.8), as restrições verticais têm baixa probabilidade de provocar algum dano à eficiência econômica ou de reduzir a competição em um determinado mercado onde houver uma rápida mudança tecnológica. Isto ocorre porque os avanços tecnológicos reduzem os efeitos de qualquer tentativa de restringir a produção ou dominar o mercado, tendo em vista que são ofertados no mercado produtos de melhor qualidade e de uma tecnologia mais avançada e, geralmente, a preços mais baixos.

Além disso, entende-se que o rápido avanço tecnológico reforça ainda mais os efeitos de eficiência das restrições verticais, pois os problemas referentes ao *free-riding* se agravam e o consumidor necessita obter mais informações, as quais somente podem ser passadas por uma equipe de vendas treinada e capacitada e que esteja recebendo uma atualização constante.

3.6.3 Custo para o Consumidor

As restrições verticais podem estimular ou inibir a competição dependendo do custo do produto. Se o produto for relativamente caro para o consumidor, este estará disposto a visitar outras lojas ou distribuidores para encontrar o produto que deseja e comparar seus atributos, preços, condições de pagamento e outras facilidades de venda. Neste caso, os custos de procura do consumidor serão menores em relação ao valor do bem do que quando comparados aos custos de procura associados à aquisição de bens não dispendiosos. Portanto, a adoção de restrições verticais na comercialização de bens custosos não se torna anticompetitiva.

3.6.4 Hábito de Compra do Consumidor

Segundo Kotler (2000, p. 419), os bens de compra comparados são os bens que o cliente compara em termos de adequação, qualidade, preço e modelo. Assim, na medida que o consumidor compara os produtos antes de realizar a aquisição, a equipe de vendas deve ser bem treinada para orientá-lo em sua decisão de compra. Portanto, em contraste com os bens

de conveniência, os quais são comprados com frequência; o uso de restrições verticais em bens de compra comparados é eficiente uma vez que estimula o distribuidor a prover, durante a venda, informações de significativa importância aos consumidores.

3.6.5 Formato do Estabelecimento Comercial

Produtos com características que exijam sua venda em estabelecimentos com certo grau de especialização ou afinidade, onde os consumidores possam encontrar um estoque adequado e as informações necessárias para atender às suas necessidades, não tendem a provocar efeitos anticompetitivos diante da utilização de restrições verticais.

3.6.6 Tamanho das Firms Concorrentes

Quanto maiores forem as firmas concorrentes, maior será a concorrência entre elas. Esta hipótese baseia-se nas considerações do Livro Verde da Comunidade Européia, que nos diz que quanto maior for a concorrência entre as marcas, tanto maior é a possibilidade de que os efeitos positivos a favor da concorrência e da eficiência compensem quaisquer efeitos anticoncorrenciais decorrentes da adoção de restrições verticais. Portanto, estas devem ser consideradas mais como uma estratégia que visa melhor servir os consumidores, em termos de informação sobre o produto, do que voltada a erguer barreiras à entrada de concorrentes.

No entanto, se a estrutura vertical detiver um poder de mercado suficiente, disporá de menos incentivos no sentido de reduzir os preços e tentará absorver qualquer eficiência obtida sob a forma de lucros suplementares.

Assim, na análise do impacto das restrições verticais, o grau de concorrência entre marcas diferentes é um elemento crucial. A existência de uma estrutura de mercado que conduza a um nível de concorrência suficiente na distribuição e/ou produção será determinante para o efeito global das restrições verticais sobre a concorrência.

Porém, deve-se distinguir entre a competição acirrada que beneficiará os consumidores fazendo com que os rivais compitam com maior intensidade (reduzindo preços ou melhorando a qualidade), daquela que visa à exclusão de rivais, ao reduzir suas capacidades de se defrontarem com o poder de mercado da firma dominante, vindo a prejudicar os consumidores.

3.6.7 Informação do Consumidor sobre o Produto

Quando o conhecimento do cliente sobre o produto é relativamente limitado, ou seja, quando ele não conhece detalhes do mesmo; verifica-se a existência de diversas outras possibilidades que devem ser informadas a este consumidor e por ele experimentadas. Isto reforça o argumento com relação ao problema do *free-riding* e da necessidade de uma equipe de vendas treinada e capacitada a fim de prestar as informações necessárias. Neste caso, observa-se, mais uma vez, uma situação na qual as restrições verticais são eficientes.

3.6.8 Percepção sobre a Diferenciação do Produto

Quando a diferenciação dos produtos para os consumidores não for clara, visto tratar-se de marcas não plenamente consolidadas, cujas principais diferenças entre elas não são nítidas, haverá um grande potencial de *free-riding* por parte de rivais que venham a se estabelecer em pontos de venda previamente ocupados pela primeira empresa. As restrições verticais, nestes casos, atuam de forma favorável à promoção da competição.

3.6.9 Posição no Ciclo de Vida do Produto

Quando os produtos forem relativamente novos para os consumidores, estando longe de atingirem uma fase madura, o mercado para os mesmos será grande e o efeito das restrições verticais sobre o potencial de crescimento será pequeno no sentido de afetar o nível de concorrência e/ou estabelecer significativas barreiras à entrada.

Carlton e Perloff (2000, p. 408) destacam que as restrições verticais podem tornar a entrada no mercado mais fácil, levando a uma redução de preços, o que beneficia o consumidor. Isto tende a ocorrer principalmente para novos produtos, onde o esforço de vendas deve ser considerável a fim de tornar o produto e seus atributos conhecidos do público consumidor. As restrições verticais, neste caso, na medida em que restringem os efeitos de *free riding* e criam direitos de propriedade sobre os investimentos específicos realizados pelo produtor no distribuidor, permitem ao primeiro promover seus produtos com maior intensidade e de um modo mais efetivo, o que irá levar a um aumento das quantidades vendidas e a uma redução de preços, beneficiando tanto os produtores como os consumidores.

3.6.10 Barreiras à Entrada no Varejo

Quando as barreiras à entrada no varejo forem relativamente baixas, as restrições verticais não devem afetar a eficiência de modo a impedir o acesso de rivais ou elevar de modo significativo os custos de entrada no mercado.

3.6.11 Grau de Substituição do Produto

Quando o grau de substituição entre os produtos ou revendas for grande, os efeitos das restrições verticais tendem a favorecer a competição, pois qualquer tentativa de afetar o preço ou a qualidade do serviço irá levar o consumidor a substituir o produto ou a revenda. O grau de substituição é medido pela elasticidade cruzada da demanda entre produtos ou entre revendas. Quando produtos e revendas são percebidos pelos consumidores como tendo substitutos próximos, ambos apresentam elevada rivalidade e a adoção de restrições verticais não se torna prejudicial aos consumidores. No entanto, quando os consumidores possuem gostos diversificados, tal que produtos e serviços de revenda sejam diferenciados por eles, a variedade no mercado torna-se desejável e as revendas exclusivas passam a reduzir o bem-estar do consumidor. Este ponto foi destacado, recentemente, na literatura por Dobson e Waterson (2000, p.43): “parece que quanto maior for a elasticidade cruzada da demanda entre produtos ou marcas rivais, maior é a aceitação de acordos de revenda exclusiva como socialmente desejáveis, e vice-versa.”

3.6.12 Possibilidade de Retenção do Consumidor

Quando a possibilidade de retenção do consumidor em uma relação contratual for baixa, os efeitos das restrições verticais tendem a propiciar uma maior eficiência ao mercado ou a não influir de modo significativo sobre a concorrência. Entretanto, a presença de cláusulas impeditivas à liberdade do consumidor pode representar dano à concorrência.

3.6.13 Idade do Mercado

Se o mercado for novo para o produto, os efeitos anticompetitivos normalmente são insignificantes em razão da existência de grandes oportunidades a serem exploradas.

3.6.14 Lealdade do Consumidor ao Distribuidor

Steuer (1983, p.118-120) destaca que a medida do grau de fechamento do mercado a fabricantes rivais, diante da adoção de cláusulas de exclusividade entre um produtor e distribuidores no varejo, requer um exame da lealdade dos consumidores para com estes varejistas.

Isto tende a ocorrer porque certos tipos de lojas, devido à sua localização, serviços ou vendedores, podem obter maior lealdade dos consumidores do que as marcas que vendem. O bloqueio destes varejistas pode acabar impedindo o acesso de fabricantes concorrentes ao mercado consumidor. Contudo, esta situação não tem origem nas cláusulas de exclusividade em si, mas na qualidade do treinamento recebido pela equipe de vendas, ou na localização privilegiada da loja que a torna conveniente para os consumidores.

3.6.15 Compatibilidade Tecnológica

Quando diferentes empresas possuem e adotam a mesma tecnologia, possibilitando que o mesmo produto seja utilizado por ambas empresas, percebe-se que as restrições verticais têm pouco efeito sobre a eficiência no sentido de excluir o concorrente ou limitar a sua entrada. Na medida em que há uma compatibilidade tecnológica, a competição intermarcas torna-se mais acirrada.

3.6.16 Necessidade de uma Equipe Treinada

Quando os produtos forem novos e relativamente complexos, haverá uma significativa necessidade de fornecer informações aos consumidores. Portanto, quanto maior for a necessidade de uma equipe de vendas treinada e qualificada, maiores serão os efeitos de eficiência das restrições verticais. Ao inibir o *free-riding* ou o comportamento oportunista pós-contratual, garantem os direitos de propriedade sobre os investimentos realizados.

3.6.17 Peso da Opinião dos Distribuidores na Compra

Marvel (1982) diz que quanto mais complexo for o produto, maior peso terá a informação de um vendedor especializado na decisão de compra do consumidor. Por outro

lado, o peso da opinião de um varejista na compra de cigarros é desprezível, visto que o produto é simples e o consumidor está largamente familiarizado com o mesmo. As restrições verticais, ao evitarem o *free-riding* de fabricantes ou distribuidores rivais, possibilitam os investimentos necessários à prestação de informações na venda de produtos complexos, promovendo a competição entre estes agentes.

3.6.18 Existência de Canais Alternativos de Distribuição

Steuer (1983, p. 123-124) destaca que outro fator importante na análise dos efeitos das cláusulas de exclusividade sobre restrições à entrada diz respeito à existência de canais de distribuição alternativos, que podem estar disponíveis a produtores rivais. Por exemplo, ainda que um produtor tenha um contrato de distribuição exclusiva de um produto particular com um atacadista, se produtores concorrentes fossem capazes de encontrar outros distribuidores, ou enviar seus produtos diretamente aos consumidores, tais cláusulas não implicariam no impedimento de ingresso no mercado de fabricantes rivais. Ao contrário, o desenvolvimento de canais alternativos promoveria a competição entre diferentes modos de distribuição. Ainda segundo ele, isto adicionaria uma nova dimensão à competição, pois seria oferecida aos consumidores, não somente uma nova marca, mas uma nova opção de compra e entrega do produto. Portanto, para estimar a importância da restrição à entrada no mercado (*foreclosure*), deve ser examinado se os competidores podem alcançar o mercado relevante (*ultimate market*) por meio de canais alternativos.

O ponto em questão, portanto, diz respeito às facilidades e/ou dificuldades de estabelecer novos distribuidores no mercado. Quanto mais fácil, barato e rápido for estabelecer uma rede de distribuição, tanto menores serão os efeitos anticompetitivos das cláusulas de exclusividade.

Steuer (1983) também explica que os acordos de revenda exclusiva somente serão prejudiciais se a função das vendas for importante à competição efetiva. No caso *Pepsi*³³, o fato da PepsiCo ter se mantido competindo ativamente e, inclusive, conseguido uma redução de preços significativa da Coca Cola, mesmo não dispondo dos serviços dos distribuidores *foodservice*, é uma evidência que os acordos de revenda exclusiva entre a Coca Cola e estes distribuidores não eram um caminho para a ampliação do poder de mercado.

³³*PepsiCo, Inc vs. Coca-Cola Co.*, 114 F. Supp 2d 243 (S.D.N.Y. 2000), appeal pending n° 00-9342 (2d Cir. argued Oct. 11, 2001) apud Jacobson (2002, p. 336).

3.6.19 Duração dos Contratos de Exclusividade

Segundo Posner (1976), Steuer (1983) e Cantor (2000), um dos fatores que deve ser levado em consideração na análise das cláusulas de exclusividade é a duração do acordo. Segundo o Juiz Richard Posner (1976, p. 201), “Um contrato [de distribuição exclusiva] terá efeitos de exclusão de acordo com seu período de duração. Se o contrato é de curto prazo, o efeito excludente será normalmente nulo, uma vez que o distribuidor é livre para buscar um novo fornecedor a qualquer momento.”

Segundo Steuer (1983, p. 133), a *FTC* observou que uma das razões pelas quais as cláusulas de exclusividade têm sido tratadas de forma mais leniente perante as leis antitruste é que a maioria dos acordos de distribuição exclusiva é de duração relativamente curta e facilmente rompida.

Bork (1978, p. 306), quando avalia o caso *Standard Fashion vs. Magrane Houston*³⁴, faz uma interessante análise entre o tempo de duração dos contratos (2 anos) e o percentual de vendas liberadas por ano (50% do total das vendas envolvidas nos contratos de exclusividade), corroborando as posições anteriores.

Portanto, o tempo de duração dos contratos e as condições para a sua interrupção ou término são reconhecidamente fatores que influenciam na percepção de seus efeitos sobre a competição. Quanto mais curta for a duração dos contratos e mais facilmente rescindíveis estes forem, menores serão seus efeitos anticompetitivos.

Entretanto, decisões recentes de cortes norte-americanas nos casos *Dentsply*³⁵, *Appleton*³⁶ e *Pepsi*³⁷ rejeitaram argumentos de que o simples fato dos contratos preverem seus termos em qualquer instante desejado ou por um simples aviso fosse suficiente às suas validações. Já em outros casos, como *RJRII*³⁸, *CDC*³⁹, *Gilbarco*⁴⁰ e *Brunswick*⁴¹, os queixosos (reclamantes) falharam ao basear suas argumentações na sugestão de que a capacidade dos compradores de interromperem os contratos era ilusória ou exagerada. Desta forma, percebe-

³⁴ *Standard Fashion Co. vs. Magrane Houston Co.*, 58 US 346, 357 (1922) apud Bork (1978, p. 464).

³⁵ *United States vs. Dentsply, Inc.*, 2001-1 Trade Cas. (CCH) π 73,247 (D. Del. 2001) apud Jacobson (2002, p. 333).

³⁶ *Minnesota Mining & Mfg. Co. vs. Appleton Papers, Inc.*, 35 F. Supp. 2d 1138 (D. Minn. 1999) apud Jacobson (2002, p. 331).

³⁷ *PepsiCo, Inc vs. Coca-Cola Co.*, 114 F. Supp 2d 243 (S.D.N.Y. 2000), appeal pending n° 00-9342 (2d Cir. argued Oct. 11, 2001) apud Jacobson (2002, p. 336).

³⁸ *R. J. Reynolds Tobacco Co. vs. Phillip Morris Inc. (RJRII)*, 199 F. Supp. 2d 363 (M.D.N.C. 2002), appeal docketed, No. 02-1595 (4th Cir. June 2002) apud Jacobson (2002, p. 341).

³⁹ *CDC Techs., Inc v. IDEXX Labs., Inc.*, 186 F.3d 74 (2d Cir. 1999) apud Jacobson (2002, p. 330).

⁴⁰ *Omega Environmental, Inc. vs. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997) apud Jacobson (2002, p. 328).

⁴¹ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977) apud Carlton; Perloff (2000, p. 606).

se que outros fatores, como o percentual de distribuidores abrangidos pela exclusividade, podem ser mais determinantes na definição de casos que envolvam restrições verticais.

3.6.20 Natureza dos Contratos

Outro ponto, também importante, a ser considerado na mensuração de ganhos de eficiência decorrentes da adoção de restrições verticais, é a identificação da natureza dos acordos, se impostos ou negociados. Enquanto contratos padrão sugerem acordos impostos, variações na natureza e condições dos acordos, como acerto de direitos, sinais de concessões e restrições de ambas as partes, indicam que os contratos foram “mutuamente” negociados. Assim, uma uniformização nos termos do contrato reduziria a amplitude da competição (os vendedores não competiriam sobre estes termos), reduzindo, também, sua intensidade.

Por outro lado, Cooter e Ulen (1997, p. 251-2) argumentam que os contratos com formato padrão reduzem a margem de “barganhas” e, assim, podem promover a eficiência. Segundo eles, formatos padrão reduzem o número de termos do contrato sujeitos a negociação e acordos (as partes podem negociar sobre os termos variáveis, mas não podem negociar sobre os termos fixos), reduzindo os custos de transação. Também argumentam que, uma redução na diferenciação do produto/serviço oferecido, decorrente da forma padrão do contrato, determina um aumento na competição via preços. Justificam esta posição citando o exemplo de cremes dentais com diferentes tamanhos, formatos, cores, texturas, gostos e cheiros. Observam que produtos mais diferenciados tornam difícil a comparação entre seus preços.

Portanto, a questão se um formato padrão de contrato reduz ou promove a competição dependerá do fato deste indicar a existência de um monopólio, o qual impede os compradores de negociar, ou do contrato ser estabelecido em um mercado competitivo, onde predominarão os efeitos da redução dos custos de transação e do aumento da competição via preços.

3.6.21 Economias de Escopo no Setor Varejista

Se as economias de escopo são significativas quando da comercialização pela revenda de produtos de diferentes fabricantes (revendas multimarcas), a adoção de contratos de distribuição exclusiva tende a ser prejudicial à competição. Segundo Dobson e Waterson (1996, p. 52), apesar do pequeno custo relacionado ao fato do distribuidor acrescentar

produtos de outras firmas, os benefícios da comercialização conjunta de diferentes marcas podem ser substanciais.

Dobson e Waterson (1996, p. 19) também observam que os contratos de distribuição exclusiva podem ser utilizados para elevar os custos de entrada de um competidor potencial se a distribuição envolve economias de escopo significativas.

3.7 ESTRUTURA DE VERIFICAÇÃO DOS EFEITOS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS

Baseados na prévia constatação do poder de mercado e na posterior ponderação entre os efeitos anti e pró-competitivos (regra da razão), Dobson e Waterson (1996, p. 56) apresentam uma estrutura de verificação dos efeitos das restrições verticais, a qual é mostrada no Quadro 3.1, baseada em três perguntas: (i) existem sinais de poder de mercado em nível do fabricante e/ou da revenda?; (ii) a redução na variedade de produtos/serviços resultante da adoção de restrições verticais afeta o consumidor de forma significativamente prejudicial?; (iii) existem indicadores suficientes de ganhos de eficiência originados pela adoção destas práticas restritivas?. Antes, no entanto, deve ser feita a caracterização da natureza do produto e da distribuição, conforme Quadro 3.2, apresentado na seqüência, o qual foi inicialmente sistematizado por Dobson e Waterson (1996), e posteriormente ampliado por Balbinotto e Hillbrecht (2004); esta representa uma etapa importante à interpretação e mensuração da influência de diversos fatores sobre a potencialização ou redução dos efeitos provenientes da adoção de restrições verticais.

Diante das questões formulados por Dobson e Waterson e pela análise dos objetivos anteriormente expostos, percebe-se que existe uma ambigüidade entre o fato das restrições verticais, por um lado, limitarem a competição no mercado, e por outro, encorajarem esforços adicionais de venda do produto. Portanto, será que as restrições verticais são desejáveis? Para quem? Quais são, então, os efeitos desejáveis, ambíguos e indesejáveis das restrições verticais? Enfim, a análise dos efeitos econômicos de um tipo específico de restrição vertical, as cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, será objeto de estudo no próximo capítulo e, também, no capítulo 5.

QUESTÕES	EVIDÊNCIAS RELEVANTES
<p>Existe poder de mercado horizontal significativo em um ou ambos os estágios da indústria? Em caso negativo, as questões de restrições verticais provavelmente possuem pouca importância. (Por poder de mercado significativo entende-se a habilidade de influenciar preços estabelecidos ou negociados, quantidades negociadas, ou a viabilidade dos negócios no outro nível).</p>	<p><i>Markups</i> significativos nos níveis de fabricação ou revenda ou em ambos</p>
	<p>Lucros elevados de fabricantes ou revendedores</p>
	<p>Participações de mercado estáveis ou significativas</p>
	<p>Concentração elevada e estável</p>
<p>A redução na variedade de produtos ou serviços resultante do enfraquecimento das competições intra e intermarcas é significativa para o consumidor?</p>	<p>Elasticidades cruzadas de demanda baixas ou moderadas entre produtos ou revendas.</p>
	<p>Em sistemas mistos, os preços de transferência praticados para revendas exclusivas são significativamente superiores àqueles praticados em revendas multimarcas.</p>
<p>Existem indicações significativas de ganhos de eficiência associados com a restrição do número de revendas ou a variedade de produtos?</p>	<p>Economias de escopo: grandes ou limitadas? Se grandes, existe um pequeno custo para as revendas em trabalhar com outra marca?</p>
	<p>Custos de procura: Serão significativos os custos referentes à obtenção de informações relacionadas à variedade do produto que permita a compra informada.</p>
	<p>Tipo do bem.</p>
	<p>Acordos mútuos ou impostos?</p>

Quadro 3.1: Metodologia de Análise do Efeito Líquido Originado a partir da Adoção de Restrições Verticais (Dobson e Waterson)

Fonte: Vertical Restraints and Competition Policy. Dobson, Paul W. & Waterson, Michael. Research Paper 12, December 1996, Office of Fair Trading

NATUREZA DO PRODUTO/DISTRIBUIÇÃO	CASOS COM MAIOR PROBABILIDADE DE QUE AS RESTRIÇÕES OBTENHAM UMA MAIOR EFICIÊNCIA	CASOS COM MENOR PROBABILIDADE DE QUE AS RESTRIÇÕES PRODUZAM UMA MAIOR EFICIÊNCIA
Complexidade do produto	Elevada complexidade ou muito técnico	Simples ou não técnico
Taxa de Mudança Tecnológica	Rápida	Lenta
Custo para o consumidor	Oneroso – grande parte do orçamento	Não oneroso
Hábitos de compra do consumidor	Compras pontuais	Compras repetidas
Tipo de estabelecimento em que é efetuada a compra	Estabelecimento de venda geral	Estabelecimento de venda de conveniência
Tamanho das firmas concorrentes	Grandes	Pequenas
Informação do consumidor sobre o produto	Conhecimento limitado	Características muito conhecidas
Percepção da diferenciação do produto	Pouco clara – marca débil	Clara – marca forte
Posição no ciclo de vida do produto	Novo	Estabelecida ou madura
Barreiras à entrada no setor de varejo	Reduzidos	Elevados
Grau de Substituição do produto	Alta – elasticidade preço cruzada positiva e elevada.	Baixa - elasticidade preço cruzada positiva mas baixa.
Possibilidade de retenção do consumidor	Baixa	Alta
Idade do mercado	Novo	Maduro
Lealdade do consumidor ao distribuidor	Baixa	Alta
Compatibilidade tecnológica	Alta	Baixa
Necessidade de equipe de vendas treinada	Sim	Não
Peso da opinião dos distribuidores na compra	Alto	Baixo
Existência de canais alternativos de distribuição	Alta	Baixa
Duração dos contratos de distribuição	Curta	Alta
Natureza dos contratos de distribuição	Negociados no monopólio ou padronizados em um mercado competitivo	Impostos no monopólio ou não-padronizados em um mercado competitivo
Economias de escopo no setor de varejo	Insignificativas	Substanciais

Quadro 3.2: Natureza do Produto e da Distribuição na Geração de Eficiências Econômicas.

Fonte: Vertical Restraints and Competition Policy. Dobson, Paul W. & Waterson, Michael.

Research Paper 12, December 1996, Office of Fair Trading adaptado por Balbinotto, G. e Hillbrecht, R. 2004.

CAPÍTULO 4 – ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE (*EXCLUSIVE DEALING*)

Neste capítulo serão tratadas as cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição. Seus objetivos são (i) identificar os efeitos anti e pró-competitivos produzidos pela adoção deste tipo de restrição vertical e (ii) entender os mecanismos através dos quais estes efeitos atuam.

Para isto, após uma breve apresentação de algumas definições de vendas exclusivas, onde são introduzidos alguns dos principais efeitos, inicia-se o capítulo tratando da importância dos canais de distribuição. Segue-se analisando a “Teoria dos Serviços Especiais”, desenvolvida por Telser (1960), onde é apresentado o conceito de prestação de serviços adicionais como parte integrante do produto físico. Na sequência, desenvolve-se uma discussão sobre as visões de Scherer (1980), Marvel (1982) e Steuer (1983) sobre quais são realmente os principais efeitos gerados pela prática deste tipo de acordo de exclusividade. Jacobson (2002) aparece questionando a verdadeira importância do percentual de fechamento de mercado na determinação dos danos causados ao consumidor pelas cláusulas de distribuição exclusiva, sendo apresentada a sua visão sobre a forte relevância do poder de mercado das empresas. Em seguida, através de Li e Dant (1997) e de Iglesias e Vázquez (2001), abordam-se aspectos importantes relacionados diretamente ao papel e aos benefícios para as vendas desta forma de restrição vertical. Após a sistematização dos efeitos decorrentes da adoção de cláusulas de exclusividade sobre a competição, o capítulo é encerrado reunindo-se na conclusão alguns fatores que influenciam na intensidade das eficiências geradas.

Assim, neste momento, apresentam-se alguns conceitos de “acordos de exclusividade” que auxiliarão a um melhor entendimento da importância deste tipo de restrição vertical e de sua inserção na relação entre fornecedores e distribuidores:

A Resolução n° 20/99 do CADE define “Acordos de exclusividade” como acordos nos quais:

“os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens de rivais.”

Após citarem a realização de uma extensa campanha publicitária, o treinamento dos distribuidores para o conserto e venda de seus produtos e o fornecimento aos mesmos de uma relação de potenciais consumidores, como três exemplos de possíveis investimentos sujeitos a ação de fabricantes *free-riders*, Carlton e Perloff (2000, p. 405) definem revenda exclusiva como uma solução ao problema de *free-riding* entre fabricantes:

A solução para estes problemas de *free-rider* é a criação de um sistema que permita aos fabricantes obter o retorno adequado por seus esforços de venda. Uma solução comum, acordos de exclusividade, consiste, para os fabricantes, em proibir seus distribuidores de vender produtos de fabricantes rivais (Marvel 1982).

Kwoka e White (2004, p.327) conceituam revenda exclusiva destacando, além da função de prevenção ao *free-riding*, o estímulo ao esforço focado do revendedor, mas alertam quanto à possibilidade de aumento dos custos dos rivais e das barreiras à entrada:

Acordos de exclusividade envolvem a insistência do fabricante com o revendedor para que este comercialize apenas os seus produtos. O fabricante pode, assim, obter o esforço focalizado do distribuidor e prevenir o *free-riding* de outros fabricantes; mas a prática pode levar ao aumento dos custos dos rivais ou das barreiras à entrada, de forma similar aos contratos de longa duração.

Bork (1978, p 299) salienta o sentido predominante dos acordos de exclusividade:

Um contrato de exclusividade consiste na concordância de uma firma em comprar apenas de outra e, mais freqüentemente, quando um distribuidor concorda em comercializar os produtos de apenas um fabricante em particular.

Tirole (1988, p. 185), ao abordar a competição intermarcas, também cita Marvel (1982) quando trata dos efeitos da revenda exclusiva e lembra a possibilidade de perdas de economia de escala:

Distribuição exclusiva – determinação de que o revendedor não pode vender uma marca que concorra com aquela do fabricante – pode resultar em perda de economia de escala. [...] distribuição exclusiva (a princípio uma restrição à competição em uma etapa anterior da cadeia produtiva) pode induzir o fabricante a disponibilizar serviços promocionais. [...] A revenda exclusiva é, então, vista como uma forma de proporcionar ao fabricante os direitos de propriedade sobre as despesas promocionais nas quais incorre (Marvel 1982).

Heide, Dutta e Bergen (1998, p. 387-8) observam a expressiva utilização das cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição: “CECD, restrição vertical que impede os revendedores de comercializar produtos de fabricantes rivais, é uma prática comum em muitos mercados”.

Ornstein apud González-Hernando *et al.* (2003) entende que, inseridas em mecanismos de governança bilateral, as CECD são acordos interfirmas que formalizam certos aspectos do relacionamento entre dois membros adjacentes de um canal de distribuição e, portanto, devem ser consideradas como formas intermediárias de governança entre o mercado de trocas e a total integração vertical.

Li e Dant (1997), entretanto, alertam que as CECD, uma das formas mais comuns de arranjos contratuais presentes em canais de distribuição, têm recebido pouca atenção como uma forma viável de governança unilateral.

Deixando-se para mais adiante a discussão sobre a forma de governança, se uni ou bilateral, trata-se, na seqüência, do conceito, vantagens, condições e características dos canais de distribuição.

4.1 CANAIS DE DISTRIBUIÇÃO

Segundo Kotler (2000), a maioria dos fabricantes não vende seus produtos diretamente aos consumidores finais; entre eles há intermediários realizando diversas funções. Estes intermediários constituem um canal de distribuição (também chamado canal de *marketing* ou canal comercial).

Ao delegar o trabalho de vendas a intermediários, o fabricante renuncia a uma parte do controle sobre como e para quem seus produtos são vendidos. No entanto, os intermediários, por meio de seus contatos, experiência, especialização e escala de operação, oferecem à empresa fabricante mais do que ela poderia conseguir trabalhando sozinha. Carlton e Perloff (2000, p. 396) observam que “Os fabricantes, com freqüência, confiam a firmas independentes a distribuição de seus produtos, ao invés de realizá-la, pois os custos de monitoramento da distribuição ultrapassam os custos de utilização de firmas independentes.

Ao desenvolver um canal de distribuição, a empresa fabricante deve conhecer os níveis de serviços desejados pelos clientes-alvo, tais como: (i) maior proximidade (facilidade de acesso) ao local da compra (maior número de revendedores), (ii) variedade de produtos disponíveis, (iii) serviços adicionais fornecidos pelo canal (crediário, entrega, reparos, informações). O idealizador do canal de distribuição sabe que fornecer um maior nível de serviços significa maiores custos e preços mais elevados para o consumidor final.

Esta consciência, no entanto, não era inicialmente clara aos economistas e às cortes de justiça. Baseando suas análises sobre modelos de competição perfeita, estes acreditavam que

as restrições verticais limitavam-se a restringir a competição e ignoravam os custos dos esforços de venda. Segundo Carlton e Perloff (2000:396), os modelos simples de competição ignoram os custos dos esforços de venda

Já, a Escola de Chicago considerava os acordos verticais como uma descomplicada relação agente-principal, onde a revenda era vista meramente como um agente de distribuição do produto do fabricante. Também assumia as condições de um mercado perfeitamente competitivo (ausência de barreiras à entrada, presença de grande número de competidores, alto grau de mobilidade de compradores e vendedores devido às pequenas diferenças de preço em razão da homogeneidade dos serviços de revenda e da ausência dos custos de troca e de procura); e, mesmo na ausência destas condições, creditavam às CECD a função de corrigir falhas de mercado em nível de revenda. De forma contrária à visão de Chicago, a literatura pós-Chicago considera a revenda muito mais do que um simples mecanismo de distribuição. Segundo Dobson (1996, p. 2) “O ‘serviço’ oferecido pelo distribuidor contribui para o valor que os consumidores atribuem ao produto. De modo particular, os distribuidores oferecem tanto serviços especiais, quanto genéricos, aos (potenciais) consumidores, incluindo demonstrações, informações, estoque, etc., de forma que a demanda não é exógena à revenda.” Observa-se, então, que os níveis de produção dos serviços tidos como alvo devem estar de alguma forma associados às características do produto (TELSER, 1960, p. 95). Além disso, constata-se que os serviços oferecidos resultam efetivamente em custos fixos aos revendedores, muitos dos quais irrecuperáveis, por exemplo: treinamento e *displays*. A presença destes custos fixos e o poder de mercado que os revendedores obtêm ao oferecerem serviços diferenciados, ou mesmo únicos, mostram não ser adequado o uso do modelo de competição perfeita à análise dos efeitos provocados pela adoção de acordos de exclusividade.

Em relação ao controle que desejam manter, as empresas precisam decidir, também, o número de intermediários que vão utilizar em cada nível do canal. A distribuição exclusiva, onde o número de intermediários é bastante limitado, é uma opção estratégica utilizada quando o fabricante deseja manter o controle sobre o nível e a quantidade de serviços oferecidos pelos revendedores. Geralmente envolve acordos de direito de exclusividade, no qual os revendedores concordam em não vender marcas de concorrentes. Segundo Kotler (2000, p. 516), “Ao conceder a distribuição exclusiva, o fabricante deseja obter mais dedicação e habilidade nas vendas.” Para isso, entretanto, é necessária uma parceria maior entre a empresa e o revendedor, sendo mais comum na distribuição de automóveis novos, de alguns aparelhos eletrodomésticos maiores e de algumas marcas de vestuário feminino. No

entanto, independente da qualidade do projeto e do gerenciamento dos canais, sempre haverá algum conflito, porque nem sempre os interesses das empresas participantes coincidem.

Segundo Carlton e Perloff (2000), os economistas descrevem a relação entre fabricante e distribuidores como uma relação agente-principal. O fabricante contrata distribuidores para venderem seus produtos, não podendo observar perfeitamente os esforços de venda destes, surgindo uma questão de *moral hazard*⁴². Os revendedores podem estar mais propensos a vender produtos de outros fabricantes que lhes rendam maior margem de lucro. Assim, fabricantes rivais estariam se beneficiando de investimentos em *marketing* realizados por um outro fabricante. O *free-riding* ocorre quando uma firma se beneficia das ações de outra sem incorrer em custos para isso. Portanto, os interesses de fabricante e revendedores podem divergir, surgindo, neste momento, as restrições verticais como alternativa para harmonizá-los.

4.2 A TEORIA DOS SERVIÇOS ESPECIAIS

Segundo Pashigian (1996), Telser (1960) desenvolveu uma interessante teoria que aborda o problema do *free-riding* para explicar por que e quando um fabricante se opõe a uma competição de preços entre revendedores. Assim, de acordo com a “Teoria dos Serviços Especiais”⁴³, os revendedores não provêem apenas o produto, mas também fornecem serviços informativos⁴⁴ aos consumidores, deslocando para a direita as curvas de demanda da revenda e do fabricante. Segundo Telser (1960, p. 89), “apenas impedindo os revendedores de comercializar seus produtos a preços menores é que o fabricante conseguirá que os mesmos sejam vendidos por revendedores que oferecem mais serviços.”

O deslocamento para a direita da curva de demanda da revenda, devido aos serviços especiais prestados, desloca junto (na mesma direção) a curva de demanda do fabricante, deslocando também a curva de RMg deste último, e aumentando, assim, a quantidade negociada ($Q' > Q^*$) e os preços praticados no atacado ($W' > W^*$) e no varejo ($R' > R^*$) para o novo equilíbrio.

⁴² Risco moral ou *moral hazard* corresponde a ocorrências relacionadas a ações da parte segurada que não podem ser observadas pela parte seguradora, mas que podem afetar a probabilidade ou a magnitude de um pagamento associado a um sinistro. (PINDYCK; RUBINFELD, 2002, p. 613)

⁴³ A Teoria dos Serviços Especiais foi desenvolvida por Telser (1960) e reestudada por Pashigian (1998).

⁴⁴ Telser (1960, p. 91) apresenta a demonstração pré-venda de um produto pelo distribuidor como exemplo de serviço especial. Também adverte que os serviços referidos pela teoria apresentada são aqueles específicos ao bem, não incluindo métodos de negócios característicos da revenda (crédito, entrega, etc.).

O deslocamento das curvas de demanda para a direita depende de quanto valor os serviços especiais agregam ao produto. A revenda se beneficiará quando o preço no varejo aumentar para R' e o aumento da margem da revenda $((R' - W') - (R^* - W^*))$ cobrir o aumento no custo de venda do revendedor $(ASC_0 - ASC_1)^{45}$ (conforme Figura 4.1). O fabricante, então, terá um aumento na quantidade negociada e nos preços praticados. Por fim, o consumidor também ganhará, apesar do aumento do preço ($R' > R^*$), pois estará adquirindo não apenas um produto físico, mas também um serviço a ele associado.

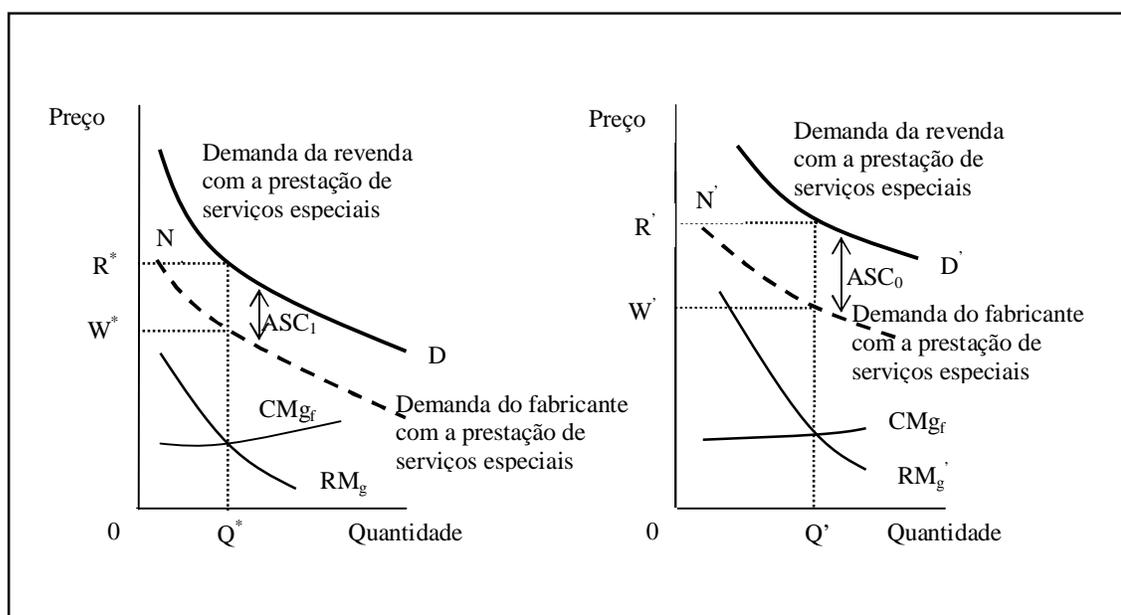


Figura 4.1: Serviços Especiais – Aumento na Produção e na Diferença entre os Preços de Revenda e de Atacado.

Fonte: Pashigian (1998, p. 503)

A hipótese da prestação do serviço especial como uma opção ao consumidor final, o qual poderia então escolher entre o produto com ou sem o serviço, provavelmente criaria o problema de *free-riding*. Fabricantes rivais de produtos substitutos e revendas concorrentes, os quais não incorreram nos custos relacionados a estes serviços, poderiam usufruir de seus benefícios. É o caso, por exemplo, de investimentos realizados em equipes de vendas. Uma equipe treinada e conhecedora dos atributos de qualidade de um determinado produto poderia usar este conhecimento, muitas vezes não específico ao produto em questão, para

⁴⁵ ASC (Average Selling Cost): custo médio de venda mínimo no longo prazo incorrido pelo revendedor, que corresponde à diferença entre preços de varejo e atacado.

comercializar produtos de fabricantes concorrentes a preços menores. Os próprios consumidores, uma vez obtida a informação desejada em uma revenda, efetuariam a aquisição do produto em outra revenda, sem o serviço, a um menor preço. Segundo Telser (1960, p. 91):

Um consumidor, em função dos serviços especiais oferecidos por um determinado revendedor, é convencido a comprar o produto. No entanto, ele adquire o produto em outra revenda a um preço menor. Neste sentido, o revendedor que não oferece serviços especiais obtém uma vantagem (*free ride*) em função dos investimentos feitos por aquele que oferece tais serviços, os quais influenciaram o consumidor em sua decisão de comprar o produto.

O desestímulo causado pelo *free-riding* aos investimentos pode ser demonstrado através do uso do conceito de estratégias dominantes. Se dois revendedores podem escolher entre oferecer ou não o serviço, a estratégia dominante de cada um deles será por não oferecer o serviço. O revendedor 1 terá seus lucros (π_1) maximizados não oferecendo os serviços, independente do revendedor 2 optar pela prestação ou não do serviço. O mesmo ocorre com o revendedor 2, o qual terá seus lucros (π_2) maximizados se não oferecer serviços, independente do revendedor 1 fornecer ou não serviços especiais. Conseqüentemente, nenhum revendedor fornecerá os serviços e o fabricante terá lucros menores. O equilíbrio de Nash implica que, havendo liberdade de escolha, ambos revendedores optariam pela estratégia de não oferecer serviços especiais, conforme representado na Figura 4.2. Cabe destacar que o raciocínio utilizado para revendedores é também válido para fabricantes.

		Revendedor 2	
		Pobre em serviço	Rico em serviço
Revendedor 1	Pobre em serviço	$\Pi_2 = \$ 0$ $\Pi_1 = \$ 0$	$\Pi_2 = - \$ 50$ $\Pi_1 = \$ 100$
	Rico em serviço	$\Pi_2 = \$ 100$ $\Pi_1 = - \$ 50$	$\Pi_2 = \$ 40$ $\Pi_1 = \$ 40$

Figura 4.2 Estratégia Dominante no Problema de *Free-Riding*

Fonte: Fonte: Pashigian (1998, p. 501)

Portanto, diante do exposto, na ausência de mecanismos restritivos (restrições verticais) a estes comportamentos oportunistas, que garantam que os investimentos realizados em serviços especiais não serão objeto de *free-riding*, a única opção racional seria pela não prestação de serviços. Ou seja, não haveria opção. Sendo assim, identificando os casos em que os serviços possuem valor perante o consumidor, os fabricantes vêem-se obrigados a desenvolverem estratégias para encorajar os distribuidores a proverem determinados serviços adicionais.

Telser (1960, p. 95) então, através do argumento dos serviços especiais, afirma que o fabricante de um produto diferenciado, sobre o qual ele possua algum poder de monopólio, pode considerar vantajoso estabelecer um preço mínimo de revenda (*RPM*). Assim, o fabricante obteria um aumento das vendas totais garantindo que, em conjunto com os seus produtos, os distribuidores oferecessem serviços especiais. Segundo Telser (1960), o valor do serviço percebido pelo consumidor dependeria da natureza do produto. Desta forma, identifica os produtos de marcas que não são familiares à grande massa de consumidores, os produtos novos no mercado, ou os produtos velhos mas de compra não freqüente, como adequados ao emprego de estratégias (restrições verticais) que assegurem a prestação do serviço como forma de agregar valor aos mesmos.

A importância da Teoria dos Serviços Especiais para este trabalho deve-se à sua utilização na explicação da eficiência das cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, na promoção do aumento dos serviços dos distribuidores, questão que será tratada no item 4.3.2.

4.3 SCHERER (1980), MARVEL (1982), STEUER (1983) E JACOBSON (2002): O CONFRONTO E A EVOLUÇÃO DE POSIÇÕES SOBRE AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE EM CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Os quatro autores citados são de fundamental importância na discussão sobre acordos de distribuição exclusiva. Scherer (1980) considera as CECD como uma compensação ao fabricante pela concessão de territórios exclusivos aos distribuidores e as apresenta como uma forma de obter a máxima dedicação por parte destes últimos.

Marvel (1982) rebate a interpretação de Scherer (1980); analisa e, em seguida, desqualifica a questão sobre a ótica da “Teoria dos Serviços Especiais” e introduz sua visão das vendas exclusivas como mecanismo de criação de direitos de propriedade para os

fabricantes. Identifica, também, os tipos de produtos mais adequados à implementação desta forma de restrição vertical.

Steuer (1983) harmoniza as visões de Scherer e Marvel, reunindo os pontos positivos de ambas. Além disso, antes de mencionar diversos efeitos pró-competitivos, detalha o bloqueio de mercado – *foreclosure* – como um dos principais efeitos anticompetitivos das vendas exclusivas.

Jacobson (2002) mostra a alteração de foco nas recentes decisões proferidas pelo judiciário norte-americano, as quais deixam de considerar o grau de fechamento de mercado e passam a avaliar o poder de mercado como o principal determinante na avaliação da legalidade dos acordos de exclusividade.

Entretanto, esta parte não se resume à contribuição destes autores. Apresenta-se a “Teoria dos Serviços Especiais” como forma de explicar a criação de efeitos econômicos benéficos aos distribuidores, exclusivamente devido à adoção de CECD. Indica-se, ainda, a ponderação a ser feita na decisão sobre qual opção estratégica deva ser adotada: a da diversidade de fornecedores ou a de prestação de serviço especial mediante venda exclusiva.

4.3.1 A Visão de Scherer (1980)

Scherer (1980) propõe que a relação existente entre os acordos de distribuição exclusiva, nos quais os revendedores concordam em dedicar seus esforços exclusivamente à distribuição de produtos de um único fabricante, e as franquias exclusivas⁴⁶, onde são colocados limites ao nível de competição a ser enfrentado pelo franqueado perante outros distribuidores do mesmo fabricante (restringindo o número de franquias em uma determinada área, ou confinando as franquias a territórios específicos ou a classes de consumidores), é de compensação, de permuta. Assim sendo, ele considera que, embora bastante distintas perante a legislação, os acordos de exclusividade sujeitos ao *Clayton Act Section 3* e as franquias exclusivas sujeitas ao *Sherman Act Section 1*, como freqüentemente são utilizados um na seqüência do outro, são melhor analisados em conjunto.

⁴⁶ A principal característica das “franquias exclusivas” referidas por Scherer (1980) dentro do contexto de seu artigo e desta dissertação é a presença de “territórios exclusivos”.

Scherer (1980) faz uma breve análise dos três agentes afetados quando da utilização conjunta de acordos de exclusividade e de franquias: os revendedores, os fabricantes e o consumidor. Segundo ele, as revendas, ao receberem o direito de serem franqueados exclusivos, presumivelmente se beneficiam por terem de enfrentar um menor nível de competição perante outros franqueados da mesma linha de produtos/mesmo fabricante, especialmente quando a linha em questão apresenta a vantagem de ser um produto diferenciado. Este menor nível de competição possibilita a prática de uma margem mais ampla entre o preço e os custos de revenda. No entanto, Scherer (1980) alerta que, como estes dois tipos de contrato conduzem a uma especialização, seus benefícios são duvidosos. Sua colocação se baseia no fato de que, não sendo afetados os outros pontos do contrato, uma maior liberdade de ação é normalmente preferível para o varejo. Esta ambigüidade fica evidenciada quando, ocasionalmente, os revendedores movem processos contra fabricantes com o objetivo de recuperar prejuízos atribuídos à adoção de tais restrições.

Para os fabricantes, os acordos de distribuição exclusiva são freqüentemente atrativos, pois eles asseguram que seus produtos sejam comercializados com o máximo de energia e entusiasmo. Scherer (1980) argumenta que, estando restritos a um determinado fabricante, os revendedores não podem ser indiferentes a qual marca os consumidores adquirem. Com a concessão de franquias exclusivas aos seus distribuidores e a conseqüente redução da competição entre os mesmos, os fabricantes acabam se beneficiando por diversas razões, todas relacionadas com a maior margem entre os preços praticados e os custos operacionais dos distribuidores. Oferecendo a possibilidade de retornos acima da média, os fabricantes conseguem atrair revendedores de maior capacidade. Estes, por sua vez, respondem aumentando investimentos em publicidade e em atividades promocionais, além de ampliar seus níveis de estoques. Tornam-se, também, mais propensos a aumentar a qualidade dos serviços pós-venda. Isto é especialmente importante na venda de bens duráveis/complexos, onde serviços de má qualidade prestados por algum distribuidor podem causar danos de difícil recuperação à reputação do fabricante e à marca do produto.

Do ponto de vista do consumidor, os efeitos provocados pela adoção de restrições nas atividades dos distribuidores são variados. Franquias exclusivas podem limitar a competição entre revendedores que comercializam uma marca ou linha de um determinado fabricante e ao mesmo tempo estimular atividades de diferenciação de produtos. Estas atividades podem ser positivas, negativas ou neutras, dependendo da receptividade demonstrada pelos consumidores. Scherer (1980) salienta, ainda, que o enfraquecimento da competição de preços intramarcas não necessariamente determina o quanto a competição intermarcas permanecerá

vigorosa. Segundo ele, o uso de franquias exclusivas estimula a competição quando facilita a entrada de pequenos fabricantes uma vez que permite que eles utilizem os serviços de revendedores capazes e construam uma imagem favorável. Porém, quando em conjunto, as franquias e as vendas exclusivas aumentam as barreiras às novas entradas e, conseqüentemente, efeitos anticompetitivos importantes podem surgir.

Scherer (1980) introduz também o conceito de que os custos podem ser aumentados se os distribuidores ficam restritos a territórios exclusivos muito pequenos que não suportam operações a uma mínima escala ótima. Porém, ele mesmo observa que, ao contrário, os custos de distribuição podem ser reduzidos se os distribuidores alcançam economias de escala ou de especialização e evitam custos referentes à duplicação dos esforços de *marketing*.

Scherer (1980, p. 590), concluindo, afirma que a Suprema Corte, embora reconhecendo que alguns tipos particulares de restrições verticais possam ser anticompetitivos, considerava que, de forma geral, as mesmas deveriam ser julgadas sob a regra da razão. Mostrou-se, entretanto, incrédulo sobre a capacidade prática de implementação deste critério de análise.

4.3.2 A Contraposição de Marvel (1982)

Marvel (1982) contra argumenta a visão de Scherer (1980) partindo do ponto de vista que as explicações sobre as eficiências econômicas geradas em outras formas de restrições na distribuição não se aplicam às vendas exclusivas.

Desta forma, Marvel (1982) desenvolve seu artigo apresentando as cláusulas de exclusividade como um mecanismo para criar direito de propriedade sobre os investimentos realizados pelo fabricante na rede de revenda. Segundo ele, a “Teoria dos Serviços Especiais”, freqüentemente utilizada para explicar a prática de territórios exclusivos e de fixação do preço de revenda (*RPM*), não é adequada à explicação dos fabricantes como beneficiários pela adoção destas cláusulas. Territórios exclusivos e *RPM* são normalmente interpretados como uma tentativa de assegurar aos revendedores que os resultados dos serviços financiados e fornecidos por eles junto à venda dos produtos não serão usurpados por seus concorrentes de menor custo (*free-riders*, caronas). Já os acordos de exclusividade são interpretados como mecanismos que visam assegurar ao fabricante que seus distribuidores não atuarão de forma oportunista. Garantem ao fabricante que a parte do pagamento do consumidor referente a seus

investimentos em serviços fornecidos de forma casada ao produto vendido será a ele transferida por seus distribuidores.

Após a introdução, Marvel (1982, p. 3-4) prossegue seu artigo apresentando uma visão crítica às explicações convencionais sobre as eficiências econômicas das CECD. Segundo ele, a visão tradicional de que para os fabricantes as CECD são interessantes pois garantem que seus produtos serão comercializados com o máximo de energia e entusiasmo devido ao aumento dos esforços promocionais dos distribuidores é falha. Marvel (1982, p. 4) argumenta ser de difícil entendimento como os distribuidores se sujeitariam a aceitar as reduções de opções impostas quando da adoção da exclusividade. Ele não concorda com a resposta tradicional apresentada na literatura, onde as CECD são mecanismos adotados como compensação a outras formas de restrições verticais (territórios exclusivos), as quais promoveriam entre os distribuidores um aumento das margens de lucratividade e uma redução da competitividade intramarcas. Esta ligação entre vendas exclusivas e territórios exclusivos é freqüentemente citada na literatura como sendo a explicação para a disposição dos distribuidores em restringirem a si próprios em uma linha de produtos de um único fabricante. Segundo Marvel (1982, p.4), a dificuldade no entendimento da explicação da compensação é que esta é simetricamente incorreta. De acordo com ele, o argumento dos “serviços especiais de venda”, segundo o qual restrições como *RPM* ou territórios exclusivos são adotadas para reforçar o direito de propriedade dos distribuidores sobre os serviços promocionais por eles fornecidos, é preferível à visão da compensação. Tal argumento é capaz de explicar a razão pela qual estas restrições são freqüentemente adotadas pelos fabricantes mesmo na ausência de cláusulas de exclusividade, uma vez que também beneficiam a estes ao possibilitarem a prestação de informações aos clientes que elevam o valor do produto físico.

Marvel (1982, p. 4-5) entende, ainda, que as CECD não são eficientes na promoção do aumento dos serviços de venda. Retirando da análise situações nas quais os custos para se manter estoques de diferentes marcas sejam significativamente elevados, as quais determinariam a opção natural do distribuidor pela exclusividade, ele aborda casos onde pressupõe que estes distribuidores prefeririam trabalhar com diferentes fabricantes. Justifica sua posição ao considerar que as vendas teriam seus lucros aumentados pela comercialização de diversas marcas. Ou seja, estabelece uma correlação positiva entre a quantidade de marcas oferecidas e a quantidade de produtos vendidos, em razão da maior variedade de produtos oferecidos. Assumindo que todas as marcas são vendidas por preços de varejo idênticos e que as quantidades de serviços fornecidos pelas vendas exclusivas e multimarcas são também idênticas, os lucros mais baixos das vendas exclusivas resultam da

menor quantidade de unidades vendidas, implicando um maior custo unitário dos serviços de revenda. Os fabricantes que vendem através de revendas exclusivas necessitariam, portanto, compensar seus revendedores com maiores margens através da redução dos preços de atacado, o que acarretaria menores lucros àqueles.

Para Marvel (1982, p.5), esta argumentação demonstra que a “Teoria dos Serviços Especiais de Revenda”, bastante utilizada na explicação da eficiência econômica dos territórios exclusivos, não pode ser transportada para as revendas exclusivas. Segundo ele, para os revendedores, os problemas de *free-riding* enfrentados pelas revendas exclusivas e multimarcas são idênticos. Portanto, um fabricante só obterá um incremento nos serviços promocionais de revenda se pagar por estes serviços diretamente, fato que independe dos revendedores trabalharem com um ou vários fabricantes. Assim, somente será interessante adotar revendas exclusivas, que por esta ótica mostraram-se como restrições redutoras de eficiência, se estas apresentarem outras funções independentes, com impactos diferentes aos provocados até então nos serviços de revenda.

Neste momento, cabe fazer uma análise das considerações desenvolvidas por Marvel (1982). Em primeiro lugar, considera-se apropriada sua argumentação de que a relação existente entre a adoção de revendas exclusivas e a de territórios exclusivos não deve ser pensada como uma compensação. Além de se constatar que territórios exclusivos são adotados na ausência de revendas exclusivas, a “Teoria dos Serviços Especiais” mostra que os territórios exclusivos ou a prática de *RPM* favorecem tanto aos fabricantes, por considerarem importante que seu produto físico seja comercializado em conjunto com a prestação de serviços adicionais, quanto aos distribuidores sobre os quais tais práticas são implementadas, ao evitarem o *free-riding* intramarcas de distribuidores rivais, fornecendo-lhes um grande incentivo à prestação dos referidos serviços (PASHIGIAN, 1988, p. 503). O resultado da adição entre o produto físico e os serviços especiais gera um produto final de maior valor agregado, o qual, de acordo com esta teoria, é comercializado em uma maior quantidade e a um maior preço.

Discorda-se de Marvel (1982), no entanto, quando este considera que as CECD (i) não são eficientes no aumento dos serviços de revenda e, conseqüentemente, acabariam por reduzir as margens de lucro dos fabricantes e que (ii) a “Teoria dos Serviços Especiais” não explica a vantagem da adoção desta forma de restrição vertical para os distribuidores. É verdade que qualquer nível diferenciado de serviços prestado pela revenda e que se originem de seus próprios investimentos será alvo de *free-riding* por parte de distribuidores rivais, quando o preço final ao consumidor aumentar. Entretanto, quando não existir a opção da

comercialização, no mercado relevante, do produto físico sem o serviço especial a ele associado e, considerando que os investimentos realizados pelos fabricantes agregam valor ao produto, ocorrerá um deslocamento das curvas de demanda da revenda e do fabricante para a direita. Configura-se, assim, a possibilidade de comercialização de um maior volume de produtos a um maior preço (“Teoria dos Serviços Especiais”). Pode-se, então, pensar em um modelo de competição perfeita entre diversos revendedores exclusivos, levando a uma maior prestação de serviços para atrair os consumidores adicionais gerados. As CECD atuam, portanto, estimulando investimentos/esforços por parte do revendedor, quando parte do retorno adicional gerado pelo investimento do fabricante for com ele dividido. Percebe-se que o fator determinante é o quanto se consegue agregar de valor ao produto mediante o investimento do fabricante. Não que a correlação positiva entre a variedade e o volume de vendas, trazida por Marvel (1982), seja equivocada; mas deve-se ponderar se o valor agregado ao produto pela prestação do serviço especial não determinará um maior aumento das vendas a um maior preço. É claro que isto dependerá do tipo de produto que se esteja comercializando, ou seja, o quão importante o consumidor final considere o serviço adicional. Somente a partir desta ponderação, será possível determinar se a estratégia de diversificação, ou a de prestação de serviço especial mediante vendas exclusivas, é a mais adequada para a comercialização de determinado produto. Portanto, as CECD atuam, em um primeiro momento, protegendo o investimento do fabricante. Porém, ao agregarem valor ao produto, aumentam o volume comercializado e o preço praticado, podendo beneficiar os distribuidores e incentivá-los a dedicarem seus esforços de forma mais intensa e, inclusive, a realizarem investimentos para atraírem consumidores de distribuidores exclusivos rivais.

Neste ponto, para Marvel (1982), que não considera as CECD geradoras de eficiência para a revenda, permanece ainda a necessidade de análise de outro argumento que explicaria, então, o interesse na utilização deste tipo de restrição vertical: a criação de barreiras de entrada para fabricantes concorrentes. No entanto, as vendas exclusivas não têm a capacidade de impor importantes barreiras à entrada a menos que uma significativa parte dos distribuidores de determinado setor industrial estivesse envolvida e que fosse difícil criar uma nova rede de distribuição. Na maioria dos mercados, esta condição para a criação de barreira de entrada implica que não somente o fornecedor que domina o mercado, mas também seus competidores menores estejam envolvidos com esta prática. Segundo Marvel (1982, p. 5-6), na ausência de conluios horizontais, é difícil imaginar razões pelas quais um concorrente de menor porte fosse adotar tal prática, visto que as vendas exclusivas forçadas tendem a aumentar os custos unitários dos serviços promocionais da revenda quando comparados às

revendas multimarcas. Desta forma, fabricantes secundários poderiam obter uma vantagem competitiva sobre o líder permitindo que seus revendedores negociassem produtos de outros fabricantes menores, quebrando a condição na qual seriam criadas barreiras à entrada. Outra razão que nos faz duvidar de que as revendas exclusivas possam ter um efeito de exclusão é a de que os contratos são comumente de curta duração. Assim, se as economias de escala em nível de fabricação, para um determinado produto, fossem substanciais o suficiente para requerer uma distribuição em larga escala, os contratos de curta duração permitiriam o acesso de outros ou novos fabricantes a uma rede de distribuição já formada com baixa dificuldade.

Baseado nas argumentações apresentadas no parágrafo anterior, Marvel (1982) considera que, na ausência de detalhes de um caso em particular, as CECD não devem ser consideradas como mecanismos que limitam a competição. Assim sendo e visto que, segundo o mesmo, as CECD também não incrementam os serviços de revenda, uma outra explicação para esta restrição se faz necessária.

Surge, então, o principal argumento do artigo de Marvel (1982, p. 6), onde as revendas exclusivas seriam um mecanismo utilizado para a criação de direitos de propriedade, não das revendas, mas sim dos fabricantes. Os fabricantes conquistariam consumidores para seus produtos através de propagandas e outros esforços promocionais, os quais seriam conduzidos de forma mais eficiente pelos próprios fabricantes do que pelos revendedores. Desta forma, estes investimentos geradores de clientes propiciariam a realização de negócios a partir dos quais as revendas teriam seus lucros aumentados, permanecendo ao fabricante o problema de cobrar de seus revendedores por estes clientes adicionais. A forma mais simples seria de incorporar uma taxa, pelos esforços promocionais dos fabricantes, ao preço de atacado do produto. Ou seja, o fabricante ofereceria ao revendedor uma venda casada: o produto físico em conjunto com a propaganda e, conseqüentemente, com um grupo de possíveis consumidores. O problema com esta venda casada ocorreria quando o revendedor tivesse condições de aproveitar os benefícios dos esforços promocionais do fabricante sem, no entanto, se sujeitar às respectivas taxas promocionais. Isto poderia ocorrer, por exemplo, quando a revenda substituísse um produto anunciado por um produto de marca similar, mas que não tivesse incorrido em despesas publicitárias. As CECD surgem evitando este tipo de substituição, criando para o fabricante direitos de propriedade sobre os respectivos investimentos promocionais.

Faz-se aqui uma nova pausa para explicar que Marvel (1982) parece atribuir a conquista de novos consumidores pelos fabricantes (deslocamento das curvas de demanda destes e dos revendedores para a direita) aos gastos realizados por estes em campanhas

publicitárias e propaganda, em razão da alteração de hábitos e gostos dos primeiros. Diferentemente, a “Teoria dos Serviços Especiais” atribui o deslocamento para a direita das curvas de demanda anteriormente citadas como consequência do valor que é agregado ao produto físico pela prestação conjunta dos referidos serviços adicionais.

Marvel (1982, p. 7) realiza, também, uma análise de quais tipos de produtos seriam mais adequados para a implantação de vendas exclusivas. Segundo ele, com produtos onde a recomendação dos revendedores possui pouca ou nenhuma influência sobre potenciais consumidores, os fabricantes não encontrariam problemas em praticar a referida venda casada. Nestes casos, citando como exemplo a venda de suco de laranja e aspirina, o uso de CECD seria desnecessário. Se, no entanto, a recomendação dos revendedores possui algum peso na decisão de compra dos consumidores, os direitos de propriedade dos fabricantes são mais difíceis de serem garantidos. Fabricantes rivais podem oferecer um produto (automóveis, eletrodomésticos) similar ou copiado, sem publicidade, para as vendas a um preço que reflita apenas o custo de produção. Assim, as vendas tendo a oportunidade de vender um produto essencialmente idêntico para um consumidor gerado a partir dos esforços promocionais do fabricante irão certamente escolher a substituição pelo produto rival. Já quando a decisão dos consumidores é inteiramente baseada na indicação dos revendedores e uma vez que os consumidores tenham sido atraídos para dentro da loja, mesmo que a publicidade dos fabricantes tenha gerado algum tipo de fidelidade à marca, a venda poderá reduzir o preço de varejo do produto substituto de forma a induzir a troca e, ainda assim, manterá uma margem de lucro considerável. Nestas situações, onde os fabricantes dos produtos anunciados tenham seus direitos de propriedade corroídos, ocorrerá um inevitável desestímulo a esta forma de investimento. Portanto, as CECD visam evitar a corrosão dos direitos de propriedade dos esforços promocionais dos fabricantes.

O tipo de investimento promocional também é apontado por Marvel (1982, p. 8) como um ponto a ser considerado. Diferentemente do investimento específico à marca, o investimento meramente informativo é passível de ser usurpado pela concorrência. O uso de acordos de exclusividade possibilita, portanto, um aumento da publicidade estritamente informativa em relação à publicidade da marca.

Marvel (1982) segue apontando uma série de dificuldades surgidas com a interpretação dos acordos de exclusividade como forma de proteção a direitos de propriedade. Uma principal ocorre quando é cobrado da revenda um valor por todo consumidor, independente deste ter sido ou não gerado a partir dos esforços promocionais do fabricante. Esta cobrança ocasiona uma redução nos esforços promocionais das vendas. A utilização de

programas de publicidade cooperativa, através dos quais o fabricante provê abonos baseados na quantidade vendida ou nas reais despesas de publicidade incorridas pelas revendas, aparece como forma de contornar as referidas dificuldades. Contudo, é importante entender que isto não significa um financiamento da publicidade da revenda por parte do fabricante; ao contrário, representa apenas um retorno às taxas cobradas por este, referentes aos seus esforços promocionais, quando na realidade, parte do resultado é proveniente dos esforços da revenda.

Quando a relação entre a clientela gerada pela publicidade dos fabricantes e por aquela realizada pelas revendas não é tão direta, surgem outras restrições auxiliares para proteger o direito de propriedade dos fabricantes. Para um produto de compra repetitiva, por exemplo, é esperado que pelo menos parte dos consumidores iniciais retornem às revendas. A contribuição ao capital intangível do fabricante, de gerar a venda inicial, ocorrerá pelos negócios subseqüentes somente se for mantida a relação de exclusividade com o distribuidor. Portanto, a estabilidade na relação fabricante-revenda pode ser garantida através do estabelecimento de contratos de longa duração. Entretanto, tais contratos tornam difícil a substituição de distribuidores inadequados, além de fecharem o mercado a fabricantes rivais. Os contratos de curta duração, por outro lado, quando acompanhados de cláusulas restritivas que evitem ou, ao menos, reduzam prejuízos aos fabricantes ao término dos mesmos, podem representar uma alternativa apropriada. Estas restrições podem se referir à garantia do produto ou a limitações na capacidade dos revendedores de prestação de serviços associados ao produto. Para que as garantias sejam válidas, pode ser exigido que os consumidores se registrem diretamente com o fabricante, de forma a possibilitar a elaboração de listas com estes clientes, os quais podem repetir sua compra no futuro. Contatos contínuos com os consumidores também podem ser mantidos, quando da recusa em negociar peças de reposição, forçando que as manutenções venham a ser realizadas pelo próprio fabricante. Finalmente, os fabricantes podem impor cláusulas de inventário, nas quais os produtos não vendidos devam retornar ao fabricante quando do término da relação deste com o revendedor.

Portanto, campanhas publicitárias realizadas em conjunto, registros de garantia e restrições à manutenção (reparos) são exemplos de restrições verticais auxiliares às CECD adotadas com a finalidade de cobrar de forma mais eficiente dos revendedores os esforços promocionais realizados pelos fabricantes.

Além destas restrições auxiliares, outras restrições verticais podem ser observadas em conjunto com as CECD. Lembrando que a condição necessária para a adoção de CECD é a possibilidade de revendedores oferecerem produtos substitutos para consumidores gerados a

partir de despesas dos fabricantes, estes revendedores deverão prover pelo menos alguns serviços que os consumidores considerem de valor (informação). Estes serviços podem, inclusive, atingir níveis nos quais os revendedores disponibilizam uma força de vendas preparada para oferecer informações detalhadas que conduzam as decisões de compra do consumidor. Quanto mais elaborado for o papel do revendedor na decisão de compra do consumidor, mais suscetível ele estará a sofrer ações de *free-riding* de revendedores menores. Os fabricantes podem prevenir tais ações de *free-riding* concedendo o uso de territórios exclusivos aos revendedores que disponibilizam uma grande quantidade de serviços. Como a vulnerabilidade dos fabricantes, no que tange aos seus direitos de propriedade sobre os benefícios de suas despesas promocionais, é mais intensa justamente quando os serviços e recomendações dos revendedores são de grande influência sobre os consumidores, não deve causar surpresa que as CECD e os territórios exclusivos sejam frequentemente praticados em conjunto.

Segundo Marvel (1982), quando os territórios exclusivos são adotados sem a prática conjunta das CECD, pode-se constatar que o fabricante não reúne qualquer tipo de capital intangível significativo. Cita o exemplo da Sylvania, um fabricante de aparelhos de televisão não conhecido dos consumidores. Ao adotar apenas territórios exclusivos, visto não reunir capital intangível suficiente que justifique a prática de cláusulas de exclusividade, a Sylvania incentiva seus distribuidores a realizarem, eles próprios, a publicidade de sua marca, promovendo-a no confronto com marcas líderes e sendo, portanto, determinante à venda de seus produtos. Para Marvel (1982), desta forma, é esperado que a adoção de CECD em aparelhos de televisão seja mais adequada às marcas líderes como Zenith e Sony, as quais possuem um capital intangível significativo. Observa, ainda, que as CECD são adotadas na ausência de territórios exclusivos ou *RPM* quando os serviços financiados pela própria revenda não podem ser compartilhados por revendedores rivais, inexistindo o risco do *free-riding* intramarcas.

Marvel (1982) conclui seu artigo afirmando que o argumento referente aos direitos de propriedade do fabricante tem a vantagem de fornecer uma explicação construtiva de vendas exclusivas, sem a necessidade de recorrer a motivações anticompetitivas ou, segundo o mesmo, à incorreta “Teoria dos Serviços Especiais de Revenda”. Para ele, do ponto de vista das leis antitruste, os contratos de distribuição exclusiva deveriam ser considerados legais *per se*.

4.3.3 A Síntese de Steuer (1983)

Steuer (1983, p. 114), ao observar que “Embora certas similaridades existam entre as várias formas de restrições verticais, é enganoso sugerir que todas elas apresentam os mesmos efeitos pró e anticompetitivos, e que todos estes possam ser justificados por uma única equação econômica.”, inicia sua análise das diferenças existentes entre as restrições territoriais, limitadoras das atividades de revenda; e as CECD, limitadoras dos atos de compra. Cita o caso *Sylvania* como forma de ilustrar um tipo de restrição à revenda (territórios exclusivos), onde a limitação à competição intramarcas ocasionada pela adoção de limitações territoriais deve ser balanceada, em uma medição da eficiência econômica, pela promoção da competição intermarcas resultante da eliminação do efeito de *free-riding* entre os distribuidores.

Steuer (1983) segue sua análise colocando que, embora os efeitos das CECD sobre a competição sejam aparentemente os mesmos apresentados quando do uso de restrições territoriais, os mecanismos são totalmente distintos. Com os territórios exclusivos, e outras formas de restrições à revenda, são eliminados os efeitos *free-riding* intramarcas, promovendo a competição com outras marcas por não haver a preocupação que competidores da mesma marca venham a usufruir esforços de outros sem terem incorrido em custos para isso. Já as CECD promovem a competição intermarcas de duas formas. Primeiro, elas encorajam os distribuidores a promoverem a marca de forma mais intensa simplesmente por não terem outra marca para vender. Segundo, elas encorajam o próprio fabricante a dar mais apoio aos seus distribuidores devido à eliminação do chamado efeito *free-riding* intermarcas. Os fabricantes irão reforçar seus distribuidores, pois outras marcas não poderão usufruir dos investimentos do fabricante vendendo através dos mesmos distribuidores.

Neste momento, cabe a consideração de que Steuer (1983) traz uma grande contribuição ao reunir, de maneira a se complementarem, as visões de Scherer (1980) e de Marvel (1982), aceitando e somando os fundamentos econômicos de ambos para a promoção da eficiência econômica.

Steuer (1983) lembra que, diferentemente dos territórios exclusivos, as vendas exclusivas não limitam a competição intramarcas de nenhuma forma. As vendas exclusivas são restrições à compra e não à venda. Portanto, a eliminação dos efeitos de *free-riding* intramarcas não é um dos efeitos pró-competitivos das vendas exclusivas.

Steuer (1983, p. 115-116), observando que “De forma diversa que as restrições à revenda, as quais restringem a competição intramarcas, mas promovem a competição

intermarcas, a distribuição exclusiva inibe e promove, ao mesmo tempo, a competição intermarcas.”, resume as diferenças entre os dois tipos de restrições verticais (territórios exclusivos e distribuição exclusiva) e, na seqüência, coloca que a inibição referida corresponde ao efeito de fechamento do mercado, o qual será o foco das análises econômicas sobre CECD.

Steuer (1983, p. 118) então, quando aborda o fechamento de mercado como efeito anticompetitivo, coloca que, no nível de distribuição das vendas (neste ponto ele diferencia os distribuidores entre vendas e atacadistas), a fidelidade do consumidor a determinada venda é fundamental na determinação do grau de fechamento: “Um acordo de distribuição exclusiva com um revendedor pode fechar o mercado a outras marcas para a maioria dos consumidores deste revendedor, ou para quase nenhum deles, dependendo da lealdade dos consumidores ao revendedor em questão.”. Segundo Steuer (1983, p.118), certos tipos de vendas, em razão de sua localização, serviços ou pessoal, são capazes de desenvolver uma fidelidade maior do que as próprias marcas com as quais eles trabalham. Assim, o fechamento destas vendas para algumas marcas pode ser determinante no fechamento do mercado ao consumidor final. Um bar da vizinhança, por exemplo, pode começar a vender apenas uma marca de cerveja, ou trocar de uma marca exclusiva para outra sem uma significativa perda de clientela.

Steuer (1983) alerta, no entanto, que nem todo revendedor é capaz de capturar tal grau de fidelidade. Uma loja de departamentos, por exemplo, pode perder vendas se trocar de uma marca exclusiva para outra, pois parte de seus clientes preferirá atrasar suas compras até encontrar sua marca favorita em outra venda. Grande parte das lojas de departamento desenvolve pouca fidelidade, em razão de seus clientes freqüentarem numerosas outras vendas que oferecem os mesmos tipos de produtos. Steuer (1983), portanto, estabelece uma correlação entre o grau de fidelidade capaz de ser desenvolvido por uma venda e o tipo de comércio, de vizinhança ou lojas de departamento. Apresenta, ainda, uma característica importante das lojas de departamento, que é a de conseguirem vender uma maior quantidade de mercadoria de apenas algumas marcas do que venderiam se oferecessem uma diversidade numerosa de marcas, pois parte de seus clientes são indiferentes a nomes de marcas ou são suficientemente fiéis à capacidade da venda de selecionar mercadorias de qualidade superior. A loja de departamentos, entretanto, não estará em condições de entregar a totalidade de seus potenciais clientes a apenas uma marca.

Steuer (1983, p. 120) conclui esta parte observando que, embora não existam fórmulas matemáticas precisas para medir as diferenças relacionadas ao fato do fechamento de mercado

de certos tipos de revendedores ser mais significativo do que de outros, as cortes jurídicas devem ser sensíveis ao grau de lealdade do consumidor que determinadas vendas são capazes de desenvolver.

Steuer (1983, p. 121), colocando que “A lealdade do consumidor à revenda depende mais do tipo de produto do que do tipo de revenda.”, aborda a questão de como o tipo de produto envolvido em um contrato de revenda exclusiva é determinante no grau de fechamento do mercado. Diferencia entre produtos de *shopping*, como sendo produtos duráveis ou caros; e produtos de conveniência, como produtos perecíveis ou baratos.

Sendo o produto de *shopping*, como um refrigerador ou um trator agrícola, os consumidores se engajarão em uma extensiva atividade de busca. Terão disposição para comparar entre diversas marcas e para comparar preços em um grande número de vendas. Portanto, se a revenda trabalhar com apenas uma marca, os consumidores irão procurar outros locais para realizar comparações. Para este tipo de produto, se um fabricante adotar contratos de distribuição exclusiva com revendedores que historicamente respondiam por, por exemplo, 25% das vendas em determinada área, não haverá garantias de que tais revendedores conseguirão manter tal percentual com apenas uma marca. Interessante observar que, com esta argumentação, Steuer (1983, p. 121) sugere a possibilidade de haver redução no volume de vendas dos revendedores que adotarem contratos de revenda exclusiva, mesmo em se tratando de produtos de *shopping*. A este ponto, ele parece constatar a necessidade de verificar se o valor agregado ao produto, pela prestação conjunta de serviços especiais através da revenda exclusiva, será ou não capaz de determinar um aumento de vendas superior à estratégia de diversificação.

Para ilustrar esta abordagem, Steuer (1983) traz o caso *United States vs. J.I. Case Co.*⁴⁷, no qual esta empresa fabricante de tratores agrícolas estabeleceu contratos de distribuição exclusiva com seus revendedores, impedindo-os de comercializar outras marcas. Como tal produto possui a característica de ser extremamente durável, seus consumidores são bastante cuidadosos e estão dispostos a percorrer consideráveis distâncias para realizar comparações. Assim, o fato de um fabricante estabelecer contratos de distribuição exclusiva com um significativo número de revendedores pode ter pouco efeito sobre as oportunidades de outros fabricantes alcançarem seus consumidores através de outros distribuidores. Então, uma

⁴⁷ 101 F. Supp. 856 (D. Minn. 1951) apud Steuer (1983, p. 121)

corte norte-americana entendeu que “[...] por não constatar que algum fabricante de máquinas agrícolas tenha tido dificuldades em encontrar outras revendas” a desavença não teria motivo e o processo poderia ser encerrado.

Steuer (1983) também apresenta um exemplo de bem de conveniência com *Adolph Coors Co. vs. FTC*⁴⁸. Partindo do caso do bar da vizinhança, citado anteriormente, uma marca de cerveja poderia ser imposta aos clientes, não somente devido ao tipo de estabelecimento, mas principalmente pelo fato da cerveja, sendo um produto perecível e de relativo baixo preço, não levar os consumidores a se deslocarem para outro bar em busca de uma alternativa. Assim uma corte norte-americana considerou que acordos que estabelecessem exclusividade de revenda da cerveja Coors seriam ilegais segundo o *Federal Trade Commission Act*.

Steuer (1983) conclui que, no caso de revendas, a natureza do produto tem papel significativo e as cortes devem reconhecer, em suas avaliações, a intensidade do efeito de fechamento presente nos contratos de distribuição exclusiva estabelecidos.

Outro ponto de extrema importância a ser considerado quando da medida do grau de fechamento causado pela adoção de CECD, segundo Steuer (1983), é a verificação da existência de canais de distribuição independentes disponíveis aos fabricantes rivais. Por exemplo, mesmo quando um fornecedor tenha estabelecido um acordo de revenda exclusiva com o único atacadista de determinado produto em uma área específica, os outros fornecedores ainda poderão alcançar os distribuidores equipando outros atacadistas para trabalhar com o referido produto, vendendo diretamente aos distribuidores, ou então, negociando com armazéns pertencentes a cadeias de revendedores ou atacadistas. Em nível de revendas, fabricantes podem alcançar os consumidores, seja através de revendedores que nunca trabalharam anteriormente com o tipo de produto em questão, ou através de vendas por revistas ou e-mail, com entrega pelo correio ou por vendas a domicílio.

Steuer (1983) acrescenta que, através do desenvolvimento de outros canais de distribuição, os fabricantes estarão promovendo a competição entre diferentes formas de distribuição. É criada uma nova dimensão de competição quando se oferece aos consumidores, não uma nova marca, mas uma nova opção de entrega. Portanto, a avaliação da possibilidade de fabricantes rivais alcançarem os consumidores finais através de canais alternativos deve ser considerada quando da medida do grau de fechamento. Ressalta, ainda, que se o fabricante possui capacidade financeira poderá estabelecer uma rede inteira de novos distribuidores que trabalhem exclusivamente com a sua marca. O aumento do número total de

⁴⁸ 497 F.2d 1178 (10th Cir. 1974), *cert. denied*, 419 U.S. 1105 (1975) apud Steuer (1983, p. 122).

distribuidores irá promover a competição em um nível superior ao da simples captação de distribuidores já existentes.

Portanto, conclui Steuer (1983), quando da medida do grau de fechamento, o percentual de distribuidores atingidos e o percentual histórico do volume de vendas pelos quais estes distribuidores são responsáveis são apenas os pontos iniciais da análise. Estes percentuais devem ser examinados em conjunto com o grau de fidelidade dos consumidores à revenda e à marca, assim como a possibilidade de utilização de canais alternativos de distribuição. Somente após a consideração de todas estas variáveis, o efeito anticompetitivo da adoção de CECD poderá ser determinado.

No entanto, uma análise completa do impacto da adoção de CECD passa necessariamente pela consideração, também, dos efeitos pró-competitivos que são gerados. Steuer (1983), no momento em que trata dos estímulos sobre as revendas, afirma que a competição intermarcas atinge seu nível máximo quando cada distribuidor está envolvido em um contrato de revenda exclusiva e foca suas atividades em somente uma marca.

Quando aborda os estímulos provocados nos fabricantes, Steuer (1983) rebate a posição de Marvel (1982). Segundo este último, conforme já visto, o único efeito genuinamente pró-competitivo gerado pelas revendas exclusivas é o encorajamento dos fabricantes em investir, diante da criação de direitos de propriedade para si, não resultando necessariamente em maiores e mais eficientes esforços de *marketing* por parte dos distribuidores. Esta posição, no entanto, ignora a importância de evitar que os distribuidores dividam sua fidelidade e se baseia em duas hipóteses questionáveis.

Na primeira, Marvel (1982) assume que as revendas exclusivas provocam uma redução na quantidade de vendas e, conseqüentemente, no lucro unitário do distribuidor, forçando o fabricante a reduzir seus próprios preços de forma a compensar o distribuidor por suas perdas. Steuer (1983) coloca que na realidade os lucros dos distribuidores devem ser maiores⁴⁹ quando na presença de contratos de distribuição exclusiva, pois seus esforços de *marketing* não estarão diluídos entre diferentes marcas, aumentando o total de vendas.

Na segunda hipótese, Marvel (1982) argumenta que se os serviços promocionais dos distribuidores de um única marca fossem superior àqueles dos distribuidores multimarcas, os distribuidores adotariam voluntariamente as revendas exclusivas. Steuer (1983) contra-argumenta observando que as revendas exclusivas tornam o distribuidor dependente de um

⁴⁹ Neste ponto, ao se perceber uma carência de embasamento na dedução de Steuer (1983), faz-se uma pausa para recordar que uma explicação mais convincente para o aumento das vendas por revendedores exclusivos, baseada na “Teoria dos Serviços Especiais”, já foi apresentada anteriormente.

único fabricante, e embora esta restrição deva realmente maximizar os lucros de ambos, a dependência originada torna a distribuição exclusiva pouco atraente aos distribuidores. Assim, os revendedores raramente adotarão as vendas exclusivas como estratégia de *marketing* voluntária. Normalmente, as vendas exclusivas são adotadas em função da limitação de espaços ou da falta de habilidade do distribuidor em encontrar mais de um fabricante disposto a conceder seus direitos de distribuição. Se o distribuidor for novo, ou a própria marca for nova, o elevado risco de se concentrar em apenas uma marca afastará a hipótese de se deixar de trabalhar com outras marcas voluntariamente. Quando o distribuidor já estiver estabelecido, ele também irá considerar muito arriscado adotar a distribuição exclusiva voluntariamente, mesmo considerando a possibilidade de maximizar seus lucros futuros trabalhando com apenas uma marca.

Rebatidas as duas hipóteses, o argumento de Marvel (1982), onde o estímulo aos esforços do fabricante é o único efeito pró-competitivo das CECD, desconsiderando o impacto que provoca nas vendas quando estas passam a concentrar sua dedicação a uma única marca, não pode ser aceito, segundo Steuer (1983), diante das considerações acima. Entretanto, Steuer reconhece que os efeitos da adoção de CECD sobre os esforços dos fabricantes são extremamente significantes. Adverte que, na ausência de CECD, os fabricantes estariam dispostos a permitir que seus distribuidores decidissem por si próprios suas estratégias, antes de investirem recursos no fortalecimento destes, pois poderiam ver as mercadorias de outros fabricantes, que não incorreram em investimentos, sendo vendidas por estes distribuidores.

Steuer (1983) cita, na seqüência, algumas práticas adotadas por fornecedores *free-riders* que desejam usufruir os investimentos realizados por fornecedores da marca original que não exigem de seus distribuidores a adoção de vendas exclusivas: (i) a prática de preços menores com o objetivo de possibilitar o aumento da margem do distribuidor, (ii) a oferta de bônus financeiros ou em mercadorias para os distribuidores que excedam suas quotas de venda, (iii) a realização de publicidade cooperativa e a distribuição de materiais promocionais (*displays*, amostras, *banners* e vídeos) são exemplos de técnicas adotadas pelos *free riders* com a intenção de comprar a fidelidade dos distribuidores, incentivando-os a forçarem, ou pelo menos promoverem de forma mais intensa, a venda de suas marcas. Estas técnicas, quando percebidas pelos fornecedores originais, acabam por desestimular os investimentos e assistência destes para com as vendas e desencorajam a prestação de apoio para outros distribuidores no futuro. Além disto, Steuer (1983) salienta que nenhuma destas técnicas é

capaz de convencer o fornecedor a prestar o mesmo nível de apoio para o distribuidor que os contratos de distribuição exclusiva conseguem.

Steuer (1983) aborda também outros efeitos pró-competitivos das vendas exclusivas. A proteção de informações confidenciais dos fabricantes (fórmulas, receitas, cronogramas de eventos promocionais e resultados de pesquisas junto aos consumidores), um melhor resultado no controle de qualidade, garantindo a forma como os produtos serão vendidos e os serviços a eles relacionados prestados (não substituição de ingredientes em receitas, por exemplo) e o fato de que grande parte destes contratos seja de curta duração, quando comparados com outras restrições, fazem das vendas exclusivas acordos mais competitivos.

Portanto, conclui Steuer (1983), qualquer que seja a análise de eficiência econômica que se esteja fazendo, devem ser considerados, tanto o efeito de fechamento do mercado, quanto os efeitos pró-competitivos gerados. Se na avaliação, entretanto, a cláusula de exclusividade não representar um fechamento de mercado significativo para que novos fabricantes (novas marcas) atinjam o consumidor final, pode-se esperar um aumento na competição intermarcas.

4.3.4 Jacobson (2002) e a Mudança de Foco na Avaliação das Vendas Exclusivas

Jacobson (2002) aponta que o período compreendido entre a promulgação do *Clayton Act*, em 1914, até *Tampa Electric*⁵⁰, em 1961, apesar de ter iniciado com ênfase na participação de mercado em *Standard Fashion*⁵¹ (1922), é marcado quando, a partir de *Standard Stations*⁵² (1949), as cortes norte-americanas passam a considerar o percentual de fechamento de mercado como o principal determinante na configuração de prática antitruste em casos de distribuição exclusiva. Apesar de *Tampa Electric* ter representado uma esperança de início de uma análise mais ampla dos impactos competitivos deste tipo de prática restritiva, durante os vinte anos que se seguiram, as cortes permaneceram baseando suas decisões quase que exclusivamente no grau de fechamento do mercado. Entretanto, a partir de 1982, em *Belton*⁵³, estas cortes alteraram seu foco, iniciando a apreciação das formas como as vendas exclusivas poderiam beneficiar os consumidores e expressando crescentes dúvidas

⁵⁰ *Tampa Elec. Co. vs. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961) apud Jacobson (2002, p. 312).

⁵¹ *Standard Fashion Co vs. Magrane-Houston Co.*, 258 U.S. 346 (1922) apud Jacobson (2002, p. 318).

⁵² *Standard Oil Co. vs. United States*, 337 U.S. 293, 298 (1949) apud Jacobson (2002, p. 320).

⁵³ *Belton Electronics Corp.* 100 F.T.C. 68 (1982) apud Jacobson (2002, p. 323).

se este tipo de restrição vertical realmente poderia causar danos significativos à concorrência. Era a primeira importante alteração da doutrina na direção da análise de distribuição exclusiva com o uso da regra da razão. No entanto, isto não significa que o percentual de fechamento deixou de estar presente às análises; o que se verificou foi que o percentual necessário à caracterização de prática lesiva à concorrência crescia cada dia mais.

A novidade de Jacobson (2002) é que sua análise detecta o início de uma nova etapa nas decisões sobre a legalidade de vendas exclusivas a partir de 1997, quando as cortes passam a focar o poder de mercado da empresa como condição imprescindível à prática de preços acima dos níveis competitivos e à redução dos níveis de produção. Segundo o mesmo autor, com o aumento do foco no poder de mercado, mais do que no grau de fechamento, alcançava-se uma harmonização entre a distribuição exclusiva e a regra da razão. Jacobson (2002) argumenta que os arranjos de venda exclusiva podem aumentar o custo dos rivais ou reduzir de outra forma suas capacidades de competir efetivamente, mas que prejudicariam o consumidor se, e somente se, os prejuízos aos rivais possibilitassem à empresa dominante praticar preços acima dos níveis competitivos.

A partir do caso *Microsoft*⁵⁴, o percentual de fechamento de mercado passa a ser visto apenas como uma “peneira”. As decisões recentes das cortes norte-americanas têm beneficiado as empresas acusadas quando o percentual de fechamento é igual ou inferior a 40%. Isto, no entanto, de forma alguma significa que percentuais superiores caracterizem violação antitruste (a regra *per se* não é empregada). Diversos casos, como o *CDC*⁵⁵, envolviam elevados percentuais de fechamento e mesmo assim não foram considerados violações antitruste, pois os efeitos reais ou potenciais sobre os preços eram nulos. A evidência desta modificação da interpretação legal pode ser verificada mediante a utilização, por parte dos defensores das empresas acusadas de prática antitruste, dos percentuais de fechamento como argumento para descaracterizar queixas de violações à concorrência. Por outro lado, a ausência de um percentual significativo de fechamento não tem determinado por si só a legalidade dos acordos de venda exclusiva, como pode ser verificado nos casos *Microsoft*, *Visa*⁵⁶, *Avery*⁵⁷ e *RJR I*⁵⁸.

⁵⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir.), cert. denied, 122 S. Ct. 350 (2001) apud Jacobson (2002, p. 311).

⁵⁵ *CDC Techs., Inc. v. IDEXX Labs., Inc.*, 186 F.3d 74 (2d Cir. 1999) apud Jacobson (2002, p. 330).

⁵⁶ *United States v. Visa USA, Inc.* 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001), *appeal pending*, No. 02-6074 (2d Cir.) apud Jacobson (2002, p. 343).

⁵⁷ *Avery Dennison Corp. v. ACCO Brands, Inc.*, 2000-1 Trade Cas. (CCH) π 72,882 (C.D. Cal. 2000) apud Jacobson (2002, p. 340).

⁵⁸ *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Phillip Morris Inc. (RJR I)*, 60 F. Supp. 2d 502 (M.D.N.C. 1999) apud Jacobson (2002, p. 341).

Desta forma, embora muitos casos ainda devam significativa atenção na determinação precisa do grau de fechamento de mercado, segundo Jacobson (2000, p. 363), “[...] de forma crescente, no entanto, tal determinação constitui-se em um exercício sem utilidade.”

Jacobson (2002, p. 348) defende que o foco de uma análise sobre a legalidade de acordos de exclusividade deve ser baseado na existência de efeitos prejudiciais ao consumidor, ou seja, reduções na eficiência alocativa, representadas nos modelos microeconômicos como uma perda do bem-estar devido à redução da produção, normalmente associados ao aumento de preços ao consumidor, e à redução de qualidade.

O foco nos danos ao consumidor não significa que os danos aos fabricantes rivais sejam irrelevantes. Ao contrário, o prejuízo à capacidade de reação dos rivais é o mecanismo através do qual os danos ao consumidor são causados. No entanto, as implicações referentes ao aumento dos custos dos rivais são ambíguas à competição, não sendo verdade que o aumento dos custos dos rivais sempre cause prejuízos ao consumidor. Em determinadas situações, como quando um revendedor realiza um convite para diversos fabricantes apresentarem uma proposta de fornecimento exclusivo ao menor preço possível, o aumento destes custos podem ser apenas um subproduto da competição. A exclusividade neste sentido aumentaria o custo dos rivais no sentido de exigir que os mesmos reduzissem suas margens (aumentando o “custo” dos descontos). A existência de uma legislação que impedisse empresas com poder de mercado de competir para obter estas exclusividades, resultaria em preços mais altos aos consumidores. De forma semelhante, quando uma empresa busca acordos de exclusividade com distribuidores, enquanto seus rivais permanecem imóveis, o custo destes últimos irá aumentar, mas não de uma forma que necessariamente gere uma ameaça ao processo competitivo. O efeito da exclusividade esperado neste caso é de encorajar o rival a desenvolver novos métodos de distribuição ou tornar eficientes os distribuidores mais fracos. A relevância do processo de distribuição sobre os custos totais também é outro ponto que merece destaque. A distribuição é um de muitos componentes do produto final e pode representar apenas uma pequena parcela dos custos totais. Se a distribuição representa 10% do custo do produto e os arranjos de exclusividade aumentam em 10% os custos de distribuição, o impacto no custo final do produto será de apenas 1%. Efeitos competitivos de tão baixa magnitude não são normalmente fonte de sérios problemas antitruste.

Jacobson (2002) conclui afirmando que as análises realizadas nas recentes decisões judiciais têm resultado na aprovação da maioria dos casos envolvendo distribuição exclusiva, prática bastante comum na economia atual. No entanto, observa que para os raros casos onde

este tipo de acordo cria, aumenta ou preserva poderes sobre o preço ou nível de produção, as intervenções antitruste permanecem apropriadas, independente do percentual de mercado bloqueado.

4.4 LI e DANT (1997), IGLESIAS e VÁZQUEZ (2001) e OS EFEITOS DA DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA PARA OS DISTRIBUIDORES

Grande parte da literatura existente sobre distribuição exclusiva tem se concentrado nas conseqüências competitivas deste tipo de restrição vertical para fornecedores e consumidores finais, negligenciando as perspectivas para os revendedores e o impacto sobre o processo de governança interfirmas. Embora este trabalho tenha, anteriormente, mostrado, de forma embasada, os possíveis benefícios econômicos gerados aos distribuidores em razão da adoção de contratos de distribuição exclusiva, principalmente através da “Teoria dos Serviços Especiais”; os trabalhos de Li e Dant (1997) e de Iglesias e Vázquez (2001), baseados em experimentos estatísticos, apresentam uma abordagem diferenciada que vem a enriquecer este assunto.

Enquanto Ornstein apud González-Hernando *et al.* (2003) considera a distribuição exclusiva como uma forma de governança bilateral posicionada entre o mercado de trocas e a total integração vertical; Li e Dant (1997) classificam esta restrição como um formato viável de governança unilateral. Heide apud González-Hernando *et al.* (2003), por sua vez, identifica que, enquanto a governança bilateral baseia-se no desenvolvimento conjunto de políticas destinadas a alcançar as metas do canal; a governança unilateral baseia-se na autoridade de um dos membros e na sua capacidade de estabelecer regras, dar instruções e impor decisões sobre a outra parte. Segundo Stinchombe apud Li e Dant (1997), a governança unilateral pode ser usada para especificar claramente as regras vigentes e a autoridade entre as partes envolvidas e, então, produzir os efeitos benéficos de uma relação hierárquica sem a necessidade de uma integração vertical interfirmas.

Iglesias e Vázquez (2001) chegam a interpretar Li e Dant (1997) como se estes houvessem considerado os acordos de exclusividade como uma forma de governança bilateral, em razão do nível de cooperação normalmente atingido e do não uso de estratégias coercitivas por parte dos fabricantes.

Independente de serem caracterizados como forma de governança uni ou bilateral, os acordos de revenda exclusiva modificam os interesses e os incentivos das firmas participantes. Após terem sido verificados nos itens anteriores os impactos sobre fabricantes e

consumidores, faz-se agora uma análise das expectativas e dos efeitos da adoção deste tipo de restrição vertical aos distribuidores participantes do canal.

Embora os revendedores possam voluntariamente propor a adoção de acordos de revenda exclusiva para (i) obter direitos de distribuição de produtos de um fornecedor com grande reputação e/ou (ii) assegurar preferência de financiamento e assistência em *merchandising* por parte dos fornecedores, Li e Dant (1997) afirmam que as vendas exclusivas são normalmente impostas pelos fornecedores aos revendedores como uma pré-condição para a comercialização de seus produtos. É fato que estando restritos a uma única fonte de suprimentos, os revendedores exclusivos tornam-se bastante dependentes de seu fornecedor, estabelecendo-se condições muito assimétricas de poder.

Li e Dant (1997) examinaram como os acordos de exclusividade afetam a percepção dos distribuidores quanto (i) ao relacionamento, (ii) ao nível de comunicação e (iii) ao desempenho alcançado no canal. Definiram relacionamento como a extensão com a qual as relações de troca podem ser caracterizadas como sendo de longo prazo, recíprocas e expandindo-se além de uma simples relação de compra e venda, sendo este termo frequentemente utilizado para capturar a natureza e a qualidade das dinâmicas interfirmas. O termo comunicação foi definido como a extensão com a qual os membros do canal proativamente trocam e dividem informações uns com os outros. A comunicação é percebida como sendo crítica para o efetivo funcionamento dos canais de distribuição, uma vez que representam as formas pelas quais as transações são coordenadas, o poder é exercido e o compromisso e a lealdade são cultivados. O desempenho percebido é entendido como a consolidação dos resultados alcançados e a avaliação global dos mesmos pelas partes envolvidas na relação de troca. A percepção do desempenho do canal é tida como de significativo impacto no sucesso das relações do canal. Assim, segundo Robincheaux e Coleman apud Li e Dant (1997), a comunicação reflete os aspectos operacionais da estrutura do canal, enquanto o relacionamento e o desempenho percebido representam, respectivamente, as conseqüências políticas e econômicas da estruturação do canal.

Baseando-se nos resultados de suas pesquisas estatísticas e em Anderson e Weitz apud Li e Dant (1997), segundo os quais as vendas exclusivas ao determinarem um maior comprometimento por parte do revendedor, provocam conseqüentemente um maior comprometimento também por parte do fornecedor, acabando por promover uma relação de cooperação recíproca; Li e Dant (1997) concluem observando que, em contraste com o comportamento oportunista previsto pela tradicional perspectiva de acordos com estrutura de poder assimétrica, os distribuidores exclusivos estabelecem e mantêm relações mais próximas

com seus fabricantes do que quando comparadas às estabelecidas por revendedores multimarcas. Atribuem estes resultados favoráveis aos níveis de comprometimento e investimentos realizados, então, pelos fornecedores no canal de distribuição. Os fornecedores passam a ver seus distribuidores exclusivos como uma opção estratégica, empregando uma postura benevolente perante os mesmos e utilizando seu poder apenas para aumentar a coordenação e a organização das atividades do canal, ao invés de adotarem condutas oportunistas. Esta é a importante constatação dos autores a respeito da viabilidade da governança unilateral.

Li e Dant (1997) concluem, ainda, que quanto à comunicação, apesar de ser esperado que em situações de assimetria de poder esta seja unidirecional, fluindo da parte mais influente para a parte mais fraca, enquanto a comunicação bidirecional esperada seria formal e infreqüente; os estudos mostraram que a comunicação bidirecional é mais freqüente e informal em canais de revenda exclusiva do que entre revendas multimarcas e seus fornecedores. A razão disto é atribuída também ao maior nível de comprometimento existente no canal exclusivo. Com relação ao desempenho percebido, em razão das características que envolvem os acordos (assimetria de poder, dependência), os distribuidores exclusivos acabam por realizar uma avaliação mais cuidadosa dos resultados alcançados junto ao fornecedor.

Iglesias e Vázquez (2001), ao também estudarem o assunto, testaram estatisticamente três fatores – as atitudes do fornecedor, a força competitiva de suas marcas e os resultados econômicos alcançados pelo revendedor – relacionados à adoção de acordos de distribuição exclusiva e encontraram resultados que mostram ser o primeiro destes fatores o de maior impacto sobre a satisfação do revendedor.

A reduzida influência da força competitiva das marcas do fornecedor e dos retornos econômicos alcançados pelo distribuidor e o significativo efeito das atitudes do fornecedor levam a crer que os distribuidores exclusivos atribuem muita importância a altos graus de mutualidade, solidariedade e integridade. De fato, também baseando-se na idéia de que o maior comprometimento do distribuidor resulta em maior comprometimento do fornecedor (ANDERSON; WEITZ apud IGLESIAS; VÁZQUEZ, 2001), Iglesias e Vázquez (2001) concluem que atitudes cooperativas por parte dos fornecedores são mais valorizadas pelos distribuidores exclusivos do que resultados econômicos a curto prazo. A força competitiva do fornecedor, por sua vez, pode conduzir a uma situação de desequilíbrio de poder e de elevada dependência do distribuidor. Esta dependência implicaria em menor participação nas decisões e na possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas por parte do fornecedor. No entanto, ainda segundo Iglesias e Vázquez (2001), nas relações de revenda exclusiva, o grau

de dependência dos distribuidores não depende tanto da força competitiva do fornecedor, mas mais das próprias cláusulas do acordo de exclusividade. Além disso, os resultados alcançados corroboram a teoria defendida por Li e Dant (1997), segundo a qual, o desenvolvimento de uma relação de apoio e confiança é mais provável de ocorrer em acordos de distribuição exclusiva. Percebe-se, portanto, que este tipo de relação não é normalmente baseada em estratégias coercitivas, mas sim em uma relação bastante próxima da governança bilateral.

4.5 EFEITOS ECONÔMICOS PROVOCADOS PELA ADOÇÃO DE ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE

A este ponto, com o intuito de consolidar e resumir os principais efeitos anti e pró-competitivos oriundos da adoção de acordos de exclusividade, considera-se importante reuni-los.

Dentre os efeitos anticoncorrenciais, o efeito do “bloqueio” do mercado relevante “alvo” para concorrentes efetivos ou potenciais, além de já estar minuciosamente apresentado na análise de Steuer (1983), apresenta-se inserido no item relativo ao aumento dos custos dos rivais. Separa-se, no entanto, este item daquele relativo ao aumento do poder de mercado, por considerá-lo como apenas uma das formas de obtenção de tal poder.

Também pelo motivo de já terem sido adequadamente tratados nas partes referentes a Marvel (1982), Li e Dant (1997) e Iglesias e Vázquez (2001), os efeitos sobre as vendas, respectivamente, o estímulo à competição entre estas e o aumento no nível de relação destas com os fabricantes, não aparecem aqui explicitados. Quanto a este assunto, faz-se, nesta parte, apenas um breve comentário sobre a redução, para as vendas, dos custos relacionados à variedade.

4.5.1 Efeitos Anticompetitivos

Apesar deste trabalho tratar prioritariamente dos efeitos anticompetitivos originados a partir do potencial de exclusão inerentes às cláusulas de exclusividade; apresenta-se também o potencial de conluio deste tipo de prática, quando empregada em conjunto com a fixação dos preços de venda (*RPM*), como outra fonte de tais efeitos.

4.5.1.1 Aumento do Poder de Mercado

O aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do “bloqueio” e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento da distribuição, pode resultar diretamente de cláusulas contratuais, ou indiretamente por aumento dos custos de rivais. Tal situação advém de que quando os contratos de distribuição exclusiva são estabelecidos, estipulando que as revendas somente poderão adquirir produtos junto a um determinado fabricante, então os demais fabricantes concorrentes (existentes ou potenciais) estão excluídos da demanda representada pelas revendas participantes dos contratos, durante a duração dos mesmos.

4.5.1.2 Aumento do Custo dos Rivais

A teoria do “Aumento dos Custos dos Rivais”, desenvolvida no período pós-Chicago por Krattenmaker e Salop (1986), afirma que os acordos de exclusividade podem aumentar o poder de mercado de um fabricante através do aumento dos custos dos rivais. Por meio do fechamento/restrrição do mercado – *foreclosure* – impedindo/restringindo novas entradas e reduzindo a capacidade de confronto dos competidores à firma dominante, estes acordos provocam o aumento do preço dos produtos e a redução na quantidade ofertada, gerando danos ao consumidor.

Um acordo que de fato fecha/restringe o acesso de competidores a uma substancial parte do mercado pode reduzir a capacidade destes em reagir ao poder de mercado da firma dominante, pela redução da base de clientes dos competidores e, portanto, de suas economias de escala.

A novidade desta abordagem é que as restrições/o fechamento ao mercado (“*the theory of foreclosure*”) pode causar danos ao consumidor se, e somente se, estas restrições/fechamento, ou outra forma de exclusão, forem impostas de maneira a provocar um aumento nos preços ou restrição à produção no mercado como um todo.

Os acordos de exclusividade ainda podem aumentar os custos enfrentados pelos rivais devido à necessidade de procura de novos canais de distribuição ou em razão da necessidade de negociação com distribuidores menos eficientes (com maiores custos) ou ainda devido à utilização de métodos de distribuição mais custosos.

No entanto, é importante observar que os efeitos do aumento dos custos dos rivais não são necessariamente anticompetitivos. Podem ser neutros ou até mesmo benéficos à competição. Jacobson (2002, p. 354) afirma “[...] analisado isoladamente, um aumento nos custos dos rivais não é evidência de prejuízo ao consumidor.”

No caso *Pepsi*⁵⁹, embora esta empresa tenha argumentado que em um mercado com apenas dois competidores significantes, um aumento nos custos do rival seria uma prova suficiente de danos ao consumidor, o efeito observado foi um estímulo a uma competição mais efetiva por parte da Pepsi com o aumento da oferta aos consumidores e a redução de preços.

A natureza do aumento dos custos dos rivais também deve ser analisada com cuidado, pois muitas vezes este aumento é simplesmente um subproduto da competição. É o caso, por exemplo, de uma firma que procura as vendas mais eficientes para o estabelecimento de contratos de exclusividade, enquanto seus competidores permanecem inativos (caso *Gilbarco*⁶⁰). Poderá haver um aumento no custo dos rivais que possivelmente os estimule a desenvolver novos métodos de distribuição ou a utilizar programas destinados a tornar os distribuidores fracos mais competitivos.

Deve-se, ainda, levar em conta a relevância do processo de distribuição sobre os custos totais, pois sendo apenas uma parte do produto final, pode representar uma parcela pequena destes custos. Assim um pequeno aumento percentual do custo de distribuição poderia representar um aumento insignificante no custo total, não vindo a se caracterizar em uma questão antitruste. Além disso, as firmas que tiveram seus custos de distribuição aumentados, podem responder com uma redução de custos de matérias primas, mão de obra, etc.

4.5.1.3 Efeito na Escolha do Consumidor

A redução da opção de escolha do consumidor é um potencial efeito negativo dos acordos de distribuição exclusiva. A redução na variedade de produtos disponíveis pode assemelhar-se a uma redução de qualidade do bem, vindo, então, a prejudicar o consumidor. Este tipo de acordo aumenta os custos de troca e de procura. Kay (1990, p. 288) coloca que havendo somente uma marca de cerveja disponível no bar, aumentariam tanto “[...] os custos

⁵⁹ *Pepsi Co, Inc. v. Coca Cola Co.*, 114 F. Supp. 2d 243 (S.D.N.Y. 2000), appeal pending, No. 00-9342 (2d Cir. argued Oct. 11, 2001) apud Jacobson (2002, p. 336).

⁶⁰ *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997) apud Jacobson (2002, p. 328).

relacionados à troca de uma marca pela outra, quanto aqueles relacionados à obtenção de informações relativas aos preços das diferentes marcas.”

A opção de escolha é mais importante/valorizada em alguns contextos do que em outros. Para produtos que são diferenciados pelo seu conteúdo, características, qualidade ou preço, a quantidade de opções disponíveis de escolha é de fundamental importância. Em produtos *commodities* a variedade de escolha pode ser insignificante. Para definir em que medida a redução da variedade de produtos ofertados prejudica o consumidor, Jacobson (2002, p. 357) aponta que: “Uma forma de avaliar a questão é focalizar os princípios *horizontal merger law*.” Estabelece um comparativo mostrando que, em um mercado bem definido e com significativas barreiras à entrada, se uma determinada fusão horizontal reduz o número de competidores de três para dois, o efeito é muito mais danoso do que se reduzisse de dez para nove competidores. O mesmo entendimento, portanto, pode ser usado diante de uma redução na variedade de produtos devido ao estabelecimento de vendas exclusivas.

4.5.1.4 Implementação de Condutas Colusivas

A implementação de condutas colusivas, tendentes usualmente à cartelização, no mercado “de origem”, podem ser utilizadas como instrumento de divisão no mercado entre produtos substitutos. Quando em conjunto com a prática de fixação dos preços de revenda (*RPM*), a adoção de CECD pode facilitar um comportamento de colusão entre fabricantes. Considerando a existência de um mercado de fabricantes oligopolistas interessados em praticar conluio em preços, como o preço praticado pelas vendas ao consumidor final é de mais fácil monitoramento do que o conhecimento do preço praticado entre fabricantes e vendas, a *RPM* pode ser utilizada com o objetivo de reduzir o incentivo que cada fabricante oligopolista teria de burlar o preço acertado em um cartel. Entretanto, mesmo sob as condições de *RPM*, os fabricantes poderiam subornar os revendedores que comercializam seus produtos para concentrarem os esforços de venda nos produtos de sua fabricação, em prejuízo dos fabricantes rivais. Este tipo de burla pode ser eliminado pela adoção de CECD. Os fabricantes estariam, portanto, utilizando estas duas restrições verticais como instrumento de divisão de mercado entre produtos substitutos.

4.5.2. Efeitos Pró-competitivos

Os efeitos pró-competitivos das cláusulas de exclusividade estão baseados no aumento de eficiência na alocação de recursos e na redução dos custos de transação.

4.5.2.1. Proteção contra o *Free-riding Interbrand*

Os acordos de exclusividade podem promover a proteção aos direitos de propriedade do fabricante evitando condutas oportunistas (proteção contra o *free-riding interbrand*) em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologia, e na proteção de ativos específicos. Os contratos de distribuição exclusiva podem impedir a apropriação, por terceiros, de parte da demanda gerada pelo esforço de venda de fabricantes em distribuidores. Ao impedir que seus distribuidores comercializem produtos dos rivais, o fabricante cria “direitos de propriedade” sobre os esforços de venda que realiza através dos distribuidores de seus produtos. Eliminar o *free-riding*, permitindo que o agente econômico que realiza o gasto de provisão do ativo se aproprie da totalidade de seus benefícios, tudo o mais constante, provoca o aumento da oferta e do consumo de bens, implicando um incremento do bem-estar agregado.

4.5.2.2. Estímulo ao Esforço de Vendas do Distribuidor

Os acordos de exclusividade garantem segurança aos fabricantes de que seus produtos serão comercializados com o máximo de energia e entusiasmo, pois quando restritos a um determinado fabricante, os revendedores não podem permanecer indiferentes a qual marca os consumidores adquirem.

4.5.2.3 Redução dos Custos de Monitoramento

Carlton e Perloff (2000, p. 397) descrevem a relação entre fabricante e distribuidor como uma relação agente-principal, onde o principal contrata o agente para desempenhar certa atividade, mas não possui o controle total sobre a realização desta. Neste caso, o fabricante (principal) contrata com distribuidores (agentes) a venda de seus produtos. Porém,

o fabricante não consegue observar perfeitamente os esforços de venda dos distribuidores e verificar se, de alguma forma, eles tentam obter vantagens.

Jacobson (2002, p. 360) explica que fabricantes, preocupados com potenciais comportamentos oportunistas de revendedores que negociam produtos de rivais, devem incorrer em significativos custos no monitoramento destes distribuidores e na adoção de medidas preventivas. Frasco (1991, p. 9) conclui, então, que deve ser menos dispendioso monitorar e detectar violações de um acordo quando a exclusividade é exigida.

4.5.2.4 Acordos de Exclusividade como Alternativa à Integração Vertical

Carlton e Perloff (2000, p. 396) perguntam “Por que são utilizadas restrições ao invés da integração vertical?” A freqüente opção dos fabricantes em confiar a firmas independentes a distribuição de seus produtos, ao invés de realizá-la eles próprios, deve-se a que os custos de monitoramento/acompanhamento de seus empregados excederia aos custos do uso de firmas independentes. É o caso de distribuidores localizados distantes, quando os custos relacionados a viagens de gerentes e o tempo necessário à familiarização com as condições do mercado local, para a avaliação da eficiência do distribuidor, são significativos.

Jacobson (2002, p. 360) destaca que alguns fornecedores escolheriam a integração vertical se lhes fosse negada a opção de contratos de distribuição exclusiva. Ele acrescenta que, ao invalidar os contratos de distribuição exclusiva no caso *Standard Stations*⁶¹, o juiz Douglas comentou que a integração vertical através da fusão é freqüentemente menos eficiente e mais custosa quando comparada à integração parcial alcançada pelos contratos de distribuição exclusiva.

4.5.2.5 Confidencialidade

Fabricantes freqüentemente fornecem aos distribuidores (i) informações confidenciais, como fórmulas e receitas, (ii) informações estratégicas, como o planejamento de programas promocionais, e (iii) algumas informações instrutivas, como técnicas de treinamento ou os resultados de pesquisas sobre consumidores. Os acordos de distribuição exclusiva podem evitar o mau uso destas informações pelos distribuidores na negociação de marcas competitivas.

⁶¹ *Standard Oil Co. (Cal.) v. United States*, 337 U.S. 293, 298 (1949) apud Jacobson (2002, p. 320).

Segundo Steuer (1983, p. 131), o ato de apropriar-se indevidamente de informações secretas do fornecedor em benefício de outras marcas é uma variação de *free-riding* intermarcas. Cita o caso *Joyce Beverages v. Royal Crown Co.*⁶² como um exemplo onde o engarrafador se defrontaria, caso resolvesse distribuir tanto a Royal Crown Cola como a Like cola (refrigerante da Seven-up Company), com dificuldades em preservar a confidencialidade das estratégias de mercado de cada uma das duas empresas. A corte concluiu que a exclusividade preveniria esta situação e considerou legal o acordo de distribuição exclusiva contestado pela Joyce. A decisão de outros casos por cortes norte-americanas sugere que os acordos de distribuição exclusiva podem ter, a longo prazo, efeitos pró-competitivos na proteção de acordos secretos.

4.5.2.6 Garantia da Qualidade

As CECD são também efetivas em prevenir que um distribuidor comercialize um produto inferior como sendo um produto de um fabricante mais qualificado.

No caso *Sylvania*⁶³, a Suprema Corte norte-americana ressaltou que sua decisão estava baseada, não apenas na eliminação de um possível *free-riding*, mas também na maior eficiência no controle de qualidade trazida pelas cláusulas de exclusividade.

A eficiência do mercado não é a única razão legítima para que um fabricante busque o controle sobre a forma como os seus produtos e serviços associados são disponibilizados ao consumidor. Como resultado dos estatutos e do desenvolvimento do direito consuetudinário, a sociedade, progressivamente, espera que os fabricantes assumam responsabilidade direta pela segurança e qualidade dos produtos que coloca no mercado.⁶⁴

No caso *Sinclair*⁶⁵, a Suprema Corte norte-americana concordou com a alegação de parte das empresas refinadoras de gasolina onde, na ausência da obrigatoriedade da venda exclusiva da marca de gasolina referida nas bombas e letreiros dos postos de combustíveis, uma gasolina de qualidade inferior poderia ser comercializada.

⁶² 555 F. Supp. 271 (S.D.N.Y. 1983) apud Steuer (1983, p. 131).

⁶³ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 52 n.19 (1977) apud Steuer (1983, p. 102).

⁶⁴ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 55 n.23 (1977); accord *National Soc'y of Professional Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 688, 696 n.22 (1978) apud Steuer (1983, p. 131-2).

⁶⁵ 261 U.S. at 475-76 apud Jacobson (2002, p. 359).

A mesma visão de eficiência das vendas exclusivas também é válida quando distribuidores licenciados fabricam produtos de uma marca registrada. Segundo Steuer (1983, p. 132) “[...] é mais fácil manter um controle de qualidade se o distribuidor estiver limitado à comercialização de apenas uma marca de produtos.” A substituição por ingredientes não autorizados é uma preocupação constante nestes casos e a comercialização de diversas marcas pelo distribuidor torna o controle pela empresa licenciadora mais difícil e custoso.

4.5.2.7 Redução de Incertezas Relacionadas ao Fornecimento/Compra em Contratos de Longa Duração

Certas circunstâncias econômicas como (i) a redução de custos possibilitada pela especialização dos recursos de produção, (ii) a facilitação de um planejamento confiável e (iii) a estabilização dos níveis de produção, tornam desejável o estabelecimento de grandes contratos de fornecimento. Tais contratos caracterizam-se por envolver grandes quantidades de um determinado bem, possivelmente por tratarem-se de contratos de longa duração.

Quando a determinação das quantidades a serem transacionadas torna-se muito custosa em razão das condições de incerteza que envolvem demanda e fornecimento, os contratos de exclusividade podem reduzir a parcela desta incerteza referente à porção do fornecimento/da demanda total que será alocado(a) para um determinado comprador/fornecedor.

Os contratos de fornecimento de carvão de longa duração (20 anos) estabelecidos no caso *Tampa Electric*⁶⁶ forneceram garantias a esta empresa que possibilitaram investimentos no aumento da capacidade de produção através da implantação de uma nova tecnologia.

4.5.2.8 Redução dos Custos da Variedade

A adoção de acordos de exclusividade traz para as vendas a redução de seus custos relacionados à administração da variedade de produtos recebidos de diferentes fabricantes. Evitam-se os custos de negociação que ocorreriam com fabricantes adicionais e, também, o estoque de produtos fora de linha. Segundo Bork (1978, p. 307): “Não desejamos uma variedade que custe mais do que o necessário.” O mesmo vale quando a exclusividade recai sobre os fabricantes.

⁶⁶ *Tampa Elec. Co. vs. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961) apud Jacobson (2002, p. 312).

4.5.2.9 Facilitação do Estabelecimento de uma Nova Marca

O estabelecimento de uma nova marca registrada ou da imagem da marca pode ser facilitada pela adoção de CECD. É o caso quando o produtor de um determinado bem requer características de seus revendedores diferentes daquelas requeridas por outros fabricantes.

4.6 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO

O caso entre a Ben and Jerry (PASHIGIAN, 1998, p. 511), um pequeno fabricante de sorvetes finos em fase de expansão nos Estados Unidos; e a Haagen-Dazs, uma das pioneiras e líder nacional deste mercado à época, ao tratar do problema de *free-riding* entre fabricantes, ilustra a teoria desenvolvida por Marvel (1982), sobre a criação de direitos de propriedade relativos aos investimentos do fabricante, sua importância e influência.

Mesmo aumentando seus custos de distribuição (redução de escala), a Haagen-Dazs proibiu seus distribuidores de comercializarem outras marcas, por quê? A razão desta atitude encontrava-se no fato de que a Haagen-Dazs, ao iniciar suas atividades, havia desenvolvido pesquisas de mercado, identificando pontos (locais) de demanda e convencendo gerentes de lojas a estocarem seus produtos. Havia, portanto, investido consideráveis recursos na identificação e desenvolvimento do mercado de sorvetes finos. As rotas utilizadas por seus distribuidores para abastecer os pontos de venda, e a localização destes, representavam valiosas informações para os competidores. O objetivo da Haagen-Dazs, longe de visar estabelecer um monopólio, era apenas o de manter a propriedade sobre as informações geradas a partir dos seus investimentos.

Por outro lado, a questão “Por que existem revendedores?”, elaborada por Church e Ware (2000, p. 690), vem a demonstrar a importância da teoria dos serviços especiais (TELSER, 1960).

Uma vez que canais de compra via postal ou internet estão disponíveis à maioria dos produtos manufaturados, qual seria a necessidade da existência de revendedores? A resposta a esta pergunta encontra-se na prestação de serviços especiais pela revenda, considerados, em alguns produtos, de grande importância pelos consumidores. A revenda, portanto, não tem sua função limitada à simples colocação de preços; ao contrário, ela é capaz de contribuir decisivamente na promoção da competição. Assim, atividades como a explicação das complexas funções de produtos eletrônicos, a oportunidade de experimentar roupas antes da

compra ou de realizar um *test-drive* em automóveis, agregam valor ao produto, diferenciando-os e influenciando significativamente a decisão de compra do consumidor.

As questões apresentadas tratam, respectivamente, das duas teorias que embasam a adoção de CECD como estratégia geradora de eficiências. Assim, as cláusulas de exclusividade, em um primeiro momento, atuam protegendo o investimento do fabricante (MARVEL, 1982). Este investimento, segundo a teoria dos serviços especiais (TELSER, 1960), ao agregar valor ao produto, aumenta a sua demanda. O aumento de demanda, originado a partir deste processo, será disputado pelas revendas exclusivas, as quais aumentaram seu nível de esforços e de investimentos na comercialização do produto com o objetivo de absorvê-la. Percebe-se, portanto, que ambas as teorias se complementam na explicação dos efeitos pró-competitivos gerados através da adoção de cláusulas de exclusividade. Mais do que isso, verifica-se, tanto a promoção da competição intermarcas, como da intramarcas.

Entretanto, lembra-se que a decisão pela estratégia mais adequada, revendas exclusivas ou multimarcas, deve-se basear na avaliação da quantidade de valor agregado ao produto devido à prestação do serviço. Quando o aumento de demanda devido à prestação do serviço especial superar a demanda decorrente da variedade de produtos ofertados, a estratégia da exclusividade mostrar-se-á mais eficiente.

Percebe-se, deste modo, que a natureza do produto é determinante na opção estratégica. Tanto Marvel (1982), ao classificar os produtos de acordo com a importância da opinião do revendedor na decisão de compra do consumidor; quanto Steuer (1983), ao identificar os produtos como de *shopping* ou de conveniência, trataram da questão de como as CECD, para produtos onerosos, de compra não habitual e onde a opinião do revendedor tenha forte influência na decisão de compra do consumidor, podem atuar evitando a possibilidade de *free-riding* por fabricantes rivais.

Além do tipo de produto, outros fatores que influenciam a intensidade dos efeitos decorrentes da adoção CECD foram abordados neste capítulo. Quanto ao tempo de duração dos contratos, Marvel (1983) observou que, mesmo quando as economias de escala ao nível de fabricação fossem significativas para requerer uma ampla distribuição, os contratos de exclusividade, por serem normalmente de curta duração, permitiriam novas entradas com baixa dificuldade.

Ao tratar das barreiras à entrada, efeito anticompetitivo atribuído à adoção de CECD, Marvel (1982) considerou que as CECD não teriam capacidade de impor significativos obstáculos à entrada de fabricantes competidores no mercado sem a participação de uma

significativa parte de distribuidores. Observou, ainda, que dificilmente ocorreria conluio entre o fabricante líder e outros menores. Segundo ele, o fato das revendas multimarcas serem mais lucrativas (maior variedade, maior volume de vendas, menor custo unitário), representa uma vantagem competitiva para os fabricantes menores. Portanto, estes não teriam incentivo para seguir o fabricante líder, adotando a distribuição exclusiva, em uma estratégia voltada a compartimentar o mercado. Steuer (1983), por outro lado, relacionou o percentual de fechamento do mercado com o grau de fidelidade dos consumidores à revenda. Identificou tipos de revenda (“bar da vizinhança”) onde, em função de sua localização ou qualidade dos serviços ou pessoal, o efeito do fechamento seria mais expressivo (prejudicial à concorrência).

Jacobson (2002), por sua vez, salientou a importância da existência de canais alternativos de distribuição no enfraquecimento de argumentos de fechamento de mercado ou de aumento do custo de rivais. Steuer (1983) observou, também, que os canais alternativos criam uma nova dimensão na competição, ao oferecerem ao consumidor, não apenas uma nova marca, mas uma nova opção de entrega.

Li e Dant (1997) verificaram que os revendedores exclusivos estabelecem e mantêm relações mais próximas com seus fabricantes do que quando comparadas às estabelecidas por revendedores multimarcas. Atribuem este resultado ao comprometimento e investimentos realizados pelos fornecedores no canal de distribuição. Iglesias e Vázquez (2001) observaram que as atitudes cooperativas por parte dos fornecedores são mais valorizadas pelos distribuidores exclusivos do que resultados a curto prazo. Chegaram a interpretar Li e Dant (1997) como se estes houvessem considerado os acordos de distribuição exclusiva entre fabricante e distribuidor como uma forma de governança bilateral, em razão do elevado nível de cooperação normalmente atingido nesta relação.

Uma vez verificada a parte teórica dos efeitos relacionados à adoção de CECD e entendido seus mecanismos, considera-se importante realizar um estudo de casos práticos com o objetivo de verificar quais são os fatores considerados importantes e de que forma os efeitos são ponderados na avaliação da legalidade deste tipo de restrição vertical.

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DE CASOS QUE ENVOLVEM CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

O objetivo deste capítulo é identificar, de forma prática, os fatores considerados determinantes na análise da legalidade dos contratos de distribuição com cláusulas de exclusividade, ou seja, quais os aspectos tidos como preponderantes pelos órgãos responsáveis pela aplicação da legislação antitruste para o embasamento de suas decisões.

Pretende-se conhecer, também, o que é oferecido por cada uma das partes na celebração dos contratos, importante ponto ao entendimento das vantagens dos mesmos, tanto para fabricantes, como para as revendas. Verificar se os contratos são questionados pelas próprias partes envolvidas, o que demonstraria uma relação agente-principal conflituosa na diferença de interesses entre ambos; ou se por terceiros afetados (rivals ou órgãos de defesa da concorrência), que de alguma forma se sentem prejudicados.

A metodologia de estudo de casos permite, através da exemplificação, o aprofundamento de cada situação, possibilitando o conhecimento dos diferentes aspectos envolvidos na relação entre os participantes de contratos de exclusividade e na relação destes com o mercado. Possibilita, também, verificar os efeitos destes contratos sobre os participantes, sobre as empresas competidoras e, finalmente, sobre o consumidor.

Para isto, inicia-se o capítulo analisando sete casos norte-americanos julgados ao longo do último século, os quais foram escolhidos em razão do destaque recebido na literatura antitruste do respectivo país, abordando-se a evolução do entendimento legal norte-americano sobre contratos de exclusividade. Antes, entretanto, identifica-se a legislação antitruste americana adequada aos contratos de exclusividade. Constata-se, também, que, diferentemente das restrições territoriais, este tipo de restrição vertical, nos Estados Unidos, nunca foi considerado ilegal *per se*.

Na segunda parte do capítulo, após a apresentação da legislação brasileira antitruste referente aos acordos de exclusividade, são estudados seis casos. Nos casos brasileiros, entretanto, mais do que procurar o conhecimento da evolução da legislação que trata do assunto, procura-se verificar a aplicação dos conceitos econômicos e jurídicos relacionados ao antitruste, os quais em grande parte foram desenvolvidos nos Estados Unidos.

Na terceira e última parte deste capítulo, aplica-se a metodologia desenvolvida por Dobson e Waterson (1996), e apresentada no capítulo 3 desta dissertação, a dois dos casos brasileiros antes citados. Objetiva-se, com isto, consolidar os aspectos importantes referentes à análise da eficiência econômica relacionada à adoção de contratos de distribuição exclusiva.

5.1 OS ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE SOB A VISÃO DAS LEIS ANTITRUSTE NORTE-AMERICANAS.

“O parágrafo 3º do *Clayton Act* é o ponto central da legislação relacionada à distribuição exclusiva.” (STEUER, 1983, p. 104).

O citado parágrafo do *Clayton Act* explicitamente condena os contratos de distribuição exclusiva: “Será declarada fora-da-lei qualquer pessoa engajada em negócios [...] que exigir concordância dos compradores [...] para não usar os bens [...] de um concorrente[...]”, desde que os efeitos de tais contratos “... possam reduzir substancialmente a concorrência ou tenham tendência a criar um monopólio” A *FTC*, os tribunais de apelação ou a Suprema Corte têm, sistematicamente⁶⁷ sob este parágrafo, analisado e julgado os casos de revenda exclusiva.

Em *FTC vs. Brown Shoe Co* (1966), o parágrafo 5º do *Federal Trade Commission Act* foi utilizado para considerar os contratos de distribuição exclusiva como prática de comércio desleal, visto que “A Suprema Corte declarou sob o parágrafo 5º que a Comissão possui o poder de considerar ilícitas práticas comerciais que entrem em conflito com os princípios básicos das leis *Sherman* e *Clayton*, mesmo quando estas práticas não violem tais estatutos.” (BORK, 1978, p. 302-3).

Alguns autores consideram que “Em relação ao *Sherman Act*, os contratos de distribuição exclusiva podem ser julgados sob o parágrafo 1º quando um ‘contrato, combinação [...] ou conspiração, em restrição ao comércio [...]’ estiver envolvido, e sob o parágrafo 2º quando a questão for de monopolização.” (FRASCO, 1991, p. 28) e “[...] e, quando ‘commodities’ não estiverem envolvidas, o parágrafo 1º do *Sherman Act*, [...]” (STEUER, 1983, p. 103) deverá regular a distribuição exclusiva.⁶⁸

Este regulamento (parágrafo 1º do *Sherman Act*), entretanto, parece ser bastante aplicado quando restrições territoriais aparecem junto a contratos de distribuição exclusiva.

⁶⁷ *Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co.* (1922), *Standard Oil Co. of California (Standard Stations) vs. United States* (1949), *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co.* (1961), *Federal Trade Commission vs. Brown Shoe Co.* (1966), entre outros importantes casos de revenda exclusiva.

⁶⁸ *American Motor Inns, Inc. sv. Holiday Inns, Inc.* (1975).

De fato, parece existir confusão na análise destes dois tipos diferentes de restrições verticais. Os posicionamentos de Steuer (1983, p. 102-3), no sentido de que “A literatura econômica e de negócios faz confusão entre estes termos [...]” e, também, “Embora *Beltone*⁶⁹ tenha avançado na análise de distribuição exclusiva de forma apreciável, não foram completamente esclarecidas as diferenças entre a análise aplicada ao caso *Sylvania*⁷⁰, envolvendo um tipo de restrição territorial, e a análise que um acordo de distribuição exclusiva requer” (STEUER, 1983, p. 103), evidenciam esta situação.

As restrições territoriais, então, normalmente presentes nos contratos de franquias exclusivas, estão sujeitas ao parágrafo 1º do *Sherman Act*.

Como compensação à revenda pela disposição em adotar a distribuição exclusiva e, em algumas vezes sem nenhuma contrapartida, fabricantes podem conceder a seus distribuidores franquias exclusivas. Estas normalmente limitam a competição que os franqueados exclusivos terão de enfrentar perante outros distribuidores do mesmo fabricante – por exemplo, restringindo o número de distribuidores franqueados em uma determinada área, ou confinando os distribuidores a territórios específicos ou a classes de consumidores. A legalidade destes arranjos são estabelecidos pelo parágrafo 1º do *Sherman Act*. (SCHERER; 1980, p. 586).

Ou ainda, “Em alguns casos os fornecedores foram mais adiante, delineando os territórios nos quais revendedores determinados podem atuar e os consumidores aos quais eles podem atender. Agindo desta forma, correm o risco de violar o *Sherman Act*.” (SCHERER, 1980, p. 588). Assim, quando os revendedores, em comum acordo, decidem não interpenetrar um no mercado do outro ou não atender aos mesmos clientes, ou quando induzem o fabricante a impor sobre eles tais restrições, esta lei é violada e as mesmas são consideradas ilegais *per se*. E ainda em “Próximas ao limite, mas ainda consideradas ilegais *per se* pela Suprema Corte, foram as restrições territoriais implementadas pela *Topco Associates*” (SCHERER, 1980, p. 589), percebe-se que as restrições territoriais, portanto, já foram consideradas ilegais *per se*.

A este ponto, constata-se que, diferentemente das práticas de restrições territoriais e de vendas casadas, os contratos de distribuição exclusiva nunca⁷¹ foram, perante a legislação antitruste norte-americana, tratados como ilegais *per se*: “[...] mas em contraste com a prática de venda casada, a qual o parágrafo 3º também rege, ela nunca foi considerada ilegal *per se*.”

⁶⁹ [1979-83 Transfer Binder] Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 21,939 (F.T.C. 1982).

⁷⁰ *Continental T.V., Inc. vs. GTE Sylvania Inc.* (1977).

⁷¹ “Antes de *Standard Fashion*, a *Federal Trade Commission* havia aplicado uma regra virtual *per se* de ilegalidade a arranjos de distribuição exclusiva sob o parágrafo 3º a diversos casos” (Steuer, 1983, p.105). Portanto, conclui-se que Steuer, ao utilizar a expressão “nunca” referia-se, não a um órgão administrativo, mas a uma posição do Poder Judiciário.

(STEUER, 1983, p. 102). Reforçando esta constatação, vem a análise do caso *Standard Stations* realizada por Bork (1978, p. 300), onde “A questão era se a regra *per se* aplicada aos contratos de ‘venda casada’ no caso *International Salt* poderia também ser aplicada à distribuição exclusiva.” Bork (1978) apresenta uma declaração do juiz Frankfurter, o qual salienta a existência de importantes diferenças econômicas entre a prática de vendas casadas e os contratos de distribuição exclusiva. Segundo este juiz, “Acordos de ‘venda casada’ dificilmente servem a algum propósito além da supressão da competição”, por outro lado, “os contratos de distribuição exclusiva [...] podem ser uma vantagem econômica tanto para compradores, quanto para vendedores, e, portanto, indiretamente, uma vantagem para os consumidores.” Diante de suas observações, o juiz Frankfurter concluiu que o caso em questão não poderia ser tratado de forma semelhante ao caso *International Salt*. Jacobson (2002, p. 319) também confirma esta questão ao afirmar que: “[...] a Suprema Corte deixou claro em *FTC v. Sinclair Refining Co.*, que o parágrafo 3º não estabelece uma regra *per se* relacionada à ilegalidade de acordos de distribuição exclusiva.”

Steuer (1983, p. 103) tenta resumir a aplicabilidade dos diversos estatutos legais antitruste norte-americanos aos contratos de distribuição exclusiva, quando observa que: “O parágrafo 3º do *Clayton Act* é aplicado apenas a ‘commodities’ e o *FTC Act* não é aplicado a questões privadas. Portanto, casos privados de distribuição exclusiva que envolvam serviços mais do que commodities devem ser tratados sob o *Sherman Act*.” Bork (1978, p. 299), entretanto, critica qualquer tentativa de diferenciar o entendimento legal da distribuição exclusiva sob o parágrafo 3º do *Clayton Act* ou o parágrafo 1º do *Sherman Act*, ao observar que “O Parágrafo 1º do *Sherman Act* [...] tem aplicado uma doutrina distinguível daquela do parágrafo 3º do *Clayton Act* apenas por um metafísico”. Jacobson (2002, p. 327) corrobora o entendimento de Bork, ao afirmar que, após a decisão do caso *Tampa*, a distinção entre os parágrafos das duas leis antes mencionadas tornou-se elusiva e desapareceu quase que por completo. O mesmo autor conclui acrescentando que: “O foco atual é se a distribuição exclusiva é anticompetitiva a partir da ‘regra da razão’. Qual o estatuto usado como base para o julgamento não representa um problema real.” (JACOBSON, 2002, p. 327).

Após a análise da legislação antitruste apropriada a cada caso, é importante verificar a intensidade de sua aplicação e a evolução do entendimento legal a respeito dos contratos de distribuição exclusiva ocorrida nos Estados Unidos durante o último século. Partindo-se de citações como: “[...], a lei tem tratado estas formas de integração vertical por contrato de forma tão severa quanto ela trata a fusão vertical [...]. O início [...] desta visão excessivamente severa no tratamento da distribuição exclusiva provavelmente esteja localizado na opinião

proferida pelo Juíz Frankfurter [...] no julgamento do caso *Standard Station* em 1949 pela Suprema Corte.” (BORK, 1978, p. 299) e “Os limites legais para os vendedores utilizarem acordos de distribuição exclusiva têm sido progressivamente reduzidos através de uma série de decisões judiciais.”(SCHERER, 1980, p. 588), poderíamos deixar escapar o progresso da percepção dos organismos de defesa da concorrência norte-americanos sobre as eficiências econômicas promovidas pela implementação de tais acordos.

Para tanto, analisaremos uma seqüência de importantes casos. “A Suprema Corte defrontou-se pela primeira vez com acordos de distribuição exclusiva no contexto da distribuição em 1922, no caso *Standard Fashion Co. vs. Magrane Houston Co.*” (STEUER, 1983, p. 105). Por abranger 40% de todas as vendas de padrões de tecidos dos Estados Unidos e por impedir o acesso de fabricantes rivais aos distribuidores mais bem preparados, os contratos de distribuição exclusiva foram considerados ilegais neste caso, o qual simboliza um período de predominância da “participação de mercado” como fator decisório. Pronunciamentos subseqüentes deslocaram a margem de tolerância estrutural para níveis ainda mais baixos. No caso *Standard Oil Co. vs. United States*, de 1949, foi introduzida a regra do “quantitative substantiality”, na qual o critério de ilegalidade estava inteiramente baseado no percentual de distribuidores abrangidos pelos contratos (*foreclosure*). A Corte, então, invalidou os acordos de distribuição exclusiva entre a *Standard Oil Co.* e distribuidores independentes que abrangiam 16% do mercado. Em 1966, no caso *F.T.C. vs. Brown Shoe, Inc.*, a Corte radicalizou ainda mais e considerou que o percentual de fechamento de mercado tinha pouca ou nenhuma importância e que os acordos de distribuição exclusiva entre o segundo maior fabricante de calçados norte-americano e 650 vendas violavam o *Federal Trade Commission Act* simplesmente porque tais acordos impediam o acesso de outros fabricantes a um “número significativo” de distribuidores. Esta linha de decisão, baseada apenas em um número absoluto, embora aplicada pela *FTC* em alguns casos ao final dos anos de 1960 e início da década de 1970, teve pouca penetração e influência. No ano de 1961, cinco anos antes do *Brown Shoe*, em *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co.*, a Corte rejeita o teste do “quantitative substantiality”, reduzindo a ênfase nos dados de fechamento de mercado e dando maior importância aos efeitos do contrato na área do mercado relevante. Esta regra tornou-se conhecida como “qualitative substantiality”. A Suprema Corte, após redefinir o mercado relevante no caso mencionado, encontrou um percentual de apenas 0,77% de fechamento, o qual considerou insuficiente para representar uma violação ao parágrafo 3º do *Clayton Act*. Este caso teria significado o início de um novo padrão de análise caso as cortes não tivessem continuado a insistir na utilização do critério do percentual de *foreclosure*

por um longo período. É, portanto, somente a partir do caso *Continental T.V., Inc., et al. vs. GTE Sylvania, Inc.*, de 1977, que a Corte utiliza seu novo entendimento, segundo o qual os contratos de distribuição exclusiva poderiam promover a competição intermarcas ao permitir que fabricantes alcançassem eficiências na distribuição. Em 1982, “A mais recente e significativa decisão sobre *exclusive dealing* no contexto da distribuição é a opinião da *FTC* no caso *Beltone Eletronics Corp.*” (STEUER, 1983, p. 108), a Comissão aprovou a legalidade das CECD e restrições territoriais que a Beltone, um fabricante de aparelhos auditivos, impôs sobre 7 a 8% dos distribuidores nos Estados Unidos. “De fato, *Beltone* representa a coalescência do padrão ‘qualitative substantiality’ de *Tampa Eletric*, da estrutura de análise de restrições verticais de *Sylvania*, e dos princípios econômicos da ‘Escola de Chicago’.” (STEUER, 1983, p. 108). Entretanto, é a partir de 1997, em *Omega Environmental, Inc. vs Gilbarco, Inc.*, que tem início uma nova e atual etapa de decisões sobre distribuição exclusiva pelas cortes norte-americanas. Estas passam a focar os efeitos do “poder de mercado” da empresa ré, e não mais o percentual de *foreclosure*, como fator decisório à determinação da legalidade destes acordos de exclusividade. Apesar de 38% de fechamento de mercado, a corte de apelação considera o caso favorável à Gilbarco, empresa fabricante de bombas de combustível automáticas, em razão da existência de canais alternativos aos competidores desta.

5.1.1 *Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co* (1922)

A Standard Fashion Company era um fabricante norte-americano de padrões de cortes de tecidos, que estabeleceu contratos de distribuição exclusiva com a Magrane-Houston Co., uma cadeia de lojas. Pelos termos do contrato, a Standard Fashion concordava em (i) fornecer os padrões por 50% do preço de revenda, (ii) semestralmente, trocar os padrões não vendidos por padrões novos a 9/10 do custo, e (iii) ao término do contrato, creditar a Magrane no valor de 3/4 do custo dos padrões não vendidos e devolvidos. Por sua vez, a Magrane concordava em (i) não vender padrões de nenhum outro fabricante durante a duração do contrato, (ii) não vender os padrões a preços diferentes daqueles estipulados (configurando uma prática de fixação do preço de revenda – *RPM*), (iii) não mover seus pontos de venda sem o consentimento por escrito da Standard Fashion Co., e (iv) manter consigo um estoque permanente no valor de pelo menos US\$ 1.000,00 em mercadorias da Standard (a Magrane-Houston pagaria imediatamente o correspondente a metade deste valor, sendo que os outros

US\$ 500,00 permaneceriam sem a efetivação do pagamento, como crédito para a Standard durante a validade do contrato). O contrato previa uma duração inicial de dois anos, podendo ser interrompido somente após seu término, mediante aviso a ser dado nos 30 dias seguintes. Caso contrário, o contrato seria automaticamente renovado por mais dois anos.

Das 52.000 revendas de padrões em tecido no país, 40% eram controladas pela Standard Fashion Co. (mais precisamente a holding que a controlava, junto com outras duas empresas destes padrões). A Standard e seus três maiores competidores controlavam juntos aproximadamente 90% das revendas, sendo que a grande maioria destas trabalhavam sob contratos de exclusividade.

Este caso tem relevância por ser um exemplo no qual o efeito de fechamento atribuído aos contratos de distribuição exclusiva pode ser discutido como uma importante questão econômica.

Existem duas evidências de que os contratos de distribuição exclusiva não tiveram um efeito de fechamento no mercado de padrões de tecido. A primeira, da própria época, consiste de relatos de competição entre os fabricantes pelas revendas mais atraentes. Esta competição desenvolveu-se através de diferenças nas condições de venda oferecidas às revendas. A segunda é observada pela não ocorrência de alterações profundas na estrutura básica deste setor industrial após o banimento dos contratos de exclusividade, permanecendo os altos níveis de concentração de mercado com o passar dos anos.

Verificou-se que, nos anos de 1919/20, houve uma queda na participação de mercado da Standard Fashion com causa, não na carência de revendas exclusivas, mas no desenvolvimento tecnológico da McCall's (empresa concorrente que introduziu padrões de tecidos impressos quando os até então existentes eram perfurados).

Novas entradas ocorreram após a decisão da Corte. A Simplicity Pattern Company foi fundada em 1927 e na metade dos anos de 1950 detinha aproximadamente 50% do mercado, tanto em unidades vendidas, como em faturamento. Em 1975, a Simplicity continuava possuindo uma participação de mercado de 50%, a McCall's havia capturado 35% e a Butterick Company, proprietária da Standard Fashion, respondia pelos 15% restantes.

O acordo existente entre a Standard Fashion e a Magrane, anteriormente referido, foi violado pela última e a Standard a processou para forçá-la a cumpri-lo. Considerando que o acordo violava o parágrafo 3º do *Clayton Act*, a Suprema Corte ratificou a posição da corte de apelação, argumentando que, em pequenas cidades, tais acordos conduziram a um monopólio e, mesmo em grandes cidades, o estabelecimento de contratos de distribuição exclusiva induziria a um ciclo no qual as primeiras compras, restritas a padrões de um único fabricante,

determinariam a moda, realimentando novas compras dos mesmos padrões pelos consumidores, facilitando um processo de monopolização.

Harlan Blake, H. e Jones, W. apud Bork (1978 p. 305) entenderam que, embora não houvesse evidência de uma tendência ao monopólio, o alto nível de concentração verificado nesta indústria, visto que a Standard e seus três principais concorrentes controlavam aproximadamente 90% das vendas, a maioria das quais com contratos de distribuição exclusiva, representava um impedimento aos pequenos fabricantes e aos novos entrantes. Concluem afirmando: “Embora a decisão de *Standard Fashion* não tenha sido necessariamente voltada a evitar o monopólio; ela facilitou significativamente a entrada em uma indústria concentrada e tornou possível uma distribuição mais ampla de linhas competitivas”. (BLAKE, H.; JONES, W. apud BORK, 1978, p. 305).

Bork (1978), contrariando a posição de Blake e Jones, primeiramente argumenta ser incorreto assumir que fosse desejável à indústria possuir um maior número de firmas: Com quatro grandes firmas e um número de outras menores, a indústria estava competitivamente estruturada. Não havia a necessidade de temer a existência de barreiras à entrada.” (BORK, 1978, p. 306). Após, Bork afirma que como o tempo de duração dos contratos era de dois anos, e se os contratos anteriores da Standard com outras 20.800 vendas possuíssem tempos similares, significaria que em média 10.400 vendas estariam liberadas do contrato a cada ano. Se os outros fabricantes possuíssem contratos semelhantes, 50% de todas as vendas deste mercado estariam liberadas a cada ano. Esta situação era ainda mais tranqüila, pois parte dos contratos não era assinada. Isto sem considerar o *turnover* e as novas entradas de vendas.

Finalmente, Bork (1978) desenvolve a idéia de que o uso do poder de mercado para forçar a aceitação dos contratos de exclusividade não seria uma imposição, mas uma compra/aquisição. Estaria se comprando a exclusividade das vendas em troca do fornecimento da linha completa (algo de muito valor para as vendas), com o objetivo, não de alcançar o monopólio, mas de obter esforços especiais de venda dos distribuidores. A Standard poderia cobrar, incluído no preço, o valor de ser a única em fornecer a linha completa. Ao invés, estabelece os contratos de exclusividade.

Bork (1978) ainda contesta a suposição de Blake e Jones (1965), na qual a Standard poderia apoderar-se das vendas mais desejadas ou da única em uma pequena cidade. No caso da única venda em uma pequena cidade (a venda com a melhor localização em uma grande cidade é apenas um exemplo de menor poder de mercado), ela, e não a Standard, estaria em condições de barganhar. A venda teria fornecedores alternativos, a Standard não

teria revendas alternativas para alcançar os consumidores naquela cidade. O monopólio da revenda não se tornaria mais agressivo pelo fato desta comprar exclusivamente padrões da Standard. A exclusividade foi necessariamente comprada, o que significa que a revenda avaliou as condições apresentadas pela Standard, presumidamente em forma de preços mais baixos, contra a desvantagem de negociar apenas com os padrões da Standard, e considerou os benefícios maiores. A vantagem para a revenda é também uma vantagem para os consumidores, porque monopolistas vendem mais a preços menores quando seus custos são menores. Se os consumidores preferissem maior diversidade de padrões a preços maiores, a revenda não aceitaria a oferta da Standard. A decisão da revenda, feita inteiramente em seu próprio interesse, necessariamente reflete o equilíbrio das considerações competitivas que determinam o bem-estar do consumidor.

Percebe-se, portanto, diante dos argumentos expostos, que os contratos de revendas exclusivas teriam sido adotados com o objetivo, não de dificultar ou impedir o acesso de pequenos ou novos produtores ao mercado em questão, mas sim, de proteger os investimentos em “design” das empresas fabricantes. As citações abaixo são importantes ao embasamento de tal argumentação.

A estrutura industrial que emergiu na ausência da distribuição exclusiva era tão concentrada quanto aquela que precedeu a decisão do caso *Standard Fashion*. O exame dos contratos de distribuição exclusiva conduz à conclusão que os mesmos não eram nem inadequados nem pretendiam excluir rivais. Ao invés, seus propósitos pareciam ser o de proteger os investimentos da empresa em novos *designs* de tecidos. Na ausência da proteção para estes investimentos, a indústria respondeu oferecendo *designs* menos atrativos e impondo taxas fixas sobre os distribuidores como forma de cobrar pelos investimentos que ainda realizasse. Portanto, a evidência nesta indústria de tecidos sustenta que a distribuição exclusiva fora adotada, não para limitar a competição, mas para proteger os direitos de propriedade do fabricante. (MARVEL, 1982, p. 16,17).

É bastante claro, portanto, que os contratos em *Standard Fashion* não poderiam ter bloqueado a entrada ou retardado o crescimento de pequenos fabricantes. A mesma conclusão é obtida através da análise econômica. Mais ainda, tudo o que o caso fez foi dismantelar um sistema de distribuição eficiente em razão de um falso medo do monopólio“ (BORK, 1978, p. 307).

5.1.2 *Standard Oil Company of California and Standard Stations, Inc vs. U.S.* (1949)

A Standard era a maior empresa vendedora de gasolina em sete estados localizados na região oeste norte-americana, os quais a Suprema Corte reuniu na denominada “Western area”. Em março de 1947, a Standard estabeleceu contratos de exclusividade com 5.937 distribuidores independentes, correspondendo a 16% do número total de postos de

combustível na “Western area”, o que representava 6,7% das vendas de gasolina realizadas nesta área no ano anterior. A maior parte destes contratos possuía duração de um ano, podendo ser interrompidos ao final de seis meses, desde que com aviso prévio de um mês. Seus seis principais competidores também faziam uso deste tipo de contrato e suas vendas representavam 42,5% do total da gasolina comercializada na “Western area”. O restante das vendas era dividida por mais de 70 pequenas companhias.

A Standard Oil incorreu em significativas despesas em favor de seus revendedores, em forma de (i) empréstimos a juros baixos, (ii) publicidade, (iii) treinamento de pessoal na manipulação dos produtos, (iv) venda de equipamentos a preços baixos, (v) reforma de instalações ou, mesmo, (vi) construção de postos de distribuição.

Observando que “sérias dificuldades deveriam ocorrer” qualquer que fosse a tentativa de aplicar testes econômicos mais complexos, a Suprema Corte considerou que os contratos de distribuição exclusiva deveriam ser julgados primeiramente em função de seus impactos estruturais e que uma violação ao parágrafo 3º do *Clayton Act* poderia ser configurada mediante prova de que houve bloqueio à competição em uma porção substancial do mercado em enfoque. Enfatizando o percentual de 6,7% e o montante anual de US\$ 58 milhões envolvidos na venda de gasolina, a Suprema Corte considerou significativa a fatia de mercado e, portanto, ilegais os contratos. Instituíam-se aí um teste estrutural que serviria de base a futuras decisões judiciais, conhecido por “quantitative substantiality test”.

A decisão da Suprema Corte foi influenciada pelo fato dos 6 principais concorrentes da Standard também utilizarem contratos de distribuição exclusiva e que suas participações de mercado, assim como da própria Standard, estavam se mantendo constantes por um bom tempo. Observa-se tal influência na argumentação do Juiz Frankfurter: “[...] não seria exagerado considerar que seus efeitos tenham sido de possibilitar os fornecedores a manter individualmente suas participações e, ao mesmo tempo, coletivamente, se não colusivamente, evitar novas entradas [...]” (BORK, 1978, p. 301).

A decisão do caso da Standard Oil provê, talvez, o mais proeminente exemplo de como a teoria do “Simple Forclosure⁷²” foi por vezes exposta pelas cortes norte-americanas. Questões como a forma através da qual tais contratos impediriam novas entradas ou capacitariam as empresas existentes a praticarem preços acima dos níveis competitivos não foram adequadamente tratadas. Na tentativa de justificar suas considerações na interpretação da “qualifying clause” do parágrafo 3º do *Clayton Act*, a Suprema Corte argumentou que as

⁷² Frasco, 1991, p. 15.

expressões “may be” e “tend to” originavam-se no fato de o Congresso preferir errar no sentido de assegurar que arranjos anticompetitivos fossem evitados, mesmo com o possível custo de eliminar algum arranjo eficiente. Segundo Frasco (1991, p.30), a ausência de consenso na interpretação de tais expressões vem a ser a principal causa da inconsistência observada nas diversas decisões legais relacionadas ao parágrafo 3º do *Clayton Act*.

Os contratos de revenda exclusiva pretendidos pela Standard Oil Co. visavam evitar a possível prática de *free-riding* por outras empresas vendedoras de gasolina, as quais se beneficiariam dos investimentos de capital realizados pela Standard junto aos postos de combustível. Além disso, a ausência de tais contratos implicava em maiores custos de controle a serem incorridos pela Standard, no sentido de evitar que distribuidores desonestos enganassem os consumidores através da substituição de seus produtos por outros de qualidade inferior.

5.1.3 Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co. (1961)

A Tampa Electric Company era uma empresa privada de utilidade pública voltada à produção e venda de energia elétrica. Atuava na cidade de Tampa, Flórida, e em sua região metropolitana. Operava sob regulação do estado da Flórida e as tarifas que praticava eram fixadas pela “Public Utility Commission of Florida”.

Em 1955, a Tampa Electric decide se expandir através da construção de uma nova planta de geração de energia elétrica, a qual seria constituída de seis unidades geradoras. As duas primeiras unidades foram construídas com tecnologia que utilizava carvão, incorrendo em um custo superior, da ordem de três milhões de dólares, ao correspondente gasto caso optasse pela tradicional tecnologia de óleo combustível.

A Tampa Electric assinou um contrato com a Nashville Coal Company, o qual estabelecia que durante um período de 20 anos, a Tampa Electric Company iria adquirir de forma exclusiva da Nashville Coal Company todo o carvão necessário a estas duas novas unidades geradoras. Nada menos que 225.000 toneladas de carvão por unidade por ano seriam utilizadas por estas duas primeiras unidades geradoras. Se alguma unidade nova fosse construída (além das duas primeiras) e utilizasse carvão como combustível, então a Tampa Electric iria comprar da Nashville Coal todo o carvão que fosse necessário a esta outra unidade geradora até o fim do período deste contrato (20 anos).

A Corte considerou que o contrato entre a Tampa Electric e a Nashville Coal não violava o parágrafo 3º do *Clayton Act*, pois não deveria provocar efeitos prejudiciais à concorrência em razão da fatia de mercado envolvida no contrato ser muito pequena. A Nashville Coal era apenas uma entre 700 empresas que poderiam fornecer carvão à Tampa e o contrato bloqueava apenas 0,77% do mercado relevante a outros fornecedores de carvão. “Um fator determinante no resultado da decisão foi a percepção da Suprema Corte de que o contrato envolvia menos de um por cento do carvão no mercado relevante.” (FRASCO, 1991, p. 30).

O mais importante aspecto neste caso é que a Suprema Corte interpretou o parágrafo 3º do *Clayton Act* de maneira extremamente diferente quando comparado com a sua posição no caso *Standard Stations*. “Ao invés da utilização da doutrina ‘quantitative substantiality’, a Suprema Corte considerou a ponderação econômica” (FRASCO, 1991, p. 31). “No caso *Tampa Electric*, a Corte rejeitou o teste ‘quantitative substantiality’ e utilizou a regra que ficou conhecida como ‘qualitative substantiality’.” (STEUER, 1983, p. 107). Cabe salientar, entretanto, que mesmo sob o critério do “qualitative substantiality”, o *market-share* continuou sendo um fator importante, porém sua interpretação passou a ser mais relativizada e dependente de outras variáveis.

A Corte considerou que os contratos de distribuição exclusiva não seriam ilegais, a menos que “[...] o bloqueio à competição devido ao contrato abrangesse uma parte substancial do mercado relevante, ou seja, as oportunidades de entrada para outros fabricantes, ou sua permanência no mercado, seriam limitadas de forma significativa.” (STEUER, 1983, p. 107). Apesar desta colocação, a Corte, com a utilização da regra do “qualitative substantiality” em suas análises, reduzia a ênfase nos percentuais de fechamento de mercado, dando maior importância ao provável efeito líquido do contrato na área onde a competição efetivamente ocorreria. Passou, portanto, como ela mesmo observa, a levar em conta o tamanho relativo das empresas, o percentual de comércio envolvido na área do mercado relevante e os diversos prováveis efeitos imediatos e futuros que surgiriam a partir da implementação dos acordos de distribuição exclusiva.

Ainda justificando sua decisão diferente em relação a casos anteriores, a Corte pronunciou que “Não há aqui nenhum vendedor com uma posição dominante no mercado como havia em *Standard Fashion*; [...] nem se configura uma prática disseminada na indústria como em *Standard Stations*” (FRASCO, 1991, p. 31).

A opinião da Suprema Corte, neste caso, também levou em consideração o fato de se estar tratando da geração e fornecimento de energia elétrica, uma utilidade pública.

Outro fato importante contribuiu para a posição da Corte. Após a assinatura do contrato, houve um aumento significativo no preço do carvão, tornando o acordo desinteressante para a Nashville Coal Co. Transpareceu, então, a impressão de que a Nashville estava querendo encontrar uma forma de romper o contrato, utilizando-se indevidamente das leis antitrustes para atingir este propósito. Tal situação teria desagradado a Suprema Corte.

Embora Steuer (1983, p. 108), referindo-se à influência da regra do “qualitative substantiality”, considere que “As cortes inferiores tenham aplicado este padrão em numerosos casos subseqüentes, substituindo amplamente a abordagem empregada em *Standard Stations*.” e, ainda, “*Belton* representa a coalescência do padrão ‘qualitative substantiality’ de *Tampa Electric*, [...]”, Bork (1978, p. 301) avalia que “A lei então moveu-se da óbvia inadequação do raciocínio empregado em *Standard Stations* para uma análise paralela da lei de fusões verticais, ganhando, portanto, uma inadequação ainda mais complexa. Em *Tampa*, a Suprema Corte considerou válido um contrato de ‘necessidades’ (*requirements contract*) de vinte anos, mas fez isto baseado em circunstâncias improváveis de ocorrerem com frequência.” E, embora Scherer (1980, p. 586) afirme, referindo-se a um percentual de fechamento de mercado menor do que 1%, “[...] o qual a Suprema Corte diz não ser suficiente para caracterizar uma violação do parágrafo 3º”, Bork (1978, p. 302), referindo-se à Suprema Corte, coloca que:

Não foi dito que um percentual de fechamento de mercado dessa ordem fosse muito pequeno para violar a lei, mas foi salientado que não existia fornecedor com poder dominante de mercado, tampouco práticas disseminadas de contratos de exclusividade; [...]. A suspeição permanece, tendo em vista que em um caso menos impactante, mesmo este pequeno percentual de fechamento pode ser considerado ilegal.

Embora Bork (1978) fundamente seus argumentos na resolução do caso *Federal Trade Commission vs. Brown Shoe Co.* (1966), onde contratos de distribuição exclusiva englobando apenas 1% do mercado relevante foram considerados ilegais, é inegável que a doutrina “qualitative substantiality”, iniciada em *Tampa Electric Co.*, significou uma primeira, importante e influente etapa na utilização sistemática de análises econômicas para o julgamento de casos envolvendo acordos de distribuição exclusiva.

5.1.4 Federal Trade Commission vs. Brown Shoe Co. (1966)

A Brown Shoe Company, uma empresa fabricante de sapatos, estabeleceu acordos de franquia com diversas revendas. Tais acordos obrigavam estas revendas a concentrarem suas compras nos sapatos produzidos por esta empresa. As lojas franqueadas compravam aproximadamente 75% de seus sapatos da Brown, sendo o restante de outras empresas que não disputavam mercado com as linhas da Brown. As revendas permaneciam livres para deixarem o acordo no momento que desejassem. O acordo obrigava a Brown a fornecer às revendas certos benefícios como: (i) material publicitário grátis, (ii) formas facilitadas de pagamento e assistência financeira, (iii) participação em seguros de grupo de baixo custo, (iv) listas de preços baixos nas linhas de sapatos à prova d'água e de lona. Programas semelhantes eram praticados pelos competidores da Brown.

Em 1958 e 1959, a Brown era a segunda empresa em faturamento no setor e a terceira em número de sapatos produzidos; possuindo, no entanto, apenas 5% do mercado.

A *Federal Trade Commission* instaurou processo contra a Brown baseada no parágrafo 3º do *Clayton Act* e, também, no parágrafo 5º do *Federal Trade Commission Act.*, considerando que seu programa de lojas franqueadas constituía uma “prática de concorrência desleal”.

As lojas franqueadas representavam aproximadamente 1% das lojas de sapatos localizadas nos Estados Unidos, e a Comissão, mesmo assim, considerou que tal programa representaria uma obstrução aos fabricantes rivais.

Após a corte de apelação ter revertido a decisão da Comissão, a Suprema Corte reverteu a decisão da corte de apelação e recolocou a decisão da Comissão. A opinião do Juiz Black não estava baseada em nenhuma análise econômica. A Suprema Corte considerou que, sob o parágrafo 5º do *Federal Trade Commission Act*, “a Comissão tinha o poder de declarar práticas comerciais como sendo desleais quando conflitassem com os princípios básicos das leis *Sherman* e *Clayton*, mesmo que tais práticas não violassem estes estatutos.” Sob esta visão, a Corte entendeu que este tipo de contrato reduzia a liberdade de comprar em um mercado aberto.

Aparentemente, alguns serviços oferecidos pela Brown poderiam ser usados pelas revendas para promover sapatos de outras empresas. Além disso, em razão da pequena participação de mercado da Brown, o programa de franquias era meramente um método de competição não baseado em preços. Porém, mesmo não havendo nenhuma forma concebível pela qual o programa de franquias da Brown pudesse ameaçar a concorrência, a doutrina

aplicada pela Suprema Corte não aceitava os contratos de distribuição exclusiva, tratando-os de forma semelhante às fusões verticais. É, portanto, a este caso que Bork (1978) faz referência quando compara a forma de tratamento dispensada aos acordos de distribuição exclusiva àquela aplicada aos casos de fusão vertical. Bork (1978, p. 303) coloca que:

A lei da distribuição exclusiva e dos contratos de ‘necessidades’, se aplicadas através do *Sherman I*, *Clayton 3*, ou *Federal Trade Commission Act 5*, baseia-se na teoria que a competição pode ser prejudicada pelo bloqueio dos rivais quando uma firma se integra verticalmente por meio de contrato. Esta é precisamente a mesma teoria de *foreclosure* que embasa a lei de fusão vertical aplicada sob o *Clayton 7*, o *Sherman I*, ou o *Federal Trade Commission Act 5*.

Na realidade, a Suprema Corte utilizou-se de decisão anterior (*Brown Shoe Co. v. U.S.* de 1962), a qual envolvia um percentual quase idêntico, onde aplicou os princípios da emenda ao parágrafo 7º do *Clayton Act (Celler-Kefauver Act, de 1950)* para bloquear uma proposta de fusão vertical entre a Brown Shoe Company e a G.R. Kinney Company. O discurso proferido na decisão da Corte indicava que uma fatia de mercado combinada de 5%, em uma única cidade, era excessiva, principalmente quando se levava em conta a tendência da época na direção do aumento de concentração nesta indústria. Este caso mereceu um capítulo específico sobre o tratamento legal dado às fusões verticais na obra “The Antitrust Paradox”, de Bork (1978).

5.1.5 Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania (1977)

A Suprema Corte defrontou-se pela primeira vez com restrições territoriais, presentes em contratos de franquia, no ano de 1963. Declarou não possuir suficiente conhecimento/experiência sobre tais práticas para condená-las de imediato como violações *per se* ao parágrafo 1º do *Sherman Act (White Motor Co. vs. U.S., 1963)*. Decidiu enviar o caso à corte distrital, para que uma análise mais aprofundada dos fatos permitisse a aplicação da regra da razão. O caso foi decidido com uma sentença negociada na qual a White Motor, fabricante de caminhões, concordou em retirar as cláusulas restritivas de seus revendedores franqueados. Quatro anos após, a Corte altera sua posição perante este tipo de prática, declarando-a ilegal *per se (U.S. vs. Arnold, Schwinn and Co., 1967)*. Em 1977, no entanto, a Corte reverte novamente sua posição e declara no caso *GTE Sylvania* que tais práticas devem ser julgadas sob a regra da razão.

Antes de 1962, a Sylvania, um fabricante de aparelhos de televisão a cores, vendia a atacadistas, os quais, por sua vez, revendiam para um grande e diversificado grupo de distribuidores. Em um esforço para reverter a perda de 1 a 2% na participação de mercado, a Sylvania adotou um sistema de franquias, através do qual vendia diretamente a um pequeno número de distribuidores selecionados. O número de franquias em cada área era limitado e cada acordo especificava um ou mais locais onde a venda poderia ser realizada. A intenção e o efeito do sistema de franquias claramente eram de reduzir a rivalidade entre os revendedores dos produtos da marca Sylvania. Se em razão do sistema de franquias ter induzido a um maior esforço por parte das revendas, ou devido a outras causas, o fato é que a participação da Sylvania no mercado norte-americano cresceu em 5% em 1965.

A questão com a Continental, um revendedor franqueado de São Francisco, tem origem principalmente na recusa da Sylvania, baseada na cláusula de localização, em permitir que a Continental vendesse seus televisores em um novo local em Sacramento. Baseada no entendimento de que as cláusulas de localização foram consideradas inválidas a partir do caso *Schwinn*, a Continental, após vencer o julgamento na corte distrital e perder na corte de apelação, levou o caso até a Suprema Corte.

Iniciando com a observação do Juíz Powell, sobre cláusulas de localização, “o impacto de restrições verticais no mercado é complexo em razão de seu potencial para uma simultânea redução da competição intramarcas [rivalidade entre vendedores da mesma marca] e estímulo da competição intermarcas [rivalidade com vendedores de outras marcas].” (BORK, 1978, p. 287), a Corte empregou seu novo entendimento, no qual as restrições verticais podem promover a competição intermarcas, permitindo que o fabricante obtenha ganhos de eficiência na distribuição. Acrescentou, ainda, que embora em algum caso particular pudessem ser anticompetitivas, nem no caso *Sylvania* e nem de forma geral havia sido demonstrado que as restrições verticais tivessem algum “efeito danoso à competição”. Considerou, portanto, a regra da ilegalidade *per se* aplicada no caso *Schwinn* inadequada e confirmou a validade das cláusulas de localização.

A partir da análise do caso, e baseando-se nas citações a seguir, podemos afirmar com certeza que a decisão do caso *Sylvania* removeu o rótulo da ilegalidade *per se* das políticas praticadas pelos fabricantes, as quais exigem que seus distribuidores vendam apenas em locais determinados e somente para consumidores dentro de um território específico. Foi instituída uma análise econômica mais sofisticada e de real valor para a decisão da Corte, neste e em futuros casos, afastando posições anteriores de “escravidão” das revendas e igualitarismo entre as partes e evitando argumentos políticos e sociais. Embora tratando da questão central

de restrições territoriais, em *Sylvania*, as mesmas estão inseridas em contratos de franquia exclusiva na forma de cláusulas de localização, e este caso representa uma importante etapa no reconhecimento pela Suprema Corte de que as restrições verticais podem promover a competição.

A grande virtude do caso *Sylvania* não é nem tanto o fato da decisão haver preservado um método de distribuição valioso aos consumidores, apesar disto representar uma evolução bem-vinda; mas a exposição de um alto grau de sofisticação econômica, ao qual não se estava acostumado, e a introdução de uma abordagem que, se aplicada, é capaz de tornar o antitruste uma política racional e favorável ao consumidor. (BORK, 1978, p. 287).

A decisão no caso *Sylvania* é importante não apenas por ter alcançado um resultado correto ao realizar considerações e ponderações favoráveis à eficiência econômica e bem-estar do consumidor pela primeira vez em décadas. É também uma evolução esperançosa por evitar os argumentos sociais e políticos e ignorar temas como ‘escravidão’ da revenda e igualitarismo entre as partes, tão proeminentes nas jurisprudências das Cortes precedentes. (BORK, 1978, p. 419).

Instituindo o critério da regra da razão no caso *GTE Sylvania*, a Corte reconheceu que as restrições verticais podem promover a competição. (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 639).

As futuras análises da Corte sobre distribuição exclusiva irão presumidamente incorporar sua decisão no caso *GTE Sylvania*, na qual ela reconhece que as restrições verticais podem, algumas vezes, promover a competição. (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 640).

5.1.6 Beltone Eletronics Corp. (1982)

Relevante decisão sobre acordos de exclusividade no contexto da distribuição é a opinião da *Federal Trade Commission* em *Beltone Eletronics Corp.* A Comissão aprovou a legalidade das CECD e das restrições territoriais que a Beltone, fabricante de aparelhos auditivos, impôs a 7 ou 8% das revendas nos Estados Unidos. As restrições afetavam aproximadamente 16% do total das vendas destes aparelhos.

A decisão do caso *Beltone* sinaliza uma mudança, na qual a *FTC* deixa de aplicar o *Federal Trade Commission Act* de forma tão abrangente quanto possível e adere aos conceitos mais estritos do *Clayton Act*. *Beltone* representa, segundo Steuer (1983, p. 108), uma coalescência do padrão “qualitative substantiality” em *Tampa Eletric*, da estrutura para análise de casos de restrições verticais em *Sylvania* e dos princípios econômicos da “Escola de Chicago”.

A Comissão fez três importantes considerações no caso *Beltone*. Inicialmente, a Comissão considerou que o grau no qual os competidores, incluindo os novos participantes,

são impedidos de entrar é somente um dos elementos a ser considerado na avaliação da razoabilidade dos contratos de vendas exclusivas. Devem ser consideradas quaisquer justificativas razoáveis existentes para a restrição, assim como também a duração dos contratos. A questão, portanto, foi além da formulação desenvolvida no caso *Tampa Electric* e incorporou relevantes considerações do caso *Sylvania*. Em segundo lugar, a Comissão considerou que a existência de alternativas menos restritivas não era determinante. Seria um erro proibir um fornecedor de impor contratos de distribuição exclusiva apenas por não ser esta a alternativa menos restritiva para o atingimento de suas metas. Terceiro, estabeleceu-se a necessidade de se provar, não somente a redução da competição intramarcas, mas também um “provável efeito adverso sobre a competição intermarcas”. Salienta-se a importância do termo “provável” aos propósitos das CECD, visto sua utilização no argumento de rejeição do caso *Brown Shoe* e o conceito anterior de, sob o *FTC Act*, considerar que uma violação poderia ser demonstrada sem uma efetiva constatação do “provável” efeito sobre a competição intermarcas.

A análise das CECD no caso *Belton* inicia com uma revisão de casos anteriores. A Comissão percebeu que “desde os primeiros casos” a ênfase tinha sido dada no grau de fechamento de mercado. Nas decisões mais recentes das cortes, no entanto, tem sido empregada uma análise completa através da regra da razão, a qual leva em consideração não apenas a participação de mercado da empresa, mas a dinâmica natural do mercado onde o impedimento ocorre. A Comissão observou que:

[...] uma análise apropriada de distribuição exclusiva deve levar em consideração a definição de mercado, o percentual de fechamento nos mercados relevantes, a duração dos contratos, a extensão com a qual as entradas são impedidas e as justificativas razoáveis para a exclusividade. (STEUER, 1983, p. 110).

A Comissão, então, descreveu os mais importantes casos de distribuição exclusiva decididos pela Suprema Corte, pelas cortes inferiores e pela própria Comissão, mostrando que o grau de fechamento de mercado chegou a ser de apenas 1%, como no caso *Brown Shoe*. A Comissão mostrou-se crítica em relação ao caso *Brown Shoe*, ressaltando que a decisão representava uma renúncia ao “Tampa Electric Section 3 test” e tinha sido considerada “dúbia”, pois a Comissão foi influenciada na época por uma tendência na direção de integrações verticais na indústria calçadista e por uma decisão contemporânea a estes fatos na qual a Suprema Corte condenou um processo de fusão da *Brown Shoe*.

No caso *Beltone*, a Comissão também criticou sua decisão em *Adolph Coors Co*⁷³, colocando que havia renunciado a encontrar o percentual de vendas bloqueadas, tendo a corte de apelação confirmado sua sentença citando “apenas” o caso *Brown Shoe*. A Comissão também ressaltou que o caso *Coors* e os casos *L.G. Balfour Co.*⁷⁴ e *Luria Bros. & Co.*⁷⁵, decididos na mesma época, adicionaram pouca precisão ao conceito de “fechamento substancial”. Tais fatos são altamente significantes pois, em *Brown Shoe* e *Coors* tinha-se chegado à conclusão de que, sob o parágrafo 5º do *FTC Act*, uma violação de distribuição exclusiva poderia ser caracterizada se um significativo número de vendas fossem impedidas, sem nenhuma demonstração da extensão do real fechamento no mercado relevante como um todo.

Assim, aplicando os critérios desenvolvidos nos casos *Tampa Electric* e *Sylvania*, a Comissão considerou que apesar de abranger de 7 a 8% das vendas, as quais respondiam por 16% das vendas, as restrições surgidas com a prática de distribuição exclusiva eram razoáveis, pois promoviam a habilidade da *Beltone* de competir com outras marcas. A Comissão ficou impressionada, tanto com o interesse da *Beltone* em estimular os esforços de *marketing* de seus revendedores, como em assegurar a eficiência dos seus próprios esforços de *marketing*. A *Beltone* despendeu consideráveis recursos para identificar potenciais consumidores para seus distribuidores e colaborou na geração de demanda através de campanhas publicitárias regionais e nacionais; mas queria se assegurar que seus distribuidores iriam utilizar esta demanda unicamente com os seus produtos. A Comissão concluiu que o interesse do fornecedor em proteger estes investimentos provia uma razão legítima à imposição da distribuição exclusiva.

Embasando a conclusão de que tais acordos eram legais, a Comissão também ressaltou o fato que a participação de mercado da *Beltone* estava diminuindo, que as restrições poderiam ser extintas dentro de 30 dias após aviso e que os novos entrantes tinham encontrado pouca dificuldade em encontrar outros distribuidores. A Comissão ainda percebeu, sem colocar nenhuma ênfase especial, que nenhum dos outros fornecedores na indústria utilizava contratos de distribuição exclusiva.

⁷³ 83 F.T.C. 32, *aff'd*, 497 F.2d 1178 (10th Cir.), *cert denied*, 419 U.S. 1105 (1974)

⁷⁴ *L.G. Balfour Co. v. FTC* (1971).

⁷⁵ *Luria Bros. & Co. v. FTC* (1968).

Segundo Steuer (1983):

Beltone constituiu-se em um importante passo na montagem de uma estrutura de análise de distribuição exclusiva. No entanto, a decisão em si não deve ser considerada uma novidade completa, visto que a formação desta estrutura de análise provém de casos anteriores, como os de *Tampa Electric* e de *Sylvania*. O importante, o inédito, entretanto, é que a análise e a argumentação das eficiências econômicas da distribuição exclusiva partiram da própria *Federal Trade Commission*, contrapondo-se a uma ampla prática anterior em casos semelhantes, como os da *Brown Shoe* e da *Coors*. (STEUER, 1983, p. 111).

5.1.7 Omega Environmental, Inc vs. Gilbarco, Inc. (1997)

Este caso tem sua importância por ser a primeira vez em que canais alternativos de distribuição são considerados como um argumento de defesa capaz de justificar o emprego de distribuição exclusiva, mesmo diante do elevado percentual de fechamento de mercado; e também, por ser um dos primeiros casos onde a exclusividade é reconhecida como um produto da competição, e não como uma prática de exclusão.

A Gilbarco, fabricante de bombas de gasolina automáticas, equipamentos que aceitam o pagamento e possibilitam ao próprio cliente abastecer seu veículo, era líder com 55% de vendas no mercado doméstico. A Omega, a reclamante, foi criada com uma estratégia de adquirir e consolidar distribuidores destes equipamentos, dentre outros, e depois oferecer aos clientes a possibilidade de escolha de diversas marcas. Diante da posição de liderança da Gilbarco, era importante para a Omega trabalhar com os produtos desta empresa. A Gilbarco, no entanto, adotou uma política de negociar apenas com distribuidores que utilizassem exclusivamente seu produto e, na sequência, retirou da Omega a autorização para distribuir suas bombas automáticas.

A Omega, então, resolveu processar a Gilbarco e obteve uma vitória inicial na corte distrital. A corte de apelação, entretanto, reverteu a decisão em favor da Gilbarco. Embora consciente do significativo percentual de fechamento de mercado devido a estes acordos de exclusividade, o qual alcançava 38%, a corte de apelação baseou sua decisão na existência de canais alternativos de distribuição (venda direta ou através de potenciais empresas intermediárias, as quais seriam contratadas pelas fabricantes rivais e que fariam a venda das bombas automáticas aos postos de gasolina) ao pronunciar que “[...] estas alternativas eliminam substancialmente qualquer efeito de fechamento que a política da Gilbarco possa ter.” (Jacobson, 2002, p. 329).

Além disso, a corte de apelação considerou que a decisão dos distribuidores mais eficientes em não abandonar a Gilbarco decorria da superioridade de seus produtos e de sua capacidade em estabelecer contratos e, portanto, que seu poder de mercado originava-se de sua capacidade competitiva.

5.2 OS ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE E A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA

Os acordos de revenda exclusiva, diferentemente da prática de venda casada (inciso XXIII), de territórios exclusivos (inciso III) ou de fixação dos preços de revenda (inciso I), não estão explicitamente citados no Artigo 21 da Lei nº 8.884/94 como condutas suspeitas de infração da ordem econômica. Isto, no entanto, não significa que estes acordos sejam presumidamente legais perante esta lei, pois o próprio caput do artigo 21, ao dispor que “As seguintes condutas, além de outras, [...]”, mostra que a relação é apenas exemplificativa. Além disso, em seus incisos II – “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;”, IV – “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;”, V – “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens e serviços;” e, mesmo indiretamente, XI – “impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margens de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;”, são citadas condutas que se atribuem como os principais possíveis efeitos anticoncorrenciais das práticas de vendas exclusivas. O artigo 20 da mesma lei também deixa margem a uma possível caracterização deste tipo de contrato como um ato capaz de prejudicar a livre concorrência, dominar o mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer posição dominante de forma abusiva.

A Resolução nº 20/99 do CADE trata os “Acordos de exclusividade” como uma das condutas mais comuns de restrições verticais, devendo, portanto, serem submetidos à análise de seus efeitos segundo a regra da razão. Dispõe, assim, que devem ser ponderados (i) os potenciais efeitos anticompetitivos, citando a implementação de condutas colusivas quando utilizadas como instrumento de divisão de mercado entre produtos substitutos e o aumento unilateral de poder de mercado da empresa por meio do bloqueio e/ou aumento de barreiras à

entrada no segmento de distribuição, provocando o aumento de custo dos rivais; em relação (ii) aos benefícios da prática que envolvem a economia de custos de transação.

Além da aplicação da regra da razão, a legislação antitruste brasileira entende que as restrições verticais, incluindo-se então as revendas exclusivas, somente terão efeitos negativos à concorrência diante da existência ou tentativa de obtenção de poder de mercado. Não se pode, portanto, analisar o impacto destas restrições sem um exame das estruturas de mercado, pois preocupações antitruste surgiriam apenas na insuficiência de competição intermarcas. As restrições verticais, muitas vezes, podem ser respostas eficientes a falhas de mercado como, por exemplo, *free riding*, limitações de informação, limitações de arranjos contratuais formais e diversas externalidades.

Com o objetivo de, a partir do estudo de situações reais, (i) evidenciar a aplicabilidade de princípios econômicos e jurídicos a questões de antitruste e, (ii) entender e avaliar a visão empregada pelos órgãos nacionais de defesa da concorrência na análise e julgamento de questões envolvendo contratos de revenda exclusiva, compreendendo a evolução da mesma, realiza-se uma análise de casos.

O caso SDE vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda (1992) aborda o estabelecimento de contratos de exclusividade entre uma empresa de ticket refeição, sem poder de mercado, e diversos supermercados. Constata-se, na interpretação do CADE, a necessidade de existência de poder de mercado para a configuração de uma prática danosa à concorrência.

O caso entre o Depósito de Bebidas Cereais Alvorada e a Brahma (1993) trata dos contratos de revenda, entre a fabricante de cervejas e uma rede de distribuição intermediária, como impedidores da venda direta ao varejo. Percebe-se que a recorrência à Lei n° 8.137/90 e aos “usos e costumes” sobrepõe-se a uma avaliação econômica baseada no princípio da razoabilidade.

O terceiro caso estudado, Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e a KIBON (1994), é o único apresentado que não trata de acordos de exclusividade. Traz, entretanto, a partir do voto do Conselheiro-relator do CADE, contribuições que se acredita serem de considerável importância a este trabalho, ao apresentar uma decisão baseada na efetiva utilização da regra da razão e em um amplo elenco de conceitos econômicos, dentre os quais, os de mercado relevante, concentração de mercado, grau de substituição de produtos, barreiras à entrada e custo de procura.

O caso entre a Associação Médica Clinihauer Ltda vs. UNIMED/Toledo – PR (1995-96), refere-se ao fechamento de mercado (*foreclosure*) a outras empresas de planos de saúde imposto por acordos de exclusividade entre a UNIMED e significativa parcela de médicos na

cidade de Toledo, acompanhado pela prática de ações abusivas. Verifica-se que, apesar da existência da Lei nº 5.764/71, referente às cooperativas, predomina a constatação de abuso de poder de mercado na decisão final proferida pelo CADE.

No quinto caso, envolvendo a Philip Morris e a Souza Cruz (1998), esta última estabelece contratos de exclusividade com determinados pontos de venda. O Parecer da SEAE sobre o caso, seja na definição do mercado geográfico relevante ou na detalhada ponderação dos efeitos anti e pró-competitivos, é referencial ao estudo de contratos de revenda exclusiva no Brasil.

Termina-se com o caso, de 2000, entre a FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores) e as principais montadoras de veículos com sede no país (Ford, GM, Fiat e Volkswagen), onde se observa a influência da chamada “Lei Ferrari”, que regula o relacionamento entre ambas as partes e contém dispositivos que não conduzem a um ambiente concorrencial. Este caso também tem muita importância, vez que apresenta uma série de práticas anticompetitivas inseridas dentro de uma relação estabelecida por contratos de exclusividade. Interessante, ainda, salientar que a relação entre montadoras e concessionárias representou o berço dos contratos de exclusividade nos Estados Unidos.

5.2.1 Secretaria de Direito Econômico vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda. (PA 32/92)

Este caso aborda acordos de exclusividade envolvendo uma empresa de ticket-refeição, a Valer, e alguns supermercados.

A Valer concordava em reduzir o tempo de espera dos supermercados para receber o valor em dinheiro dos tickets-refeição recebidos de seus clientes. Em troca, os supermercados se comprometiam em aceitar apenas tickets da Valer. A questão perante o CADE era se tais acordos representavam uma intenção da Valer em dominar o mercado de tickets-refeição, e se tal conduta produziria efeitos anticompetitivos no mercado relevante. Através da aplicação da “regra da razão”, o CADE constatou que o mercado de tickets-refeição era concentrado e que a Valer possuía reduzida participação no mesmo. O CADE também verificou que as barreiras à entrada eram baixas e que apenas poucos supermercados haviam aderido a este tipo de acordo.

Em decisão unânime, o CADE repudiou o caso, considerando que acordos de exclusividade, como os praticados pela Valer, somente podem resultar em danos à competição quando a empresa que os pratica possuir poder de mercado e quando o acordo afetar uma

significativa parte do mercado relevante. Concluiu que, como a Valer não possuía poder de mercado e como a sua participação no mercado e as barreiras à entrada no mesmo eram reduzidas, ela não teria a intenção de prejudicar a competição.

Segundo Rocha e Silva (s.d., p. 43), a perigosa argumentação do CADE sugere que este Conselho pode considerar que as empresas detentoras de significativo poder de mercado, quando se utilizarem de acordos de exclusividade, terão a intenção de prejudicar a competição. Rocha e Silva segue argumentando que, embora o CADE tenha demonstrado consciência da importância de uma análise dos efeitos anti e pró-competitivos dos acordos de exclusividade, sua decisão pareceu estar baseada primordialmente na constatação ou não de poder de mercado. Finaliza sua exposição colocando que a Resolução nº 20/99, entretanto, indica que o CADE está apto a adotar uma visão mais tolerante para com os acordos de exclusividade.

O enfoque adotado pelo CADE poderia ser visto como preocupante, pois nos remeteria a uma linha de raciocínio semelhante à aplicada pela Suprema Corte norte-americana nos casos *Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co.* (1922) e *Standard Stations* (1949), onde ainda predominava a doutrina do “quantitative substantiality”. No entanto, considera-se que a posição do CADE foi de extrema objetividade ao realizar a preliminar e eliminatória análise da participação de mercado da Valer e concluir pela não existência de poder de mercado que pudesse significar risco à concorrência no mercado em questão.

5.2.2 Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma (PA 138/93)

O Depósito de Bebidas Cereais Alvorada denunciou, perante a Secretaria de Direito Econômico – SDE, que a Companhia Cervejaria Brahma se recusava a fazer venda direta mediante pagamento à vista. Argumentou, ainda, que o distribuidor exclusivo da Brahma na área limitava a quantidade de vendas do produto às suas possibilidades e necessidades. Baseava-se, para isto, na Lei nº 8.002/90, artigo 1º, inciso I.

Após instaurado o processo administrativo pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE/SDE, a Brahma apresentou sua defesa alegando que, desde o início de suas atividades, distribui e comercializa seus produtos através de rede de revendedores, adotando o sistema de concessão de vendas com exclusividade. Esclareceu, também, que faz uma prévia programação entre ela (Brahma) e as vendas, baseada em uma demanda

projetada de acordo com o volume das mesmas. Assim, qualquer acordo fora desta programação criaria dificuldades para o cumprimento do contrato com as revendedoras, além de infringir os referidos contratos. Argumentou, ainda, que o Contrato de Revenda e Distribuição já reflete ao longo dos tempos a característica de usos e costumes e carregava particularidades como co-participação das revendas nas despesas de propaganda e *marketing*, entre outras. Concluiu afirmando que seria inviável a alteração de todo o sistema de distribuição simplesmente para atender a solicitação da Cereais Alvorada.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, emitiu parecer técnico econômico concluindo que fora verificada a existência de barreiras à entrada de novos distribuidores e inexistência de concorrência entre os mesmos, ressaltando a impossibilidade de se efetuar a venda da porta da fábrica para o comércio varejista. “A exclusividade do distribuidor não possibilita ao varejista a opção de compra direta, restringindo a concorrência entre os diversos elos da cadeia, não repassando ao consumidor final os benefícios inerentes às boas práticas de mercado.”

A Brahma solicitou o arquivamento do processo em questão, considerando a impossibilidade jurídica do pedido por perda de seu objeto diante da inexistência de conduta delituosa. Apegou-se ao artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, o qual considera crime contra as relações de consumo “I – favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores.”

Embora o Procurador Regional da República tivesse proposto a celebração de compromisso de cessação com fulcro no artigo 53 da Lei nº 8.884/94 por constatar indícios de infração à ordem econômica, e o Coordenador Jurídico do DPDE tenha se manifestado pela perfeita tramitação do processo, pois segundo o mesmo havia se configurado prática de recusa de venda, a Secretária de Direito Econômico emite parecer com proposta de arquivamento do caso.

A SDE argumentou que (i) à época já existia a Lei nº 8.137/90 (ressalvando a intermediação), não havendo como exigir outra conduta da Companhia Cervejaria Brahma, (ii) as questões eram de ordem comercial, não configurando infrações à ordem econômica, (iii) apesar das cláusulas de exclusividade restringirem a entrada de fabricantes concorrentes no mercado, aumentam a concorrência entre distribuidores, melhorando o serviço, contrabalançando a questão anticoncorrencial e (iv) ocorre redução nos custos de transação, trazendo eficiências à distribuição do produto.

Entretanto, entende-se que o argumento de aumento da concorrência em nível de distribuição (i) se restringe ao tempo anterior ao estabelecimento do contrato, no momento da seleção da distribuidora, visto parecer que tais contratos possuem limitações territoriais quando se fala que “o distribuidor exclusivo da área limitava (...)”; ou (ii) se refere a distribuidores de marcas diferentes (competição intermarcas). Concorda-se, no entanto, que os efeitos de tais contratos poderão ser benéficos ao consumidor final em momentos posteriores.

A Procuradoria do CADE também sugere o arquivamento incondicional do Processo Administrativo em questão. Quanto aos usos e costumes, a Procuradoria cita: “os usos e costumes são plenamente aceitáveis e de obrigatória aplicabilidade nos meios forenses e, quiçá, também nos deslindes administrativos, particularmente em sede de Direito Econômico.”

A Conselheira-Relatora, Lucia Helena Salgado e Silva, após observar que a Lei n° 8.002/90 fora expressamente revogada pelo art. 92 da Lei n° 8.884/94 e tacitamente pela Lei n° 8.137/90 e pelo art. 7° da Lei n° 8.078/90, quando abordam “de conformidade com os usos e costumes”, e de forma literal pela Lei n° 8137/90, anteriormente citada, vota pelo arquivamento do processo. Esta, no entanto, lembra em seu voto que, em 13 de maio de 1998, em decisão final do AC n.° 58/95, determinou o CADE a realização de estudo sobre o impacto concorrencial dos contratos de exclusividade de distribuição no mercado de cervejas.

No presente caso, deve-se destacar a diferença entre as opiniões e posições defendidas, de um lado, pela SEAE e a Procuradoria Regional da República, e de outro, pela SDE e pelo CADE. Acrescenta-se a isto, a lembrança da Conselheira Relatora quanto à solicitação de estudo sobre o impacto concorrencial dos contratos de exclusividade na distribuição de cervejas. Diante destas observações, de um caso resolvido com base na conformidade com os usos e os costumes e estando ausentes análises econômicas mais concludentes, parece tratar-se de uma decisão que requer um estudo mais definitivo sobre a questão.

5.2.3 Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo vs. Indústrias Alimentícias Gerais (KIBON), (PA n° 148/94)

O DPDE/SDE, em 29.04.94, instaurou processo administrativo, com base na Lei n° 8.158/91, contra a Kibon, em virtude de representação oferecida pelo Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e a Associação das Indústrias de Panificação e

Confeitaria de São Paulo. Entendeu que a adoção de tabelas de preços constituía conduta anticoncorrencial, incluída no artigo 3º, incisos I, XV e XVI, do referido diploma legal.

Embora o objeto deste caso seja a possível imposição de preços (*resale price maintenance - RPM*), e não acordos de exclusividade, sua colocação neste trabalho é importante devido aos seguintes aspectos:

(i) a análise minuciosa das características estruturais do mercado de sorvetes apresentada pelo Conselheiro;

(ii) o destaque dado pelo mesmo à concorrência intermarcas, que embora não tratando de um produto homogêneo, apresenta elevado grau de substituição entre as várias marcas (Kibon, Yopa, Gellato, etc). Aborda o paralelismo existente entre a figura do *franchising* e a competição intermarcas. Cita que a adoção de comportamento semelhante entre empresas que distribuem os produtos de uma fabricante no mercado não produz, necessariamente, distorções ou causa afronta à concorrência. Apresenta o entendimento da legislação da concorrência da Comunidade Económica Europeia sobre acordos de franquia (objeto deste estudo):

Os acordos de franquia, tal como definidos no presente regulamento, melhoram normalmente a distribuição de produtos e/ou a prestação de serviços, visto darem aos franqueadores a possibilidade de estabelecerem uma rede uniforme com investimentos limitados, fato que pode fomentar a entrada de novos concorrentes no mercado, especialmente no caso de pequenas e médias empresas, aumentando, deste modo, a concorrência entre marcas;⁷⁶

(iii) as frequentes citações da legislação antitruste norte-americana, demonstrando a importância e influência da mesma sobre decisões tomadas pelo CADE. Na diferenciação entre sugestão de preços e imposição vertical de preços (*RPM*), Xausa, Conselheiro-relator, argumenta que a mesma está claramente relacionada com o poder de mercado do fabricante e, distingue ações concertadas das unilaterais, citando os parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act* para embasar seu raciocínio. De forma clara, os utiliza quando conclui que, de acordo com a doutrina norte-americana, não existem condições estruturais para o domínio do mercado, e comprovando-se que a ação é unilateral, inexistente ilicitude de conduta. Exemplifica, ainda, através da citação do caso *Colgate & Co vs. Estados Unidos* (1919), onde o indiciamento deveu-se à acusação de anúncio prévio do preço de revenda e posterior recusa de venda a revendedor que não seguia a política de preços do fabricante. Portanto, esta exemplificação

⁷⁶ Regulamento (CEE) n° 4087/88 da Comissão de 30 de novembro de 1988.

demonstra a importância para este trabalho do estudo e entendimento dos principais casos norte-americanos sobre acordos de exclusividade.

A Kibon argumentou que o DPDE confundiu a ação de enviar tabelas, com preços sugeridos que proporcionam maior transparência ao consumidor sobre o preço de revenda razoável, com imposição de preços; destaca, ainda, que inexistem elementos estruturais no mercado relevante – sorvetes industriais e artesanais – que pudessem permitir a prática de preços abusivos.

A SEAE, no parecer técnico de 17.07.95, concluiu que o mercado é concorrencial em todos os segmentos, que a Kibon apresentou declínio das vendas entre 1992 e 1994, embora sua participação no mercado nacional tenha aumentado de 50 para 62% e que o produto possui alto grau de substituição, pois não sendo essencial pode ser substituído por qualquer outra guloseima. Acrescenta, ainda, que inexistente contrato ou acordo que obrigue os estabelecimentos varejistas a exporem a tabela de preços e que os mesmos não estão sujeitos a nenhum tipo de retaliação caso não a exponham. Entretanto, a SEAE conclui afirmando que a afixação das listas de preços, mesmo que sugestivas, estabelece uma padronização de comportamento.

A SDE concluiu que a conduta da Kibon é danosa à concorrência, atestando contra os mecanismos normais de formação de preços. O DPDE vai mais longe e conclui pela existência de infração à ordem econômica, manifestando-se pelo encaminhamento do processo ao CADE. O Secretário de Direito Econômico adotou medida preventiva determinando a cessação da prática, fixando um prazo de 10 dias úteis para o recolhimento das tabelas na região centro-sul e 15 dias consecutivos para o restante do país, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

A Kibon apresentou Recurso Voluntário perante o CADE, alegando afronta à ordem jurídica, por não fixar o conteúdo da antijuricidade da conduta, e cerceamento do seu direito à defesa.

O relator do CADE cassa a medida provisória do Secretário de Direito Econômico e a Procuradoria deste Conselho conclui que a acusada não infringiu qualquer norma de proteção à concorrência ou à livre iniciativa.

Em seu voto, o Conselheiro Leônidas R. Xausa faz exaustiva explanação. Inicia abordando o princípio do abuso (regra da razão), segundo o qual as condutas indiciárias, elencadas exemplificativamente no art. 21 da Lei nº 8.884/94, só serão reprimíveis se configurado abuso, devendo, portanto, serem examinadas dentro de um contexto de mercado relevante específico. Analisa o mercado relevante, concluindo ser o mesmo desconcentrado (a

participação da Kibon era de 15% em 1994, seguida da Nestlé, com 5,6%), com alto grau de substituição, com barreiras à entrada pouco significativas (associadas mais ao nome da marca e à extensão da rede de distribuição; a produção de sorvetes exige investimentos irrisórios). Considera o produto sorvete supérfluo, impossibilitando a atuação concertada de produtores na tentativa de imposição de preços.

Ele considera, também, as características do segmento varejista, com mercado pulverizado, bem como de livre entrada. Coloca que as firmas (padarias, *drugstores*, lojas de conveniência, etc) têm relativo poder de mercado em função da localização, aparência e conforto. Segundo o Conselheiro, a empresa se defronta com a possibilidade de auferir lucros extraordinários, até o limite de preço correspondente ao custo de transporte mínimo que o consumidor deverá arcar caso deseje comprar o produto em outro ponto. Termina a análise afirmando ser possível que o varejista tenha uma liberdade ainda maior, devido à pouca importância do produto no orçamento do consumidor e devido ao custo de tempo inerente à opção alternativa da compra em outro local.

O Conselheiro Xausa aborda a aparente ausência de correlação entre a sugestão de preços e uniformização de preços, comprovada ao se verificar o comportamento de preços de alguns outros produtos negociados nos mesmos estabelecimentos cujos fabricantes optaram por não usar tabelas. Traz a opção da Kibon em comparar o produto sorvete com iogurte, comprovando que a dispersão de preços para o iogurte não difere significativamente daquela associada ao sorvete. Segundo dados apresentados pela Kibon, a partir de informações coletadas pela SUNAB, existe significativa dispersão de preços médios praticados no mercado relevante de sorvetes, indicando os diferentes graus de liberdade que a revendedora tem para fixar preços diante de sua estrutura de custo e demanda específica.

Xausa conclui esta análise afirmando que, diante do observado, a conduta envolve sugestão e não imposição de preços. Observa que independente da tabela, o vendedor fixará preços que maximizem sua receita, pois, na inexistência de sanções, se depara com curvas de demanda relativamente insensíveis a pequenas variações de preço. Assim, o Conselheiro Leônidas R. Xausa, por todo o exposto, conclui que a conduta da Kibon não acarreta prejuízo ou limitação à concorrência, julgando improcedente a Representação, e vota pelo arquivamento do caso.

5.2.4 Organização Médica Clinihauer Ltda v. UNIMED/Toledo - PR – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. (PA nº08000.019008/95-96)

Em 22.08.95 a Organização Médica Clinihauer, que comercializa planos de saúde e, em decorrência, contrata profissionais da área médica, formulou denúncia contra a UNIMED/Toledo – PR, alegando que esta tem quase a totalidade dos médicos da cidade como seus associados e que estaria impedindo que os mesmos atendessem associados de outros planos de saúde. Além disso, a UNIMED/Toledo é acusada de exercer pressão junto a todos, obrigando-os a se descredenciarem junto a Clinihauer, para impedir o exercício de suas atividades. O caso em questão trata, portanto, de possíveis infrações praticadas na forma do art. 20, inciso I, II e IV e art. 21, incisos IV, V, VI, XI, XXIII, da Lei nº 8.884/94.

A denúncia baseia-se no fato de que a UNIMED, ao impedir o credenciamento dos médicos daquela região em outras empresas de assistência médica, por força de dispositivos contidos em seus estatutos (cláusula de exclusividade), estaria adotando prática monopolista incompatível com o regime de livre concorrência, constituindo infração à ordem econômica, prevista na legislação antitruste nacional.

Diante do exposto, ao entender configurados indícios de infração à ordem econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) determina a instauração de processo administrativo.

A UNIMED, em sua defesa, destaca que é uma Cooperativa regida pela Lei nº 5.764/71 que prevê em seu art. 4º, inciso I, a adesão voluntária de associados e no parágrafo 4º, do art. 29, que “Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade.” Acrescenta, ainda, que os médicos ao ingressarem na Cooperativa adquirem cotas, tornando-se proprietários, não havendo portanto relação de emprego, sendo os mesmos livres tanto para ingressar como para se retirar da sociedade, mas que devem seguir o Estatuto Social da entidade.

A SDE/MJ, em seu relatório, constata a existência de uma dominação de mercado pela UNIMED: “Evidencia-se que em certas habilitações médicas, a UNIMED de Toledo detém 100% dos médicos daquela região, levando a crer que a representada domina o mercado de prestação de serviços médicos, prejudicando a livre concorrência e a livre iniciativa na medida que proíbe terminantemente que seus médicos cooperados prestem serviços a empresas concorrentes.” Cita, ainda, duas recentes decisões do CADE, proferidas nos processos administrativos nº 08000.0011866/94-84 e 147/94, pela condenação das UNIMED.

A Procuradoria do CADE conclui o seu parecer nos seguintes termos: “Ante todo o exposto, e de acordo com a Jurisprudência desta Autarquia, entendo que a conduta imputada à Representada (UNIMED/Toledo) foi devidamente comprovada, encontrando-se tipificada no art. 20, I, II, IV e art. 21 IV, V e VI da Lei Antitruste, estando os autos suficientemente instruídos. Portanto, esta Procuradoria opina favoravelmente pela adoção de Medida Preventiva de forma a fazer cessar a infração, declarando a falta de eficácia da cláusula restritiva e determinando à Representada que se abstenha de praticar atos que objetivem lhe dar validade ou que tenham por fundamento aquela cláusula, até o final do julgamento do presente feito pelo CADE. Caso assim não entenda V.S., e julgando suficientemente instruído o Processo Administrativo, admitimos o imediato julgamento do feito, opinando pela condenação da Representada UNIMED/TOLEDO por prática de ato abusivo e prejudicial à concorrência com a conseqüente aplicação de multa prevista no artigo 23, inciso III da Lei n° 8.884/94.”

O voto do Conselheiro Márcio Felsky, proferido em 10/02/99 e acompanhando as posições da SDE e da Procuradoria do CADE, considera que a dominação de mercado, caracterizada pela quase, quando não a totalidade dos médicos do município pertencente ao quadro da UNIMED, cria dificuldades ao funcionamento de outras concorrentes no mercado e, até mesmo à sociedade local, titular dos bens jurídicos protegidos, nos termos do parágrafo único, art 1°, da Lei Antitruste Brasileira. Desta forma, determina a imediata cessação da prática abusiva, bem como a imposição de multa no valor de 60.000 Unidades Fiscais de Referência – UFIR, em conformidade com o art. 23, inciso III da Lei n° 8.884/94, a ser cobrada de acordo com a Resolução/CADE n° 09, de 13.08.97 e, diante da continuidade dos atos, uma multa diária de 6.000 Unidades Fiscal de Referência – UFIR, conforme prevê o art. 25 do mesmo diploma legal.

No presente caso, percebe-se que a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) foi apenas informada da instauração de Processo Administrativo, nos termos do art. 38 da Lei n° 8.884/94. Apesar de documentos comprobatórios dos fatos, tais como relação de empresas clientes, correspondência da UNIMED aos médicos para o descredenciamento e correspondência dos médicos pedindo o descredenciamento, o caso é julgado sem nenhuma avaliação dos efeitos econômicos pró e anticompetitivos oriundos da cláusula de exclusividade. Entende-se, automaticamente, que a dominação de mercado associada a ações abusivas que conduzem ao monopólio são anticoncorrenciais, condenando-se a partir daí os acordos de exclusividade: “declarando a falta de eficácia das cláusulas restritivas e determinando à Representada que se abstenha de

praticar atos que objetivem lhe dar validade ou que tenham por fundamento aquela cláusula, ...” Muito claramente, é adotada uma visão distorcida do objeto que realmente deve ser proibido; são as excessivas práticas anticoncorrência, condutoras ao monopólio, que devem ser coibidas, e não os acordos de exclusividade. Não se deve confundir uma coisa com a outra.

5.2.5 Philip Morris vs. Souza Cruz (PA nº08012.003303/98-25)

A Philip Morris do Brasil S.A., segunda maior empresa no mercado brasileiro de cigarros, alegou, mediante denúncia formulada em 19.05.1998 à SDE/MJ, estar sendo excluída do mercado devido aos contratos de exclusividade de *merchandising* e venda estabelecidos entre a Souza Cruz S.A., principal empresa produtora de cigarros no Brasil, e varejistas (bares, padarias, restaurantes, casas noturnas, etc.) e um atacadista (Makro); conforme transcrição de trecho do contrato:

O objeto do presente contrato é a locação de espaço interno e externo no estabelecimento da LOCADORA para instalação pela LOCATÁRIA, com caráter de exclusividade, de peças publicitárias e material de *merchandising*. Igualmente constitui-se objeto deste pacto a exclusividade de venda de produtos de fabricação da LOCATÁRIA, sob as penas previstas neste contrato.

Devido à posição dominante da Souza Cruz no referido mercado, a denúncia foi considerada procedente pelas autoridades da SDE/MJ, que decidiram pela abertura de processo administrativo. O parecer da SEAE/MF serviu de base à acusação de infração à ordem econômica. O caso não foi julgado pelo CADE, pois foi firmado um Compromisso de Cessação de Prática entre a Souza Cruz e o CADE, onde a empresa concordou em eliminar a imensa maioria de seus contratos, restando apenas aqueles com casas noturnas.

A importância deste caso para a defesa da concorrência no Brasil deve-se ao fato do mesmo tratar de dois aspectos significativos onde, ou existia jurisprudência rarefeita, ou a decisão inovou em termos conceituais, quais sejam: 1) a definição de mercado relevante geográfico e 2) os efeitos de restrições verticais através de contratos de exclusividade. Atente-se, também, ao fato de se tratar de contrato de revenda exclusiva sem a presença de cláusulas de territórios exclusivos.

5.2.5.1 Análise Econômica

O Parecer da SEAE baseia-se na “regra da razão” ou “princípio da razoabilidade”, onde são contrapostos os efeitos anti e pró-competitivos, ou seja, os custos e benefícios econômicos gerados pela prática destes acordos. O referido parecer vai além, avaliando os efeitos líquidos dos contratos de exclusividade em nível das concorrências intramarcas e intermarcas.

“16, (...) A cláusula de distribuição exclusiva tende a reduzir a competição entre marcas mas pode, sob determinadas circunstâncias, aumentar a competição intramarcas, isto é, entre distribuidores de uma determinada marca.”

No entanto, alertando que “o Parecer comete uma imprecisão conceitual” (BARRIONUEVO, 2003, p. 268), Arthur Barrionuevo Filho⁷⁷, analisa o caso clássico de vendas exclusivas, quando praticadas em conjunto com territórios exclusivos, afirmando que estas reduzem a concorrência intramarcas, pois os distribuidores não concorrem entre si, e aumentam a competição intermarcas, pois cada distribuidor dedica todos os seus esforços à venda de uma única marca.

Entende-se, no entanto, que o Parecer da SEAE não comete uma imprecisão conceitual, estando correto, porém incompleto, em sua colocação. A prática de contratos de revenda exclusiva pode gerar, simultaneamente, efeitos tanto anti como pró-competitivos na concorrência intermarcas. Anticompetitivos por impedir ou restringir o acesso de outros fabricantes ao mercado revendedor; e pró-competitivos ao estimular a revenda contratada a concentrar todo seu esforço de venda na marca contratante, enquanto outras vendas exclusivas de outras marcas adotariam o mesmo procedimento. Já a concorrência intramarcas seria estimulada na ausência de restrições territoriais, vez que vendas próximas da mesma marca competiriam entre si; ou seria enfraquecida na presença de territórios exclusivos, devido à inexistência de outras vendas da mesma marca dentro do mercado relevante.

Embora o Parecer da SEAE não cite, na parte “III - ANÁLISE ECONOMICA”, o possível efeito pró-competitivo na concorrência intermarcas, este é tratado em “II – DA DEFESA”, onde a Souza Cruz argumenta que “14, (...) A exclusividade de venda é meramente ancilar em relação ao contrato de *merchandising*, e serve para robustecer a concorrência entre marcas, evitando o *free-ride* dos próprios varejos e dos concorrentes.” Assim, a colocação de Arthur Barrionuevo Filho não está equivocada, apenas é inadequada ao

⁷⁷ Professor da Fundação Getúlio Vargas na Escola de Administração de São Paulo (FGV-EAESP). Elaborou Parecer Econômico do caso para a Souza Cruz.

caso, visto tratar-se de contratos de revenda exclusiva nos quais não são estabelecidas áreas exclusivas de comercialização. Segundo o mesmo, e entende-se que corretamente: “A contrapartida do bar é o investimento custeado pela Souza Cruz e não uma área de exclusividade.”

Além disso, “A análise da SEAE,(...), utilizou parâmetros fixados no caso *GTE Sylvania (Continental T.V. vs. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 36, 1977) para discutir os impactos dos contratos de exclusividade na competição intra e intermarcas. Este caso serviu no mundo inteiro como parâmetro para este tipo de análise.” (BARRIONUEVO, 2003, p. 269).

5.2.5.2 Definição de Mercado Relevante

O Parecer da SEAE usa a substituição⁷⁸ entre produtos para delimitar quais os produtos, do ponto de vista do consumidor, fazem parte do mesmo mercado, o dito mercado relevante. Utilizando o Teste do Monopolista Hipotético (TMH), avalia o grau de substituição em duas dimensões: a do produto e a geográfica.

O TMH considera um produto da empresa investigada e verifica para qual(is) outro(s) bem(ns) os consumidores migrariam se houvesse um pequeno e permanente aumento de preços (por hipótese, entre 5 e 10%) deste produto. Em uma segunda rodada, constrói uma cesta de produtos, incluindo o bem inicial e aqueles para os quais os consumidores migraram na primeira etapa do teste, e supõe que todos eles tenham o mesmo pequeno e permanente aumento de preços. Os consumidores, então, migrariam para outro conjunto de produtos. Essas rodadas seriam repetidas até que se definisse o menor conjunto de bens tal que os consumidores não migrariam para outros bens, preferindo arcar com o pequeno aumento de preços. Esta cesta comporia o mercado relevante do produto, pois seriam estes os bens que os consumidores considerariam substitutos próximos entre si.

Partindo da literatura econômica contemporânea, que considera como produtos distintos, independente de suas propriedades físicas e organolépticas serem ou não idênticas, bens em diferentes momentos, datas, localidades, qualidades e estados da natureza; o Parecer da SEAE considera um maço de cigarros vendido no varejo (cigarro-varejo) um produto distinto de um número mínimo de “x” maços de cigarros vendidos no atacado (cigarro-

⁷⁸ O Parecer da SEAE utiliza o conceito de elasticidade-cruzada da demanda, que mede a sensibilidade da demanda do bem X a variações no preço do bem Z. A elasticidade-cruzada representa, portanto, o quociente entre a variação % da quantidade procurada do bem X e a variação % do preço do bem Z. Quando o valor deste quociente for maior que zero, diz-se que os bens são substitutos e; inversamente, quando o quociente for menor que zero, diz-se que os bens são complementares.

atacado). Nos termos do TMH, questionando se seria rentável a um hipotético monopolista de cigarro-varejo efetuar um pequeno e permanente aumento de preços, e obtendo resposta afirmativa, o Parecer conclui que estes dois produtos não pertencem ao mesmo mercado. Baseia sua conclusão na existência de discriminação de preços por quantidades na indústria de cigarros, prática que seria impossível caso cigarro-atacado e cigarro-varejo fossem substitutos próximos, vez que todos os consumidores de cigarro-varejo (de preço mais alto) desviariam sua demanda para o cigarro-atacado. Reafirma sua conclusão através da percepção do tipo de consumidor que adquire os dois produtos, argumentando que a compra de cigarros no atacado é destinada à posterior comercialização, principalmente, ou ao consumo próprio, mas não imediato, em menor medida; enquanto a compra de cigarros no varejo é destinada ao consumo próprio e imediato.

5.2.5.3 Mercado Relevante Geográfico

O Parecer separa o cigarro no atacado por considerar que sua aquisição normalmente envolve quantidades maiores, podendo desta forma ser precedida de negociações de preços e condições de venda. Inicia sua análise sobre a aquisição de cigarro no varejo, por tratar-se de um produto de baixa representatividade no orçamento familiar, de forma que dificilmente será precedida de esforços de pesquisa de melhores preços ou condições de venda.

O Parecer analisa os *shopping centers* e, com o objetivo de definir se cada um deles representa ou não um mercado relevante geográfico, questiona se um maço de cigarros da Philip Morris vendido fora de um *shopping* seria um substituto próximo para um maço de cigarros da Philip Morris vendido no *shopping*. Baseado em argumentos como a pouca diferenciação de propriedades organolépticas entre produtos de um mesmo sabor, a uniformidade de preços entre marcas diferentes, a menor fidelidade dos jovens à marca preferida devido à correlação existente entre fidelidade e tempo de consumo e, por fim, o custo de oportunidade de um consumidor de alta renda representado pelo valor de seu tempo, conclui que dificilmente um consumidor típico da Philip Morris deixaria um *shopping center* no qual se encontra para adquirir o produto em um ponto de venda nos arredores. Desta forma, na opinião da SEAE, em não sendo os maços de cigarros vendidos dentro e fora do *shopping* produtos substitutos, cada *shopping center* constitui um mercado geográfico específico para a análise.

O Parecer apresenta raciocínio semelhante ao caso dos aeroportos, cada um deles também constituindo um mercado geográfico específico. Rebate o resultado de pesquisa apresentada pela Souza Cruz, segundo o qual os aeroportos não seriam uma opção freqüente de compra para os consumidores de cigarro, argumentando que o importante não é a relevância dos pontos de venda em aeroportos para os consumidores de cigarro em geral, mas sim para aqueles que desejam adquirir cigarros em aeroportos.

A SEAE trata, ainda de maneira semelhante, a denúncia da Philip Morris a respeito de uma zona da cidade de São Paulo, denominada de “Quadrilátero do Marlboro”, onde observa que, devido à sua significativa extensão territorial, é pouco provável que um consumidor localizado em um dos vértices do Quadrilátero considere a possibilidade de adquirir cigarros em um ponto de venda localizado no vértice oposto. Considera, portanto, que existem diversos mercados geográficos inseridos no Quadrilátero, formados por pontos de venda que se localizam a poucos metros dos pontos de venda onde o contrato de exclusividade foi estabelecido.

No caso do Makro, atacadista que realiza a venda integrada de produtos diversos em grandes quantidades a preços menores do que aqueles praticados no varejo, pesquisa da Marplan indica que 92% dos varejistas que adquirem cigarros neste atacadista para revenda “vêm comprar outros produtos e aproveitam para comprar cigarros.”. Esta pesquisa mostra também que somente 15% dos compradores de cigarro recorrem a outros atacadistas para comprar cigarros Philip Morris. Assim, não parece razoável à SEAE que, uma vez que o varejista tenha tomado a decisão de fazer suas compras no Makro, busque outro varejista para comprar apenas cigarros.

O Parecer da SEAE conclui a análise de mercados afirmando que “36, (...) os mercados relevantes para o caso em questão consistem no conjunto dos produtos-localidades em que a conduta ocorre: cigarro-varejo em cada área (*shopping*/aeroporto/ conjunto de quadras) coberta pelos pontos de venda objeto de acordos de exclusividade e cigarro-atacado em cada um dos estabelecimentos Makro.”

Arthur Barrionuevo Filho critica a base da visão adotada pela SEAE de que, segundo ele, o consumidor de cigarros estaria imóvel na cidade e, portanto, não disposto a percorrer uma distância para comprar sua marca preferida, já que existe um custo para o “tempo de deslocamento”. Apresenta dados da pesquisa General Consumer Survey (GCS) da Marplan que mostram que, independente da faixa etária ou de renda, mais de 70% da população, se não encontra sua marca preferida de cigarro em um estabelecimento, procura outro para comprá-

la. Tal fato, ainda segundo a mesma pesquisa, mostra resultados semelhantes para jovens entre 18 a 24 pertencentes às classes A e B.

Também fundamentado na pesquisa da Marplan, Barrionuevo mostra que mais de 80% dos consumidores de cigarros realizam suas compras usuais em padarias e bares; e que menos de 1% das compras de cigarros no Brasil é realizada em estabelecimentos localizados em *shopping centers*. Argumenta, portanto, que não há como caracterizar poder de mercado baseado no percentual de consumidores que comprariam outra marca quando estivessem em um *shopping center*. Demonstra, ainda, como se distribuem as padarias e os bares em um bairro de uma grande cidade (região do Itaim no município de São Paulo). Verifica-se que mesmo com um grande número de bares com exclusividade de venda, de um ou outro fabricante de cigarros, o número de estabelecimentos que vendem as duas marcas é significativo e sua localização é próxima, constituindo alternativa para qualquer estabelecimento com exclusividade.

Barrionuevo informa que a jurisprudência norte-americana, a mais desenvolvida em nível internacional, dificilmente aceita mercados relevantes menores do que uma região metropolitana. Cita a American Bar Association, “Embora as questões de mercado geográfico tendam a ser altamente fato-específicas, e as generalizações são conseqüentemente sujeitas a muitas exceções, os mercados de manufaturados tendem a ser regionais, nacionais ou internacionais, enquanto os de varejo e de serviços são mais provavelmente locais.” Acrescenta, também, que no caso *Brown Shoe*, a Suprema Corte avaliou uma fusão em termos nacionais para os fabricantes de sapatos e, metropolitanos, para os varejistas de sapatos. Quanto ao CADE, na Averiguação Preliminar no processo nº 08000.016012/94-76, a Livraria Laselva e a Infraero não foram consideradas culpadas da acusação de dominar o mercado definido, pela Agência Siciliano de Livros, Jornais e Revistas Ltda, como o do Aeroporto de Cumbica. O voto vencedor se manifestou “5, Na análise do caso em epígrafe, a definição mais razoável de mercado relevante geográfico é a área metropolitana em que se insere a loja e não o Aeroporto de Cumbica, como propõe o Representante, tendo em vista a possibilidade dos consumidores de utilizar outros fornecedores localizados na área da Grande São Paulo, além das livrarias situadas no Aeroporto.”

A questão central da discordância entre as posições adotadas pela SEAE e as opiniões de Barrionuevo está na atribuição de diferentes níveis de valor ao custo de oportunidade do consumidor no momento em que este efetiva a sua compra. É certo, como afirma Barrionuevo, que os consumidores não são imóveis, porém também é importante avaliar até que ponto estes consumidores de cigarro estão dispostos a aguardar o surgimento de

momentos adequados para seus deslocamentos ou o quanto utilizam suas capacidades de programação no aproveitamento de seus deslocamentos para a realização de compras antecipadas. Acredita-se que nem a paciência, nem a programação, sejam características às quais os consumidores de cigarro atribuam valor significativo que, perante um produto de pequena participação em seus orçamentos (*shopping centers* e aeroportos são normalmente freqüentados por uma população de melhor nível econômico), os impeça de realizar a compra de imediato no local no qual se encontram.

5.2.5.4 Efeitos concorrenciais dos contratos de exclusividade

Além da definição de mercado relevante geográfico, outro aspecto importante trazido por este caso se refere aos efeitos concorrenciais dos contratos de exclusividade celebrados entre a Souza Cruz e varejistas.

a) Efeitos Negativos

Segundo o Parecer da SEAE:

“38, Consideram-se custos econômicos dos acordos de exclusividade de vendas o aumento da possibilidade de exercício, coordenado ou unilateral, do poder de mercado de qualquer empresa provedora do produto ou serviço. Os acordos de exclusividade aumentam a possibilidade de exercício unilateral do poder de mercado quando constituem mecanismos de exclusão de concorrentes. A exclusão pode se dar principalmente através da restrição ao acesso a sistemas de distribuição (‘foreclosure’) a empresas rivais ou potenciais competidores.”

E, ainda, como nota de rodapé constante na mesma página da citação anterior:

“Ao impedir o acesso à rede de distribuição, os acordos de exclusividade deixam três alternativas aos entrantes e a concorrentes afetados pela prática: estabelecer uma rede de distribuição alternativa – possibilidade geralmente economicamente inviável; esperar até que o contrato expire ou induzir os revendedores a romper o contrato de exclusividade, pagando a indenização. O efeito, em qualquer dos casos, é o de elevar os custos dos concorrentes, existentes e potenciais, possibilitando o aumento do poder de mercado e posteriormente dos lucros da empresa que impõe a cláusula de exclusividade.”

Neste ponto, observa-se que a interpretação da SEAE, ao mencionar a alternativa do estabelecimento de canais de distribuição alternativos, coincide com a posição de Jacobson (2002), segundo a qual é o aumento do custo dos rivais, e não simplesmente o bloqueio do

mercado a concorrentes efetivos ou potenciais, o fator determinante a demonstrar o possível uso do poder de mercado pela empresa dominante com o intuito de reduzir a capacidade competitiva dos rivais.

Na seqüência, o Parecer introduz o conceito de aumento do “preço efetivo” de um determinado bem, quando ocorre uma maior dificuldade em adquiri-lo. Mesmo quando o preço nominal do produto for fixo, a exclusividade pode resultar em restrição de variedade de produtos disponíveis, resultando em uma maior dificuldade de aquisição do bem alternativo àqueles que são objeto da exclusividade, trazendo prejuízos ao consumidor.

O Parecer prossegue analisando quatro fatores que podem determinar que os acordos de exclusividade acabem por elevar o preço efetivo do produto:

i) a participação de empresa (Souza Cruz) na indústria de cigarros que, segundo dados relativos ao ano de 1997, apresentados no Parecer, era de maneira geral superior a 80%;

ii) a porção do mercado relevante coberta pelas condutas verticais investigada, a qual era, na média, nos mercados definidos, de 59%. Foram citados nove shoppings, localizados em Caxias do Sul (RS), Curitiba (PR), Ribeirão Preto (SP), São Paulo (SP), São José (SP), Santo André (SP) e Rio de Janeiro (RJ), que apresentavam índice de fechamento de 100%. Dos 44 mercados relevantes amostrados, apenas 2 apresentavam índice de fechamento inferior a 20% (índice considerado como “porto seguro”, utilizado por órgãos de defesa da concorrência em outros países);

iii) a extensão das barreiras à entrada no mercado relevante em que se dá a prática vertical, a qual efetivamente estaria dificultando a entrada de novos concorrentes no mercado, fato evidenciado pelo aumento de vendas da Souza Cruz nos locais onde o contrato foi estabelecido e o pagamento de “luvas” para os pontos de venda pela empresa, o qual pode ser interpretado, segundo visão da SEAE, como a divisão de lucros supranormais.

É de se questionar, no entanto, se tais lucros supranormais não seriam resultado de alguma eficiência alcançada. Por outro lado, o aumento das vendas nos pontos onde o contrato foi estabelecido é um importante dado que pode ser considerado, contrariando argumentos que defendem o elevado grau de fidelidade às marcas.

iv) a efetividade da competição proporcionada pelos produtores de marcas rivais, em razão da existência de regulamentação exigindo uma diferença de preço mínima de 12% entre as categorias de cigarros e do contínuo aumento de restrições às publicidades, mostra-se cada vez mais dependente da facilidade de acesso dos consumidores aos pontos de venda.

b) Efeitos positivos

A Souza Cruz alega, em defesa apresentada em novembro de 1998, que os contratos de exclusividade de vendas, acessórios aos esforços de *merchandising*, têm o objetivo de evitar condutas oportunistas (*free-riding*) por parte dos fabricantes concorrentes ou dos próprios varejistas, não se destinando a impedir o acesso de concorrentes aos canais de distribuição. Acrescenta que os investimentos realizados pelo fabricante representam a transferência de recursos adicionais ao varejo, revertendo em maior conforto para o consumidor. Conclui argumentando que o contrato de exclusividade gera uma concorrência entre os fabricantes, aumentando o fluxo de recursos e vantagens comerciais para o varejo e, inclusive, beneficiando a entrada de novos varejos.

O Parecer da SEAE segue apresentando, de forma clara e concisa, o conceito e os efeitos do *free-riding*:

49, O *free-riding* consiste no ato de utilizar os serviços de um ativo de propriedade de terceiros sem incorrer nos custos correspondentes. Uma empresa que adota essa conduta terá custos (e preços) inferiores aos da empresa concorrente e provedora do ativo, tendendo, por isso, a apropriar-se de parte expressiva da demanda que a concorrente gera através da disponibilização desses ativos.

E seguindo, o Relatório observa que “Por outro lado, a firma que é vítima do *free-riding* não se apropria da totalidade dos benefícios gerados por seus investimentos e encontra-se desincentivada a aplicar recursos nesses ativos, o que piora o desempenho comercial da empresa.”

Concluindo a argumentação:

50, Os acordos de distribuição exclusiva podem impedir a apropriação, por terceiros, de parte da demanda gerada pelo esforço de venda de provedores em distribuidores, ao impedir que seus distribuidores comercializem produtos dos rivais, o provedor cria “direitos de propriedade” sobre os esforços de venda que realiza através dos distribuidores de seus produtos.

O Parecer da SEAE contrapõe-se à defesa da Souza Cruz ao considerar que: i) a parte mais importante do esforço de vendas realizado pelos fabricantes de cigarro ocorre por publicidade realizada através de meios de comunicação de massa, enquanto que o *merchandising* tem apenas função complementar, ao lembrar ao consumidor, no momento da compra, a opção pela marca, ii) o local de consumo de cigarros independe do local da compra, iii) os materiais de *merchandising* instalados pela Souza Cruz, constituídos de cartazes, placas

acrílicas, estrutura modular sob medida para cigarros, relógios, etc., destinados exclusivamente a veicular a marca do fabricante, não são passíveis de aproveitamento por condutas oportunistas, iv) os investimentos em melhoria do *design* e do conforto, mesmo não sendo específicos à marca, não são necessários à venda de cigarros, nem geram aumento substancial da venda, e v) com o aumento do conforto dos frequentadores de bares e botequins, consumidores dos demais serviços do ponto de venda, haveria, não uma criação, mas uma transferência de bem-estar entre consumidores, às custas dos consumidores de cigarros da Philip Morris. Assim, conclui o Parecer, não há evidências de que o desempenho comercial do fabricante dependa substancialmente de investimentos em pontos de venda e os investimentos realizados não produzem externalidades positivas significativas aos produtores rivais, não caracterizando neste caso, portanto, que o *free-riding* possa ser um problema de fato.

O Parecer rebate o argumento da Souza Cruz de que os contratos de exclusividade, ao estimularem a concorrência com outros fabricantes rivais, facilitariam a entrada de novos varejistas, afirmando que haveria um custo econômico a ser pago, em última instância, pelos consumidores das marcas rivais.

c) Efeito líquido da conduta

O Parecer apresenta a subtração entre a redução das vendas de cigarros Philip Morris e o incremento das vendas da marca Souza Cruz, comparando momentos anterior e posterior nos locais, dentro do Estado de São Paulo, onde foram estabelecidos os contratos de exclusividade. É obtido um resultado negativo, indicando que houve uma redução no número total de cigarros comercializados nestas áreas, o correspondente a 408.350 cigarros por mês ou 680 maços por dia.

5.2.5.5 Conclusão e Análise do Parecer

A alegação da Souza Cruz de que a participação de mercado da Philip Morris tem aumentado em nível nacional é pouco significativa ao caso, no entendimento da SEAE, visto que o importante é a análise dentro dos mercados relevantes de produto e geográfico definidos.

Assim, diante dos dados, informações e análises realizadas, o Parecer da SEAE concluiu que o efeito líquido da prática de contratos de exclusividade de vendas com distribuidores de cigarros no atacado e no varejo foi negativo, devendo ser proibida.

Arthur Barrionuevo Filho questiona a conclusão do Parecer, expondo sua visão de que (i) o percentual de fechamento considerado se deve à definição excessivamente restrita de mercado relevante geográfico utilizada pela SEAE, (ii) segundo Kotler (2000), não existe o predomínio de importância da publicidade sobre o *merchandising*, (iii) considerando o cigarro um bem de experiência, onde o consumidor somente conhece a qualidade da marca após o consumo, o *merchandising* e a exclusividade têm importância por levar o consumidor a experimentar a marca desconhecida, aumentando a competição. Baseia esta sua última conclusão no modelo apresentado por Tirole (1998, p. 202-204), no qual, sendo os gostos dos consumidores dados e diferenciados, quanto menor a quantidade de pessoas conhecedoras da qualidade do bem do fabricante 2, maior poderá ser o preço praticado pelo fabricante 1, portanto maior seu lucro.

Considerando que a fidelidade independe de haver o consumidor experimentado ou não outra marca, Barrionuevo parece se contradizer ao apresentar dados de fidelidade do consumidor jovem à marca e salientar o papel do *merchandising* em promover a experimentação de um produto novo, uma vez que, no contexto analisado, esta experimentação seria forçada pela falta de opção, custo de oportunidade, o qual o mesmo defende ser reduzido. Considera-se, também, não ser adequada a defesa apresentada por Barrionuevo quanto à dimensão apropriada do mercado relevante geográfico. Ele cita a *American Bar Association*, a qual considera que, enquanto os mercados de manufaturados tendem a ser regionais, nacionais ou internacionais; os mercados de varejo e de serviço são normalmente mais locais. Em seguida, apresenta como exemplo, a região metropolitana como o mercado relevante aos varejistas do setor de calçados, um produto de características diferentes do cigarro.

Por outro lado, o Parecer da SEAE realiza uma ponderação aprofundada dos efeitos anti e pró-competitivos, ao considerar (i) a extensão das barreiras à entrada a outros fabricantes, evidenciada pelo aumento de vendas da Souza Cruz, (ii) o fato do potencial competitivo dos rivais estar fundamentado na facilidade de acesso aos pontos de venda e (iii) que o desempenho comercial dos fabricantes não depende substancialmente de investimentos em pontos de venda, visto que estes não produzem externalidades positivas capazes de serem objeto de *free-riding* dos competidores, consubstanciando a correção de suas argumentações e conclusões.

5.2.6 Federação Nacional da Distribuição de Veículo Automotores (FENABRAVE) vs. Fiat, Volkswagen, Ford e General Motors (PA nº 08012.006808/2000-81)

A FENABRAVE queixou-se ao CADE de práticas anticompetitivas adotadas pelas montadoras de veículos Fiat, Volkswagen, Ford e General Motors. Na petição à SDE/MJ, a FENABRAVE tratou de 7 condutas restritivas praticadas pelas montadoras em detrimento das concessionárias de veículos, quais sejam: i) preços abusivos dos veículos; ii) preços abusivos das peças de reposição; iii) preço abusivo das peças e mão-de-obra em garantia; iv) obrigatoriedade de aquisição; v) recusa de contratar; vi) venda casada; e viii) discriminação entre concorrentes. Tais práticas podem ser tipificadas como infrações à ordem econômica com base nos artigos 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos V, XII, XXIII e XXIV da Lei nº 8.884/94.

A análise deste caso é importante em razão das montadoras de veículos e suas concessionárias se relacionarem verticalmente, na cadeia produtiva da indústria automobilística, através de contratos de exclusividade. Portanto, todas as condutas citadas no parágrafo anterior estão inseridas dentro de uma relação baseada em acordos de exclusividade. Além disso, é um caso onde, nitidamente, o conflito se estabelece entre os participantes do contrato, criando a possibilidade de se aprofundar a análise sobre os diferentes interesses existentes em relações agente-principal (concessionária-montadora).

As montadoras fabricam os automóveis, vendem no atacado para as concessionárias, as quais comercializam o produto no mercado varejista para o consumidor final. Por outro lado, as concessionárias comercializam também autopeças para reposição, a quase totalidade delas fornecidas pelas próprias montadoras. Assim, dentre as atividades desenvolvidas pelas concessionárias, as atividades de comercialização de veículos novos e de autopeças para reposição são dependentes do fornecimento das montadoras por força do estatuto legal que rege a relação entre montadoras e concessionários (Lei Ferrari). Tal lei, no entanto, também determina que as montadoras não podem vender veículos diretamente ao consumidor final, sendo obrigatória a utilização de redes de concessionárias exclusivas.

Apesar da SDE/MJ e da SEAE/MF terem alertado ao CADE de que as condutas imputadas às montadoras não poderiam ser caracterizadas como práticas anticoncorrenciais no mercado, devido a não existência de um mercado propriamente dito nesta relação, mas sim o estabelecimento de contrato vertical onde ambas as partes concordam em restringir suas condutas comerciais em benefício mútuo, o parecer do ex-conselheiro Arthur Barrionuevo, encomendado pela GM, encontra elementos de hierarquia e de mercado nas relações entre

concessionárias e montadoras. Assim, conclui Thompson A. Andrade, Conselheiro-relator do caso, que a presença de regras contratuais não é condição suficiente para afastar a aplicação da legislação antitruste e de conceitos analíticos básicos, como mercado relevante, poder de mercado e o seu abuso.

5.2.6.1 Análise da alegação de preços abusivos para veículos novos

O preço abusivo é visto, tanto na jurisprudência nacional, como na internacional, como sintoma de abuso de poder de mercado.

Os dados de participação de mercado constante nos autos indicam que pelo menos três montadoras, Volkswagen, Fiat e GM, detêm poder de mercado nos segmentos de veículos populares e médios. Entretanto, a análise feita com base nas informações obtidas sobre preços revela uma tendência geral de elevação dos preços dos automóveis, explicada, segundo as montadoras, pela introdução de novas tecnologias e novos materiais a partir da abertura comercial ocorrida na década de 1990. Além disso, Thompson A. Andrade e seu assessor, Roberto Teixeira Alves, consideram que o equilíbrio das participações de mercado observado nos segmentos de veículos populares e médios indica a existência de rivalidade entre as montadoras, impossibilitando-as de individualmente praticarem preços abusivos sem o risco de sofrerem perda de participação para os concorrentes. Ainda, segundo a ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado, entre 1993 e 1997 ocorreu queda nos *markups* das montadoras, inclusive no segmento de carros populares.

Portanto, os argumentos apresentados sugerem que a investigação da causa dos aumentos de preços deve ser buscada, não por meio da avaliação de preços absolutos dos automóveis e da sua evolução, mas fundamentalmente através da análise das condutas adotadas pelas montadoras, as quais poderiam estar possibilitando o exercício do poder de mercado.

5.2.6.2 Abusividade nos preços das peças de reposição

O índice de fidelidade (art. 8º da Lei Ferrari, modificada pela Lei nº 8.132/90) de compra de autopeças diretamente das montadoras é legalmente entendido como parte integrante da concessão, “podendo a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.”

A proposta apresentada pela FENABRAVE, de suspensão do índice de fidelidade, permitindo que as concessionárias adquiram, sem restrições, autopeças homologadas de revendas independentes, esbarra em três aspectos: i) o primeiro diz respeito ao fato da existência do índice de fidelidade ser um ponto presente na Lei Ferrari, portanto, a adoção da proposta dependeria de alteração na referida lei; ii) o segundo decorre da limitação na oferta de peças homologadas⁷⁹, visto que tal tipo de peça não abrange a totalidade das peças necessárias, permanecendo o efeito “lock in” (dependência do fornecimento de peças certificadas exclusivamente através da montadora); e iii) o terceiro, refere-se à eficácia da medida, pois não haveria impedimento no sentido que o excedente da montadora, disponibilizado pela redução de seu monopólio, fosse inteiramente apropriado pelas concessionárias, mantendo-se inalterada a situação do consumidor.

Diante da argumentação das montadoras, da SEAE/MF e da SDE/MJ de que a adoção do índice de fidelidade é fator de eficiência, ao tranquilizar o consumidor quanto à qualidade das peças comercializadas pelos concessionários; o Conselheiro-relator do CADE, Thompson A. Andrade, e seu assessor, Roberto Teixeira Alves, advertem que i) a decisão sobre a qualidade das peças de reposição ofertadas deve ser uma opção livre dos agentes que operam no mercado, ii) os princípios e regras estabelecidos na Lei Ferrari podem reduzir a intensidade competitiva ao limitar a diferenciação de estratégias entre as montadoras e entre as concessionárias, e iii) somente com a revisão da Lei Ferrari, o duplo monopólio existente no comércio de autopeças certificadas poderá ser contestado.

Trata-se de um problema, conforme definido por Carlton e Perloff (2000, p. 402-3) de “reputação do produto”. A reputação de que as revendas comercializam apenas peças certificadas, ou seja, de qualidade garantida pela montadora, agrega valor ao produto. Portanto, a permissão para a comercialização de peças não certificadas, através das concessionárias, afetaria a confiança do consumidor na qualidade das peças e, conseqüentemente, na marca da montadora, prejudicando-a em sua reputação. Identifica-se uma clara relação agente-principal, onde os interesses das montadoras (principal) diferem dos interesses das concessionárias (agente).

⁷⁹ Segundo as montadoras, as peças certificadas fornecidas por elas às concessionárias diferenciam-se das peças homologadas, comercializadas pelas revendas independentes de autopeças, pela garantia de qualidade concedida pelas montadoras às concessionárias.

5.2.6.3 Preços baixos para as peças e serviços em garantia

As concessionárias, responsáveis, por força de lei, pela execução dos serviços de manutenção no período de garantia, reclamam serem baixas as remunerações referentes ao custo da mão-de-obra e, também, as margens concedidas pelas montadoras nas peças de reposição utilizadas durante o referido período.

O Conselheiro-relator, no entanto, entendeu que a matéria é estritamente comercial, não sendo alcançada pela Lei de Defesa da Concorrência, uma vez que cabe a cada montadora definir a importância que atribuirá aos serviços pós-venda como forma de estratégia competitiva.

5.2.6.4 Prática de Venda Casada

As concessionárias alegam a prática, por parte das montadoras, de condicionar o atendimento de pedidos excepcionais de veículos, fora da quota mensal estabelecida de comum acordo entre concessionária e montadora, à aquisição de outro veículo de difícil comercialização (Fiat) ou de peças e ferramentas em quantidades excessivas (Volkswagen).

A Resolução nº 20/99 do CADE define como principais efeitos anticompetitivos da venda casada: (i) a “alavancagem” de poder de mercado de um produto para outro, elevando abusivamente os lucros em detrimento dos adquirentes e, em última análise, do consumidor (questão reclamada pelas concessionárias); e (ii) o “bloqueio” do segmento a jusante (em geral, de distribuição) para concorrentes efetivos e potenciais (aumento das barreiras à entrada). Este segundo ponto não cabe no contexto em razão da presença das cláusulas de exclusividade, as quais por si só já determinam este bloqueio.

Segundo Thompson A. Andrade, uma análise mais aprofundada do mecanismo de funcionamento do sistema de pedidos, tanto da Fiat, como da Volkswagen, mostra a inexistência de indícios da prática de venda casada. Enquanto a primeira montadora atende o pedido “firme” (pedido mensal que compreende as necessidades de estoque da concessionária de um mês) na íntegra, condicionando pedidos extras à disponibilidade do veículo solicitado em seu estoque; a segunda, assume o envio de produtos não solicitados, já que 20% do pedido firme, segundo as normas que regulamentam a operacionalização do sistema de pedidos Volkswagen, são de veículos determinados pela própria montadora. Esta, no entanto, argumenta tratar-se de sua política de vendas e gestão de estoques em uma conjuntura

recessiva, para estimular o esforço de venda e evitar o oportunismo das concessionárias de investir apenas nos modelos de maior aceitação. Quanto à Volkswagen, a própria FENABRAVE destaca que a montadora “freqüentemente se recusa a fornecer veículos não incluídos no pedido firme”, o que também segundo o Conselheiro-relator, praticamente exclui a montadora da imputação da prática de venda casada.

Baseados nos argumentos de que i) “não é razoável impor exclusivamente à montadora, a obrigação de arcar com o ônus de atender pedidos fora da programação mensal, [...]”, ii) “é evidente que a conduta não alcança parcela substancial dos mercados relevantes de revenda.”, e iii) “não foi possível encontrar qualquer racionalidade, [...], uma vez que esta prática [venda casada] pode desestimular a ação agressiva da revenda, que seria penalizada com o aumento de produtos em estoque,[...]”, Conselheiro-relator e assessor concluíram pela ausência, tanto de afetação da concorrência, como da redução do bem-estar do consumidor final decorrente da eventual remessa de veículos não solicitados junto com aqueles previstos na atribuição mensal.

Acredita-se, no entanto, ser interessante um estudo mais aprofundado sobre a prática de venda casada, diante da norma que possibilita à Volkswagen o envio sistemático, portanto não eventual, de 20% do pedido firme mensal segundo seus próprios interesses. Também não se pode considerar injusto impor exclusivamente a esta montadora o ônus de arcar integralmente com os custos financeiros e de estocagem de produtos produzidos, talvez, com o objetivo de diluição de seus custos fixos em períodos recessivos, ao invés de repassá-los às concessionárias. Observam-se presentes, novamente, conflitos originados da relação agente-principal entre concessionárias, cujos interesses parecem ser de concentrar seus esforços nos veículos de mais fácil comercialização, e montadoras, as quais, através da distribuição compulsória de veículos de difícil comercialização, podem estar interessadas em participar dos diversos segmentos de mercado (popular, médio e luxo).

5.2.6.5 Obrigatoriedade de aquisição e recusa de contratar

Estes dois pontos estão inter-relacionados, aparecendo o segundo como consequência do primeiro. Para o entendimento destas condutas reclamadas pela FENABRAVE, faz-se necessário o conhecimento de que a aquisição dos veículos pelas concessionárias ocorre, quase integralmente, financiado, seja através do fundo de capitalização, formado com contribuições de montadoras e concessionárias que correspondem a valores entre 0,3 a 4% do

faturamento de veículos novos, ou pelo sistema de crédito rotativo, conhecido como *floor plan*, que se constitui em uma linha de crédito regular concedida ao concessionário pelo banco da montadora. Tanto por meio da primeira forma, onde após a utilização dos recursos do fundo com o pagamento ao fabricante, como da segunda, onde a montadora, ao liberar o veículo da fábrica para o distribuidor, debita o valor da fatura na conta corrente do concessionário e aciona o sistema de cobrança de juros e demais encargos, a reposição ou o pagamento devem ocorrer após a venda ao consumidor final, ou entre 60 a 120 dias da data do faturamento do veículo, prevalecendo o evento que primeiro se efetivar.

A FENABRAVE formulou sua denúncia contra a Volkswagen referindo-se à remessa de veículos faturados, por qualquer das modalidades de financiamento antes descritas, ao concessionário e o correspondente acionamento dos mecanismos de pagamento. Se dentro dos prazos estabelecidos não ocorresse a devolução dos recursos utilizados, o concessionário ficaria suspenso por 30 dias do sistema de faturamento, ocorrendo, neste momento, segundo a FENABRAVE, a conduta de “recusa de contratar”. Também foram alvo de denúncias (a) o envio a concessionárias, pela General Motors, de 400 modelos ano 2000 não solicitados, principalmente Blazer e S10; tal atitude foi considerada pelo CADE apenas como uma transferência eventual, decorrente do desajuste temporário entre o planejamento de vendas e a evolução da demanda no curto prazo, observado em um contexto de retração de consumo e acirramento de pressões competitivas; e (b) o sistema de crédito rotativo da Fiat, principal opção de financiamento dos concessionários desta montadora.

Dentre outras formas disponíveis de financiamento, como a busca de recursos junto ao sistema bancário ou a venda de veículos em bolsas de automóveis, os chamados “boqueiros”, a utilização dos fundos de capitalização, assim como dos sistemas de crédito rotativo, é voluntária e estas opções foram criadas pelas montadoras com o objetivo de fortalecer suas redes de distribuição, ao oferecer condições mais vantajosas que as do mercado financeiro. Sendo assim, constata o Conselheiro-relator, e com o qual se concorda, que a suspensão da linha de financiamento ao concessionário inadimplente não configura recusa de contratar, mas apenas o acionamento de um mecanismo prudencial amplamente utilizado nas atividades de financiamento e crédito em diversos mercados. Entende ele, portanto, que as condutas praticadas refletem unicamente disputa comercial privada, sem reflexos anticompetitivos, e, portanto, fora do alcance da Lei nº 8.884/94.

5.2.6.6 Discriminação entre concorrentes

A FENABRAVE argumenta a existência de discriminação entre concorrentes decorrente da forma de funcionamento do sistema de crédito rotativo da Fiat e do Fundo de Capitalização Apolo da Volkswagen.

O Banco Fiat concede carência de alguns dias, período em que não incidem encargos financeiros sobre o crédito concedido, referente ao tempo de trânsito do veículo entre a fábrica e a concessionária. A alegação da denunciante é de que enquanto algumas concessionárias recebem os veículos dentro do período de carência, outras, localizadas em regiões mais distantes, somente os recebem após o término do referido período. A Fiat refuta tal alegação avaliando que os custos de administração de prazos reais e distintos a cada um dos 350 concessionários elevaria o preço do produto ao consumidor final. Acrescenta que as diferenças nos tempos de trânsito podem ser relevantes para concessionárias localizadas em diferentes regiões, as quais não competem entre si. Entretanto, para concessionários localizados na mesma região ou município, inexistente esta diferença de tempo.

Quanto ao Fundo Apolo, a FENABRAVE acredita existir discriminação no modo de funcionamento do sistema de bonificações sob a forma de descontos concedidos nas notas fiscais de compra, os quais serão transferidos para a sua conta de capital no fundo. Quando o capital do concessionário atinge o montante necessário ao pagamento à vista de 100% de sua atribuição mensal de veículos, a bonificação extraordinária é eliminada, sendo reintroduzida sempre que o montante se reduza de 80%.

O CADE considerou procedente as argumentações da Fiat, observando que, perante as diferenças desprezíveis de tempo verificadas dentro de um mesmo mercado geográfico, não há configuração de discriminação entre concorrentes. Do mesmo modo, concluiu que, como todas as concessionárias recebem a bonificação extraordinária quando o saldo junto ao fundo se encontrar abaixo de 80% da atribuição mensal, as regras definidas pela Volkswagen para a concessão destas bonificações também não configuram discriminação entre concorrentes.

5.2.6.7 Observações finais

O Plenário do CADE, no julgamento do processo, por unanimidade, aceitou todos os argumentos do Conselheiro-relator, acompanhando seu voto pelo arquivamento. A única discordância ocorreu na questão referente ao paralelismo de preços, sendo sugerida a abertura

de processo administrativo pela SDE/MJ para investigar a possível ação concertada no reajuste dos preços dos veículos automotores.

Apesar de se considerar importante uma verificação mais aprofundada também na questão relacionada à possível prática de venda casada pela Volkswagen, quando se reserva o direito de definir 20% dos modelos a serem adquiridos mensalmente pelas concessionárias, inclusive através da comparação da política de vendas desta montadora aplicada em outros países; o relatório apresentado pelo Conselheiro-relator, Thompson A. Andrade, no presente caso, está amplamente embasado através da utilização sistemática da regra da razão e de análises econômicas que o fundamentam e demonstram sua preocupação na busca da preservação do ambiente competitivo, visando a maximização de benefícios ao consumidor final.

5.3 AVALIAÇÃO DE CASOS SEGUNDO O CRITÉRIO DE DOBSON E WATERSON (1996)

Com o objetivo de possibilitar uma avaliação crítica das decisões proferidas pelos órgãos brasileiros de Defesa da Concorrência nos casos anteriormente estudados, definiu-se o emprego do método sugerido por Dobson e Waterson (1996), e ampliado por Balbinotto e Hillbrecht (2004), aos mesmos (método este apresentado ao final do capítulo 3 da dissertação). Entretanto, em razão da precária disponibilidade das informações necessárias à aplicação de tal metodologia, decidiu-se pela abordagem de apenas dois casos. Foca-se, portanto, a análise sobre os casos (i) entre a Phillip Morris e a Souza Cruz e (ii) entre a FENABRAVE e as montadoras automobilísticas.

5.3.1 Souza Cruz vs. Phillip Morris

5.3.1.1 *Mark ups* em nível de fabricantes

As diferenças de custos de produção entre a Souza Cruz e a Phillip Morris são insignificantes (caráter maduro da tecnologia e condições semelhantes de acesso aos insumos), resultando em preços muito próximos por classe de produto. Assim, a competição acaba restrita às estratégias de diferenciação do produto e às conseqüentes políticas de distribuição. Além disso, segundo Canuto e Silveira (2003, p. 308), o elevado peso dos

impostos na composição do custo do produto (73,55%) acaba reduzindo a margem líquida para em torno de 18%.

5.3.1.2 Participação no mercado da empresa líder

A participação no mercado da empresa líder é alta, com leve tendência de aumento. Segundo Possas *et al.* (2003, p. 331-2), a Souza Cruz é claramente uma empresa com posição dominante, cujo *market share* é superior a 77% em nível nacional. Entre os anos de 1993 e 1998, observou-se uma tendência de incremento na participação de mercado desta empresa (78,8% em 1997), verificando-se o oposto para a Phillip Morris, tanto em nível nacional (de 18,7% para 16,5%), como em praticamente todas as regiões observadas. A participação de mercado conjunta das outras concorrentes é pequena e constante (5,9% em 1998). Além disto, na análise referente às participações de mercado segundo a região do país analisada, a Souza Cruz apresenta participações que oscilam entre 65% e 96%.

5.3.1.3 Concentração em nível de fabricante

Segundo dados da AC Nielsen e da ABIFUMO (POSSAS *et al.*, 2003, p. 331), o índice de concentração CR4 (somatório dos percentuais de participação de mercado das quatro maiores empresas em faturamento) para o mercado nacional é superior a 95%. O índice HHI⁸⁰ aproximado, que também mede a concentração de mercado, é de 6.344, indicando uma indústria bastante concentrada.

5.3.1.4 Competição intermarcas

A competição intermarcas é alta, tendo se acirrado a partir da segunda metade da década de 90, quando, diante do declínio do mercado americano, a Phillip Morris passou a buscar com intensidade o mercado latino americano. Porém, encontrou a Souza Cruz com

⁸⁰ O índice de Herfindahl Hirschman (HHI) corresponde ao somatório dos quadrados das participações de cada empresa no mercado. É capaz de captar um maior volume de informações acerca da concentração do que o CR4. O HHI varia de 0 a 10.000. Em um mercado semelhante ao modelo de concorrência perfeita com um número muito grande de unidades, o valor das participações individuais de mercado é insignificante e o HHI tende a zero. No extremo oposto, sob regime de monopólio, em que há apenas uma empresa, sua participação é de 100% e o HHI correspondente é 10.000 (100²).

estratégias locais bem sucedidas e para quem o Brasil representa o único mercado onde ela é capaz de fazer frente ao poderio global da Phillip Morris. A competitividade entre as empresas líderes de mercado, que não se dá via preço, exige grande quantidade de capital. Tal exigência decorre da necessidade de desenvolvimento e suporte da marca, que requer significativos investimentos em mídia, eventos, campanhas promocionais e colocação do produto no ponto de venda. Por ser a Phillip Morris uma grande empresa internacional no mercado de cigarros, seria ela que contaria com as vantagens de acesso ao capital.

5.3.1.5 Competição intramarcas

A competição intramarcas é baixa. Em razão do preço do maço de cigarros no varejo ser estabelecido pelo fabricante e submetido à Receita Federal (diferença mínima de 12% entre cada classe), a competição neste nível fica reduzida. O fator realmente determinante é a facilidade de acesso ao ponto de venda no momento da compra.

5.3.1.6 Economia de escopo no varejo

O produto proporciona uma alta economia de escopo no varejo em razão de que os recursos necessários à sua venda não são específicos a uma determinada marca. Além disso, os cigarros representam apenas um dos inúmeros produtos comercializados em bares, padarias, etc, sendo uma atividade secundária.

5.3.1.7 Custo de procura do consumidor

Uma vez definidos no relatório da SEAE/MF os mercados geográficos no varejo, como cada shopping, aeroporto ou raio de “poucos metros” do ponto de venda, e no atacado, como cada estabelecimento atacadista (rede Makro), e considerando que os consumidores não estariam dispostos a substituir o cigarro por outro produto naquele momento; comprar o cigarro da marca preferida implicaria em elevado custo de procura.

5.3.1.8 Outros argumentos de eficiência (natureza do produto)

Fraco potencial de ganho de eficiência. Trata-se de um produto comercializado em lojas de conveniência, de natureza não complexa, de compra repetida, não oneroso no orçamento do consumidor e sobre o qual a opinião do varejista na decisão de compra é desprezível.

5.3.1.9 Definição dos termos do contrato

Os contratos variavam, conforme definição da Souza Cruz, em relação às remunerações pagas aos comerciantes de acordo com as características dos estabelecimentos, tais como localização urbana, tipo de estabelecimento (bar, restaurante, padaria, loja de conveniência), classe social da clientela e volume de vendas. Não é clara a rigidez destas variáveis, impossibilitando saber até que ponto as revendas teriam capacidade de negociação.

5.3.1.10 Efeito líquido gerado

Diante da análise dos itens anteriores, percebe-se que se trata de um mercado polarizado entre duas empresas, onde a Souza Cruz detém uma participação de mercado quase 5 vezes superior à participação da Phillip Morris. Esta elevada participação indica a existência de poder de mercado.

Além disso, apesar da competição intermarcas ser elevada e estar baseada na diferenciação de produto, concorda-se com o relatório da SEAE/MF, o qual observa que: “[...] é importante notar que a maior parte do esforço de venda é feita pelo provedor de cigarros em meios de comunicação de massa [...] e não em merchandising, cujos ativos seriam, supostamente, protegidos pela cláusula de exclusividade.” Portanto, a função do merchandising exclusivo seria apenas complementar, não existindo evidência de que o desempenho comercial do fabricante dependa substancialmente de investimentos em pontos de venda.

A análise evidencia, também, tratar-se de um produto de conveniência, com elevado custo de procura para o consumidor e onde a ausência de cláusulas de exclusividade possibilitaria a efetivação de economias de escopo.

Portanto, pode-se concluir que a adoção de acordos de exclusividade, diante da metodologia utilizada, mostra-se negativa à competição.

5.3.2 FENABRAVE vs. Montadoras

5.3.2.1 *Mark ups* em nível de fabricantes

Segundo dado apresentado no parecer da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado (ANDRADE; ALVES, 2003, p. 353), entre 1993 e 1997 ocorreu uma queda nos *mark ups*, a qual atingiu inclusive modelos populares.

5.3.2.2 *Mark ups* em nível de revendas

As concessionárias alegaram estar esmagadas, de um lado pelos altos preços e, de outro, pela retração da demanda. Essa situação gerou, ainda segundo as concessionárias, a acumulação dos estoques das revendas, forçando-as a baixar os preços e à conseqüente redução das margens de lucro.

5.3.2.3 Participação no mercado das empresas líderes

Segundo Andrade e Alves (2003, p. 352), os dados de participação de mercado constantes nos autos indicam que pelo menos três montadoras, a Volkswagen, a Fiat e a GM, detêm poder de mercado nos segmentos de veículos populares e médios para impor práticas restritivas que possam afetar a concorrência no mercado de fabricantes de veículos novos e, conseqüentemente, nos mercados de revenda.

5.3.2.4 Concentração em nível de fabricante

Embora sem a disponibilidade dos dados da época, sabe-se que historicamente a concentração de mercado da Volkswagen, General Motors, Ford e Fiat é alta. Ocorrem flutuações entre as quatro empresas ocasionadas basicamente pelo sucesso alcançado quando da introdução de novos modelos.

5.3.2.5 Competição intermarcas

A competição intermarcas é alta. Ocorre em nível de mercado nacional, de acordo com as estratégias de *marketing* adotadas pelas montadoras (lançamentos, campanhas publicitárias em veículos de comunicação de massa de circulação nacional - TV e revistas). O equilíbrio das participações de mercado observado no segmento de veículos populares e médios é indicativo da existência de rivalidade entre as montadoras, tornando improvável que cada uma delas, individualmente, possa praticar aumentos de preços sem incorrer no risco de perder fatias de mercado para os concorrentes (elevado grau de substituição do produto).

5.3.2.6 Competição intramarcas

A competição intramarcas é moderada. A cláusula de exclusividade no contrato de concessão faz da montadora a única fornecedora do distribuidor, fixando inclusive os preços dos veículos para as concessionárias. Assim, este tipo de competição fica condicionada ao número de concessionárias de cada marca existentes em cada região metropolitana. A presença de revendedoras multimarcas de automóveis usados e novos aumenta a intensidade competitiva. Observa-se que as campanhas publicitárias estão muito mais voltadas à divulgação da marca do que da concessionária, embora este segundo tipo também ocorra.

5.3.2.7 Economia de escopo no varejo

A economia de escopo no varejo é moderada. Apesar de parecer significativa, devido à possibilidade de utilização do espaço do show-room para diversas marcas, a obrigatoriedade de prestação de serviços de manutenção e a substituição de peças em garantia atuam reduzindo este tipo de economia.

5.3.2.8 Custo de procura do consumidor

O custo de procura do consumidor é baixo, em razão do alto custo de um carro em relação a outras despesas do consumidor, o mesmo estará disposto a visitar um bom número de concessionárias antes de realizar a compra.

5.3.2.9 Outros argumentos de eficiência (natureza do produto)

Os ganhos de eficiência são moderados. Por ser um produto de natureza técnica, com considerável taxa de mudança tecnológica, caro, que necessita de uma equipe de vendas treinada, de uma só compra e adquirido em lojas que não são de conveniência, seria possível supor, a princípio, que importantes benefícios surgiriam destes contratos de exclusividade. Entretanto, além de estarmos tratando de um produto maduro, a presença de marcas fortes e de barreiras à entrada na revenda reduzem os ganhos de eficiência.

5.3.2.10 Definição dos termos do contrato

Os termos do contrato são definidos pela Lei Ferrari, com pontos específicos definidos pela convenção de marca, como o índice de fidelidade. Também a obrigatoriedade de distribuição exclusiva e do vínculo entre a revenda e os serviços de manutenção reduzem a intensidade competitiva.

5.3.2.11 Efeito líquido gerado

Devido aos fatores analisados anteriormente, e resumidos no Quadro 5.1, não é claro se os contratos de exclusividade entre montadoras e concessionárias são pró ou anticompetitivos. Do lado positivo, o sistema pode encorajar a realização de investimentos por parte das montadoras e estimular as vendas pelas concessionárias em razão de trabalharem com apenas uma marca. Por outro lado, com os preços fixados pelas montadoras, a competição intramarcas pode ficar enfraquecida, principalmente quando for pequeno o poder de compra das concessionárias e as mesmas estiverem trabalhando com margens reduzidas. Portanto, considera-se como ambíguo o efeito líquido gerado pela inserção de cláusula de exclusividade nos contratos entre montadoras e concessionárias.

5.4 CONCLUSÕES REFERENTES AO ESTUDO DE CASOS

A partir da análise dos casos norte-americanos percebe-se, partindo de 1922, uma evolução do fator considerado como fundamental na determinação da legalidade dos contratos de distribuição exclusiva nos Estados Unidos. Iniciando com a (i) “participação de mercado”

do fabricante; passando pelo (ii) percentual de bloqueio do mercado em nível de revenda (*foreclosure*), com a chamada regra do “quantitative substantiality”; alcançando a (iii) regra do “qualitative substantiality”, quando a utilização da regra da razão introduz uma ponderação entre os efeitos anti e pró-competitivos; e, finalmente, reconhecendo (iv) a existência do poder de mercado e seu uso abusivo como imprescindíveis à caracterização de uma prática como anticoncorrencial.

Além disso, os casos americanos fornecem uma considerável relação de vantagens oferecidas pelos fabricantes às revendas em troca da aceitação por parte destas dos acordos de exclusividade. Formas facilitadas de pagamento, empréstimos a juros baixos, produtos com desconto, substituição de produtos fora de linha não vendidos, despesas em publicidade e no treinamento da equipe de vendas dos distribuidores, venda de equipamentos a preços baixos, reforma e construção de instalações e participação em seguros de grupo de baixo custo são exemplos destas vantagens detectadas nos casos analisados. O oferecimento destas vantagens reforça o pensamento de Bork (1978), exposto no caso *Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.* (1922), que considera o uso do poder de mercado como forma de aquisição, e não uma imposição, dos contratos de distribuição exclusiva.

CASO	CIGARROS	CARROS
<i>Mark up</i> em nível de fabricante	Baixo	Em queda
<i>Mark up</i> em nível de revenda	-----	Baixo
Participações de mercado das empresas líderes	Alta (Souza Cruz)	Alta com flutuações
Concentração em nível do fabricante	Alta	Alta
Competição intermarcas	Alta	Alta
Competição intramarcas	Baixa	Moderada
Economias de escopo	Alta	Moderada
Custo de procura do consumidor	Alto	Baixo
Outros argumentos de eficiência	Fraca	Moderada

continua

continuação

CASO	CIGARROS	CARROS
Termos do contrato impostos pelo fabricante ou negociados com o revendedor	Não é clara a participação do revendedor	Lei Ferrari e convenção de marca
Efeito líquido potencial	Negativo à concorrência	Ambiguo

Quadro 5.1: Representação da Análise dos Casos Souza Cruz vs. Phillip Morris e FENABRAVE vs. Montadoras Automobilísticas Utilizando-se o Critério de Dobson e Waterson.

Fonte: elaborado pelo autor.

Destes estudos de casos, percebe-se que tanto nos casos americanos, como nos brasileiros, ocorre a apresentação e a discussão de conceitos relacionados à eficiência econômica. Os aspectos mais importantes de cada caso são apresentados no Quadro 5.2

CASO ESTUDADO	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS OBSERVADAS
<i>Standard Fashion Co v. Magrane-Houston Co.</i> (1922)	A Suprema Corte considerou ilegais os acordos de exclusividade devido à Standard controlar 40% das vendas de padrões de tecido dos Estados Unidos. Bork (1978) aborda questões como número adequado de empresas no mercado, o tempo de duração dos contratos e o uso do poder de mercado como forma de aquisição, e não de imposição, de contratos de exclusividade. Marvel (1982) considera que as CECD tinham o objetivo, neste caso, de proteger os investimentos do fabricante nos <i>designs</i> dos tecidos. Jacobson (2002) considera este caso como representativo de uma etapa de predominância do <i>market share</i> na análise da legalidade dos acordos.
<i>SOCAL and Standard Stations Inc. v. U. S.</i> (1949)	Os acordos de exclusividade objetivavam evitar o <i>free-riding</i> de outros fabricantes de gasolina e impedir a substituição por um produto de qualidade inferior. Foram considerados ilegais com decisão baseada no % de <i>foreclosure</i> (<i>quantitative substantiality test</i>).
<i>Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.</i> (1961)	Introduz a análise dos efeitos econômicos no julgamento de casos de venda exclusiva (<i>qualitative substantiality test</i>). A decisão autorizando a prática evita o uso indevido da legislação antitruste por parte da fornecedora de carvão.

continua

continuação

CASO ESTUDADO	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS OBSERVADAS
<i>Federal Trade Commission v. Brown Shoe Co.</i> (1966)	Representa um retrocesso, quase que pontual, ao considerar a ilegalidade dos acordos, baseando a decisão no número absoluto de vendas envolvidas. A decisão foi nitidamente influenciada pela recusa de uma fusão vertical deste mesmo fabricante de calçados quatro anos antes.
<i>Continental TV Inc. v. GTE Sylvania</i> (1977)	Presença de restrições territoriais em contratos de franquia exclusiva com o objetivo de reduzir a rivalidade entre os revendedores Sylvania, fabricante de TV. Representa uma importante etapa no reconhecimento pela Suprema Corte de que as restrições verticais podem promover a competição. São desconsiderados argumentos políticos e sociais e ignorados temas como escravidão da revenda e a necessidade de igualitarismo entre fabricante e distribuidor em prol da ponderação econômica.
<i>Beltone Eletronics Corp.</i> (1982)	Marca o reconhecimento, por iniciativa da própria <i>FTC</i> , de que a distribuição exclusiva pode gerar eficiências. Critica condenações em casos anteriores. Possibilita o emprego de alternativas mais restritivas, não considera apenas o grau de fechamento e estabelece a necessidade de comprovar um provável efeito adverso sobre a competição intermarcas.
<i>Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.</i> (1997)	Os acordos de exclusividade entre o fabricante de bombas automáticas de gasolina e distribuidores foram considerados legais em razão da existência de canais alternativos de distribuição para fabricantes rivais. As vendas exclusivas passam a ser analisadas como um possível produto da competição, e não como um ato de exclusão.
SDE vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda. (1992)	O CADE baseou sua decisão no entendimento de que, diante da inexistência de poder de mercado, fica descaracterizada a possibilidade de os acordos de exclusividade causarem danos à concorrência.
Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma (1993)	A SDE/MJ e o CADE preferiram, à uma análise econômica mais elaborada, o emprego dos “usos e costumes” e da Lei nº 8.137/90, art. 7º, inciso I, que excetua de crime os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores, quando estes favorecem sem justa causa comprador ou freguês.
Sindicato e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de S.P. vs. Kibon (1994)	O CADE, alterando posição da SDE/MJ, concluiu que a tabela de preços representa sugestão, e não imposição de preços. Fez isto baseado na utilização da regra da razão e na aplicação de conceitos econômicos como: mercado relevante, barreiras à entrada, grau de substituição, custo de procura, entre outros.

continua

continuação

CASO ESTUDADO	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS OBSERVADAS
Org. Médica Clinihauer Ltda. vs. UNIMED/Toledo-PR – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. (1995-6)	Tanto a SDE/MJ, como o CADE, utilizaram a expressão “dominação de mercado”, caracterizada pelo percentual de bloqueio de mercado (<i>foreclosure</i>), como fator definidor à condenação dos acordos de exclusividade, sem realizar nenhuma avaliação mais aprofundada dos efeitos econômicos. Tomaram esta posição contrariando a Lei n° 5.764/71, que trata das cooperativas.
Phillip Morris vs. Souza Cruz (1998)	O relatório da SEAE/MF é extremamente abrangente e realiza uma avaliação econômica detalhada. Estabelece os mercados relevantes geográfico e do produto, expõe os efeitos anticompetitivos, contra-argumenta os efeitos positivos apresentados pela Souza Cruz e apresenta o conceito e os efeitos do <i>free-riding</i> . A Souza Cruz firma compromisso de cessação de prática.
FENABRAVE vs. Fiat, Ford, Volkswagen e GM (2000)	Trata da relação agente-principal, expondo as principais diferenças de interesses entre montadoras e concessionárias. Avalia diversas condutas restritivas inseridas dentro de acordos de exclusividade, considerando-as legais. Regulamentação dos acordos pela Lei Ferrari, a qual possui artigos limitadores da competição.

Quadro 5.2: Pontos de Destaque nos Casos Analisados

Fonte: elaborado pelo autor

Da aplicação dos critérios de Dobson e Waterson (1996) aos casos Phillip Morris vs. Souza Cruz (1998) e FENABRAVE vs. Fiat, Ford, Volkswagen e GM (2000), verifica-se que, enquanto no primeiro confirma-se a posição da SEAE/MF; no segundo, o resultado encontrado mostra uma ambigüidade em relação à geração de eficiências econômicas por meio dos acordos de exclusividade entre montadoras e concessionárias, apontando para uma solução diferente daquela adotada pelo CADE. Atribui-se esta diferença ao papel exercido pela Lei Ferrari, que reduz as capacidades competitivas das revendas participantes.

Neste ponto, opta-se por abordar apenas na conclusão deste trabalho as questões referentes (i) à origem das denúncias de práticas anticompetitivas (empresas rivais ou participantes do contrato), (ii) à presença na legislação brasileira de leis e portarias limitadoras da competição, (iii) à influência da legislação antitruste norte-americana sobre a brasileira e (iv) à divergência de posições sobre a legalidade da adoção de contratos de distribuição exclusiva. Acredita-se, diante da análise realizada e das questões originadas neste capítulo, que o estudo de casos forneceu argumentos e conhecimentos práticos de grande importância à consolidação e ao desenvolvimento da teoria apresentada nesta dissertação.

CAPÍTULO 6 - CONCLUSÕES

Este trabalho buscou identificar os efeitos anti e pró-competitivos relacionados à adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição e verificar se estas são ou não eficientes na promoção da competição, sob que condições, e como são percebidas perante a legislação antitruste.

A partir da identificação das diferenças de posição entre as escolas de Harvard e Chicago quanto ao nível adequado de intervenção do Estado no processo concorrencial, como forma de garantir a concorrência efetiva, realizou-se a análise dos objetivos da legislação antitruste. Embora ambas as escolas reconhecessem a importância positiva da competição; verificou-se que a Escola de Harvard, surgida por volta de 1930 em oposição ao *laissez-faire* predominante no início do século XX e que guiou a administração Roosevelt-Truman, acreditava que o mercado poderia ser distorcido pela presença de barreiras à entrada e que as restrições verticais seriam uma forma de erguer estas barreiras. Os acordos verticais teriam, portanto, potencial de exclusão, sendo, assim, considerados anticompetitivos. Deste modo, as restrições verticais, mais do que promotoras de competição, eram vistas como responsáveis pela distorção de mercado, como ferramentas de uma estratégia que visava estabelecer e ampliar o controle do mesmo.

Por outro lado, contrapondo-se à Escola de Harvard, a Escola de Chicago, que predominou desde 1970 e orientou a política atuante na administração Reagan-Bush, acreditava que os mercados funcionavam normalmente de forma eficiente, considerando, portanto, os acordos verticais pró-competitivos. Entendia que estes acordos, quando precisassem ser examinados perante a lei, deveriam ser apreciados segundo a “regra da razão”. Portanto, as diferenças de posição mais acentuadas entre as duas escolas ocorreram diante do emprego do critério *per se*, pela Escola de Harvard, para considerar ilegais certos tipos de restrições verticais.

De forma mais aprofundada, entende-se que a divergência entre as duas escolas pode ser explicada a partir do temor, pela Escola de Chicago, de manipulação no uso da legislação antitruste. A intensa desconfiança na intervenção pública fundamentava a eficiência econômica como única justificativa racional para a política antitruste.

Forgioni (1998), entretanto, amplia a discussão quando considera restrita a percepção do objetivo das leis antitruste como a simples eliminação dos efeitos auto-destrutíveis do mercado. Segundo ela, a principal finalidade das mesmas é servir de instrumento à implementação de políticas públicas.

Observa-se, então, que, enquanto a Escola de Harvard identificava dois objetivos nas leis antitruste: os econômicos e os políticos (empresas pequenas e locais garantindo a democracia Jeffersoniana), parecendo estar afinada com a visão de Forgioni; a Escola de Chicago, defensora do menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado e que trouxe definitivamente a análise econômica para o antitruste, pareceu atribuir a esta legislação o objetivo restrito de eliminação dos efeitos auto-destrutíveis do mercado.

Verificou-se que na Europa, a concorrência não é vista como um fim em si mesma, mas apenas como um instrumento pelo qual se pretende atingir um fim maior, objetivado pela própria União Européia, podendo, portanto, ser sacrificada em prol do atingimento de um escopo maior de todo o sistema. Percebeu-se, então, que as idéias da Escola de Chicago não tiveram muita influência sobre as decisões da Comissão ou do Tribunal de Justiça europeus. A busca de uma maior competitividade com empresas americanas e japonesas, associada à idéia de prosperidade do continente, justifica a política de concentração européia.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 170 estabelece a livre concorrência como um dos pilares da ordem econômica e estipula que esta última tem por fim: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, entende-se a legislação antitruste como um instrumento para o atingimento de um bem maior. A própria Lei nº 8.884/94 surge em meio ao processo de privatizações de empresas estatais, quando o Estado reduz seu papel de executor e amplia suas funções de regulação e controle, procurando inibir condutas contrárias à livre concorrência e garantir o processo de desestatização.

Portanto, independente de posições favoráveis ou contrárias, concorda-se com Forgioni (1998, p. 150, 177) que cada lei antitruste desempenha função específica determinada pelo sistema jurídico e pelo momento histórico em que está inserida, sendo utilizada primordialmente como instrumento de implementação de políticas públicas. Assim, seja nos Estados Unidos, Europa ou Brasil, mais do que a defesa da concorrência, observa-se que a legislação antitruste é empregada, na prática, visando ao atingimento de níveis superiores de desenvolvimento e bem-estar para as respectivas populações.

Outro ponto importante a ser destacado é o critério empregado na avaliação da legalidade das condutas anticompetitivas nos países estudados. Enquanto a legislação

européia utiliza a “quota de mercado” como o fator inicial para a concessão ou não de isenções coletivas à aplicação do artigo 81 do Tratado de Roma (1958); a legislação brasileira, embora faça uso da expressão “posição dominante”, não deixa dúvidas quanto à necessidade de uma avaliação mais ampla destas práticas restritivas. A Resolução n° 20/99 do CADE estabelece de forma explícita que sejam avaliados fatores como o índice de concentração, a existência de barreiras à entrada, o grau de rivalidade entre os participantes do mercado relevante e o grau de exposição destes mercados à ameaça de produtos importados, caracterizando, portanto, a importância da constatação do “poder de mercado” no julgamento destas práticas. O sistema norte-americano de avaliação das condutas anticoncorrenciais, por sua vez, migra atualmente da ênfase no percentual de *foreclosure* para a constatação do abuso do poder de mercado como fator preponderante na determinação da legalidade das mesmas.

As mudanças verificadas no critério norte-americano de avaliação de condutas anticompetitivas e a análise anterior das escolas de Harvard e Chicago remetem-nos a Burgess (1995, p. 299) que, ao considerar o antitruste como uma política em constante processo de refinamento e redefinição, alerta-nos quanto a esta importante característica da legislação antitruste. Segundo ele, o antitruste é uma política derivada de “crenças” econômicas e políticas oriundas da estruturação e do comportamento do mercado. Sob esta visão, o antitruste nos Estados Unidos haveria começado como uma tentativa de “evitar os monopólios”. A primeira grande mudança teria ocorrido com o deslocamento da ênfase para a “manutenção da competição”, com o propósito de oportunizar a sobrevivência das pequenas empresas. A última mudança significativa foi a priorização da “promoção da eficiência”. Burgess (1995, p. 229) observa, ainda, que a cada estágio que inicia, um novo foco sobrepõe-se ao antigo, sem substituí-lo completamente. As mudanças são evolutivas, e não revolucionárias.

Nos Estados Unidos, embora as cláusulas de exclusividade nunca tenham sido consideradas ilegais *per se*, por meio do estudo de casos percebe-se nitidamente as gradativas mudanças de visão dos órgãos administrativos e cortes responsáveis pelo julgamento destas práticas, na direção do reconhecimento dos efeitos pró-competitivos gerados pelas mesmas. As ênfases (i) na participação de mercado, (ii) no percentual de *foreclosure*, (iii) na utilização da regra da razão e (iv) no uso abusivo do poder de mercado, as quais foram parcialmente se substituindo como determinantes à caracterização da ilegalidade ou não da cláusula de exclusividade, mostram quão adequada é a colocação anterior de Burgess (1995).

Na Europa, o tratamento das restrições verticais também passou por um processo de evolução. Em razão do grande número de pedidos, entre 1983 e 1996, ocorre a transformação

das concessões de exceção individual para a concessão de exceção coletiva por tipo de restrição vertical (distribuição exclusiva, compra exclusiva, franquia, etc). Com o Regulamento n° 2.790/99 da Comissão Européia, devido à insegurança jurídica do sistema anterior, ocorre, segundo Cunha (2003, p. 81), uma nova transformação para um sistema baseado nos efeitos econômicos, isentando da proibição casos onde os efeitos pró-competitivos superassem os efeitos contrários à competição. Outro exemplo da evolução da legislação antitruste européia, diante da constatação de que nem todas as concentrações econômicas eram úteis ao mercado comum, é a aprovação, em 1989, do Regulamento n° 4.064 e, em 1997, do Regulamento n° 1.310, ambos regulamentando os atos de concentração entre empresas.

No Brasil, a legislação antitruste tem início em 1938 com o Decreto-Lei n° 869. A simples existência do monopólio era considerada danosa. Com a Constituição Federal de 1946, o monopólio passou a ser considerado danoso apenas quando abusasse de seu poder de mercado. A Lei n° 8.158/91 procurou reprimir o abuso do poder econômico de uma forma mais ampla. Porém, é somente a partir da Lei n° 8.884/94 e da Resolução n° 20/99 do CADE que a análise das práticas restritivas adquire realmente a importância e forma atual, onde estas são analisadas de acordo com a regra da razão, ponderando-se os efeitos pró e anticompetitivos. Além desta análise, segundo Oliveira (2001), após uma primeira etapa caracterizada pelo processo de industrialização por substituição de importações (1937 – 1988), quando predomina uma legislação voltada à defesa da economia popular, tem início, de forma gradativa, um período onde vem a predominar a legislação voltada à defesa da concorrência (1994 em diante).

Após esta parte inicial, onde foram apresentados os objetivos das leis antitruste nos Estados Unidos, Europa e Brasil, os respectivos fatores determinantes na avaliação da legalidade da utilização de práticas restritivas e de ter-se demonstrado a característica evolutiva deste tipo de legislação, considera-se importante entender as causas que levam à adoção destas práticas.

Portanto, diante da opção de fabricantes em realizar a distribuição de seus produtos através de firmas independentes, verificou-se o surgimento de determinados problemas inerentes à diferença de objetivos perseguidos por fabricante e distribuidor (relação agente-principal). Estes problemas decorrem do fato de cada empresa tomar suas decisões de forma independente, sem levar em consideração o impacto destas sobre o seu parceiro na estrutura vertical. Os contratos e as restrições verticais, coordenando as ações das partes envolvidas, aparecem como estratégias de redução dos custos de transação e harmonização dos interesses

de ambos participantes. Assim sendo, salienta-se, de forma breve, os problemas que acarretam a adoção de restrições verticais. O duplo *markup* ocorre quando fabricante e distribuidor, ambos detentores de certo poder de mercado, adicionam, cada um, uma margem de lucro. Esta dupla marginalização determina um preço ao consumidor final maior do que aquele que maximizaria os lucros conjuntos de produtor e distribuidor. O *free-riding* entre distribuidores ocorre quando estes vendem os mesmos produtos de um determinado fabricante na mesma área. Diversos distribuidores se beneficiam dos esforços (investimentos) em vendas realizados por um destes, sem terem incorrido nos respectivos custos. Observa-se o *free-riding* entre fabricantes quando os investimentos realizados nos distribuidores por um destes são aproveitados por seus rivais. É este o problema que leva à adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição. Finalmente, quanto mais próximos estiverem e quanto mais substituíveis forem, maior será a possibilidade de se estabelecer uma concorrência entre distribuidores prejudicial aos interesses do fabricante. Portanto, as externalidades devido à ausência de coordenação entre distribuidores, também, podem determinar a adoção de restrições verticais.

Uma vez compreendidos os motivos que levam à adoção de tais práticas verticais, o trabalho foca-se na análise aprofundada de uma destas: as cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição. Identificam-se os efeitos anti e pró-competitivos destas cláusulas, apresentam-se as teorias que explicam tais efeitos e introduz-se a teoria dos serviços especiais como explicação ao aumento dos esforços de venda dos distribuidores.

Portanto, do presente trabalho, pode-se extrair como principais efeitos potenciais anticompetitivos da prática de acordos de exclusividade: (i) o aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do “bloqueio” e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento da distribuição ou através de outras formas de aumento do custo dos rivais; (ii) a redução das opções de escolha do consumidor (redução da variedade de bens disponíveis), aumentando seus custos de oportunidade e de troca; e (iii) a implementação de condutas colusivas entre fabricantes, tendentes à cartelização, quando empregados em conjunto com a prática de manutenção dos preços de revenda (*RPM*), sendo utilizados como instrumento de divisão de mercado entre produtos substitutos.

Por outro lado, verificou-se que sobressaem-se as contribuições de Scherer (1980), de Marvel (1982) e de Steuer (1983) na análise dos efeitos pró-competitivos decorrentes da adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição. Enquanto Scherer (1980) aponta o aumento do nível de esforços das vendas em razão destas concentrarem-se na comercialização de apenas uma marca, Marvel (1982) atribui o aumento dos investimentos

dos fabricantes nas revendas à criação de direitos de propriedade, impossibilitando o aproveitamento destes investimentos por fabricantes rivais. Steuer (1983) diferencia os efeitos das cláusulas de distribuição exclusiva, que, segundo ele, tanto inibem quanto promovem a competição intermarcas, dos efeitos das restrições territoriais, que reduzem a competição intramarcas mas estimulam a competição intermarcas.

Entretanto, discorda-se de Marvel (1982, p. 4-5) quando este afirma que (i) as cláusulas de distribuição exclusiva não são uma forma eficiente de promover o aumento dos serviços prestados pelas revendas e que (ii) a teoria dos serviços especiais não explica/justifica a adoção deste tipo de restrição vertical. Entende-se que a teoria dos serviços especiais complementa a teoria da criação de direitos de propriedade sobre os investimentos do fabricante nas revendas exclusivas, na explicação da adoção de cláusulas de distribuição exclusiva.

Considera-se, também, incompleta a distinção que Steuer (1983, p. 115-6) realiza entre os efeitos da adoção de cláusulas de distribuição exclusiva e os efeitos de restrições territoriais e de outras restrições à revenda. Esta dissertação mostra que as cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, além de poderem tanto aumentar, quanto reduzir, a competição intermarcas, também promovem a competição intramarcas.

Neste momento, introduz-se a visão de que a promoção da competição intramarcas é explicada, em um primeiro momento, através da teoria da criação de direitos de propriedade para o fabricante (MARVEL, 1982) e, em um segundo momento, através da teoria dos serviços especiais (TELSER, 1960).

As cláusulas de exclusividade atuam, inicialmente, protegendo o investimento do fabricante (MARVEL, 1982). O investimento do fabricante, ao agregar valor ao produto, segundo a teoria dos serviços especiais (TELSER, 1960), aumenta o volume comercializado e o preço praticado. O aumento de demanda será disputado entre as revendas exclusivas, as quais concorrerão de forma intensa, aumentando seu nível de esforços e realizando investimentos. Portanto, de acordo com esta abordagem, as duas teorias se complementam. Mostra-se, de forma contrária à posição de Marvel (1982), que os contratos de distribuição exclusiva podem ser eficientes no aumento dos serviços de revenda e, conseqüentemente, no aumento dos lucros dos fabricantes. Deve-se ponderar, entretanto, se o valor agregado ao produto pela prestação do serviço especial determina um volume maior de vendas a um preço mais elevado do que quando comparado com a estratégia da variedade de produtos oferecidos pelas revendas multimarcas.

Portanto, o debate entre Marvel (1982), que acredita que a adoção de vendas exclusivas reduz o lucro unitário do distribuidor uma vez que reduz a quantidade total de produtos vendidos em função da menor variedade; e Steuer (1983), que defende um aumento das vendas em razão da concentração dos esforços de *marketing* das vendas em uma só marca; requer uma avaliação adequada da quantidade de valor agregado ao produto pela prestação conjunta do serviço especial. Percebe-se, então, que a natureza do produto desempenha papel determinante nesta análise. Produtos complexos, novos (lançamentos) ou pouco diferenciados em relação aos da concorrência, sobre os quais o consumidor possui conhecimento limitado e não pode fazer um uso pleno sem as instruções de operação obtidas junto ao vendedor, são exemplos onde os serviços prestados (informações), em conjunto ao produto físico, agregam considerável valor aos mesmos. Carlton e Perloff (2000, p. 408) corroboram esta posição ao afirmarem que um bem, junto com o serviço de informação prestado, pode ser considerado completamente diferente de mesmo bem vendido sem o serviço.

Percebe-se, portanto, complementando a posição de Steuer (1983), que a adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição não se restringe a promover ou inibir a competição intermarcas; mas pode atuar intensificando também a competição intramarcas.

Considerando-se, então, que as vendas podem ter seus lucros aumentados em razão da adoção de contratos com cláusulas de distribuição exclusiva, conclui-se que esta restrição pode ser de interesse das mesmas. O entendimento de Bork (1978) de que a aceitação dos contratos de exclusividade por parte das vendas não é uma imposição dos fabricantes, mas uma aquisição/compra, reforça esta conclusão. Tal fato pode ser verificado a partir da análise dos casos apresentados, onde se observam os benefícios oferecidos pelos fabricantes às vendas mediante a adoção da exclusividade. Li e Dant (1997) mostram que, contrariamente ao comportamento oportunista previsto pela tradicional perspectiva de acordos com estrutura de poder assimétrica, em razão do nível de comprometimento e dos investimentos realizados pelos fornecedores no canal de distribuição, as relações entre fabricantes e seus distribuidores exclusivos são mais próximas do que quando comparadas àquelas estabelecidas com revendedores multimarcas. Iglesias e Vázquez (2001), verificam que, além das atitudes cooperativas por parte dos fornecedores serem mais valorizadas pelos distribuidores do que resultados a curto prazo, o grau de dependência do distribuidor não resulta tanto da força competitiva do fornecedor, mas das próprias cláusulas do acordo de exclusividade. Desta forma, sem a necessidade de se recorrer a uma explicação anticompetitiva (BURGESS, 1995, p. 347), a qual, para explicar o porquê as vendas abririam mão de seus direitos de negociar

com outros fabricantes, argumenta que, em troca dos direitos de exclusividade, as revendas participantes seriam fortemente compensadas pelo fabricante através da divisão dos ganhos provenientes de um controle de mercado, verifica-se que a distribuição exclusiva pode ser atrativa, não apenas para fabricantes e consumidores, mas também para as revendas. A argumentação de defesa da Souza Cruz, citada no Parecer da SEAE no caso entre esta empresa e a Phillip Morris, reforça a posição de que os contratos de exclusividade beneficiam os revendedores, vez que “48, ii. (...) sabedores desses investimentos dos fabricantes de cigarros em suas marcas, e desejosos de melhorar a vantagem competitiva de seus varejos, muitos proprietários desses estabelecimentos procuram a Souza Cruz para celebração desses contratos (...).”

Neste ponto, considera-se interessante resumir os principais efeitos potencialmente competitivos originados a partir da adoção de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição: (i) a proteção aos direitos de propriedade do fabricante evitando condutas oportunistas (proteção contra o *free-riding interbrand*); (ii) a segurança por parte dos fabricantes de que seus produtos serão comercializados com o máximo de energia e entusiasmo pelos revendedores, pois quando restritos a um determinado fabricante, estes não podem permanecer indiferentes a qual marca os consumidores adquirirem; (iii) o aumento do nível de competição entre as revendas em razão do aumento de demanda originada a partir do investimento do fabricante, e (iv) o aumento da coordenação das atividades entre fabricante e revendedor obtido a partir de uma maior aproximação em suas relações. Além destes, (v) a redução de custos do fabricante no monitoramento das atividades de venda, tanto diante da utilização de uma empresa independente como opção à integração vertical, como em razão da adoção da exclusividade na comparação à opção da revenda multimarca; (vi) a confidencialidade garantida no tratamento de informações, estratégias e instruções; (vii) a garantia da qualidade ao evitar a comercialização de um produto inferior adquirido pelo revendedor junto a um fabricante rival; (viii) a redução de custos do revendedor relacionados à comercialização de uma ampla variedade de produtos/fabricantes; (ix) a maior facilidade de estabelecimento de uma nova marca a partir da adequação do revendedor a características específicas exigidas pelo fabricante; e (x) a redução das incertezas relacionadas à parcela do produto a ser alocada a determinado comprador/vendedor em contratos de longa duração; são outros efeitos competitivos gerados pela adoção de tais cláusulas.

Entretanto, para uma ponderação adequada entre os efeitos anti e pró-competitivos decorrentes da adoção de cláusulas de exclusividade, não basta simplesmente o conhecimento

destes, faz-se necessário conhecer também quais são os fatores que os influenciam, ampliando ou reduzindo tais efeitos. Expõem-se, portanto, quais são estes fatores e de que forma atuam.

Assim, produtos que requerem uma maior quantidade de informações (complexos, novos, de fabricantes menos conhecidos ou com elevada taxa de mudança tecnológica), que precisam ser testados para se conhecer a qualidade (bens de experiência), ou onde a opinião do distribuidor influencia de forma significativa a decisão de compra do consumidor e os bens de “shopping” (produtos de compra não habitual e onerosos no orçamento do consumidor) são adequados a adoção de restrições verticais, uma vez que os investimentos realizados pelos fabricantes e os serviços prestados pelos revendedores, possibilitados por estas restrições, agregam valor aos mesmos.

O nível de lealdade do consumidor em relação ao distribuidor, em razão da localização, serviços ou vendedores, e a importância da revenda, como tipo de canal de distribuição, são também fatores a serem considerados na avaliação dos efeitos da adoção de cláusulas de exclusividade devido à possibilidade de exclusão de fabricantes rivais do mercado.

Contratos de curta duração, de fácil rescisão, em função do baixo custo de encerramento, e que resultam de uma real negociação entre fabricante e revenda, não sendo simplesmente impostos, tornam o bloqueio do mercado um efeito de pouca significância.

Diante de um nível elevado de rivalidade entre firmas, evidenciado por uma estrutura de mercado que conduza a um grau suficiente de concorrência, ou quando produtos e serviços são percebidos pelos consumidores como substitutos próximos (elasticidade-cruzada da demanda elevada), ou pela compatibilidade tecnológica entre produtos, as restrições verticais não prejudicam a competição, pois qualquer tentativa de aumento de preços determinaria a substituição dos produtos.

A presença de reduzidas barreiras à entrada no varejo ou a existência de canais alternativos de distribuição criam condições nas quais as cláusulas de exclusividade não afetam a eficiência a ponto de impedir ou elevar de modo significativo os custos de entrada no mercado.

Além destes fatores, a facilidade de saída do consumidor da relação contratual estabelecida com o distribuidor; a idade do mercado, que quando novo determina a existência de grandes oportunidades a serem exploradas; e o nível de preços praticados entre fabricante e revendedor, os quais se elevados poderiam funcionar como uma compensação aos primeiros por seus investimentos e acabariam por resultar em preços mais elevados para o consumidor (duplo *markup*); são outros pontos que influenciam na promoção ou não da eficiência.

Verifica-se, assim, diante do conhecimento e análise dos efeitos provocados pela adoção de cláusulas de exclusividade, e dos fatores que os influenciam, que estas podem gerar eficiências econômicas, trazendo benefícios para fabricante, revendas e consumidores. Devem, portanto, ser analisadas pelos órgãos responsáveis pela aplicação da legislação antitruste mediante a ponderação de seus efeitos anti e pró-competitivos, ou seja, de acordo com a regra da razão. Deve-se levar em conta, nestas avaliações, além de toda a evolução do conhecimento teórico (Telser (1960) → Scherer (1980) → Marvel (1982) → Steuer (1983) → Jacobson (2000)), a experiência adquirida através das progressivas etapas de interpretação da legislação antitruste norte-americana (*market share* → *foreclosure* → regra da razão → poder de mercado). A experiência européia também não deve passar despercebida. Com sua metodologia de concessão de exceções coletivas, baseada na “quota de mercado” como primeiro critério definidor de eficiência econômica e, onde após várias etapas de testes *per se*, se necessário, aplica-se a regra da razão, tende a contribuir para uma maior segurança jurídica e redução dos custos e tempo de avaliação destas práticas. Por sua vez, a legislação antitruste brasileira referente a este assunto, que prevê o emprego da regra da razão a partir da constatação do poder de mercado, mostra-se bem estabelecida, clara e atualizada em relação às legislações americanas e européias. Entende-se interessante, dentro de um processo de constante evolução característico da interpretação deste tipo de legislação, verificar a utilização de conceitos de teoria dos jogos que, nesta área, encontra-se em fase inicial de emprego nos Estados Unidos, e de um estudo aprofundado da sistemática européia, verificando-se o quanto esta é capaz de agilizar a análise de casos.

Verificou-se, também, que dentre os sete casos americanos analisados, em três a denúncia parte de uma das partes envolvidas no contrato (*Standard Fashion Co vs. Magrane-Houston Co.* (1922), *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co.* (1961), *Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania* (1977)); enquanto nos outros quatro casos, a denúncia parte de terceiros, empresas que se consideram prejudicadas ou de órgãos de defesa da concorrência, (*SOCAL and Standard Stations Inc. vs. U. S.* (1949), *Federal Trade Commission vs. Brown Shoe Co.* (1966), *Belton Electronics Corp.* (1982) e *Omega Environmental, Inc. vs. Gilbarco, Inc.* (1997)). Portanto, verifica-se a presença tanto de questões envolvendo relações caracterizadas como de “agente-principal”; quanto a queixa de empresas rivais ou de consumidores finais, representados pelos órgãos de defesa da concorrência. No Brasil, dentre os 6 casos analisados, em dois a denúncia parte de uma das partes envolvidas (Sindicato e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de S.P. vs. Kibon (1994) e FENABRAVE vs. Fiat, Ford, Volkswagen e GM (2000)), enquanto nos outros quatro casos, a denúncia se origina de

terceiros (SDE vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda. (1992), Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma (1993), Org. Médica Clinihauer Ltda. vs. UNIMED/Toledo-PR – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.(1995-6) e Phillip Morris vs. Souza Cruz (1998)). Constata-se, assim, que tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, embora predominem as denúncias de terceiros, não são desprezíveis os casos de atrito entre os participantes no contrato, respectivamente 43% e 33% no levantamento realizado.

Percebe-se, também, o papel e a influência exercidos pela legislação antitruste norte-americana, sua evolução, jurisprudências e decisões sobre os membros e órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil e estudiosos envolvidos, fornecendo apoio e confiabilidade às posições defendidas e decisões tomadas pelos mesmos. As referências de Leônidas R. Xausa, Conselheiro-relator do CADE no caso Kibon, aos parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act* e as menções do mesmo aos casos *Colgate & Co. vs. Estados Unidos* (1919) e *Monsanto Co. vs. Spray-Rite Service Corp.* (1984), além da citação, por Arthur Barrionuevo Filho quando defende sua visão no caso Souza Cruz, aos casos *GTE Sylvania*, abordando os efeitos dos contratos de exclusividade associados a restrições territoriais, e *Brown Shoe*, na definição do mercado relevante geográfico pela Suprema Corte durante a avaliação de um processo de fusão, são exemplos desta influência.

Observou-se, ainda, na legislação brasileira, a existência de leis que podem estar contribuindo para reduzir a intensidade competitiva nos mercados estudados. No caso entre a FENABRAVE e as montadoras automobilísticas, a presença da Lei Ferrari (Lei nº 6.729/79, modificada pela Lei nº 8.132/90) é um exemplo. Além de impor a prática de distribuição exclusiva na relação entre montadoras e concessionárias, e obrigar que a prestação de serviços de assistência técnica, inclusive no período de garantia, seja executado pelos revendedores, esta lei dispõe em seu artigo 8º sobre o índice de fidelidade, segundo o qual, referindo-se a peças de reposição, pode “a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.” Também, segundo o próprio Parecer da SEAE/MF no caso da Souza Cruz, a Portaria MF nº 45/95, ao exigir uma diferença de preço mínima de 12% entre uma categoria⁸¹ e outra, dificulta a competição por preços e também por qualidade dentro de uma mesma faixa de preços. Outro exemplo é o embasamento da decisão no caso Brahma, tanto pela procuradoria do CADE, como pela Conselheira-relatora em seu voto, através do uso da expressão “de conformidade com os usos e costumes” e da Lei nº 8.137/90,

⁸¹ Os cigarros são classificados em categorias de qualidade, em função de atributos como o tipo de embalagem (maço ou caixa), tamanho e teor de nicotina. São sete as categorias de preços de venda no varejo, graduadas de A a G, em ordem crescente (a classe A estabelece o menor preço).

que considera legal favorecer comprador ou freguês mediante a entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores, o que parece indicar certa submissão da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n° 8.884/94) a outros atos legais que regulam relações específicas.

Verifica-se, finalmente, ao longo da análise de casos, que não são raras as divergências de posições entre os órgãos brasileiros responsáveis pela defesa da concorrência perante questões envolvendo a prática de acordos de exclusividade. Conceituados estudiosos no assunto, por vezes criticam decisões do CADE, cita-se como exemplo o caso da Souza Cruz vs. Philip Morris. Tal situação, no entanto, não é exclusividade brasileira. São diversos os casos em que a Suprema Corte norte-americana reverteu decisões de cortes inferiores, como no caso *Tampa Electric*. A questão da definição dos mercados relevantes do produto e geográfico, por serem muito específicos a cada caso, e a ausência de exatidão própria de uma mensuração elástica dos efeitos anti e pró-competitivos, geram sistematicamente pontos de vista diferenciados, promovendo decisões também diferentes. Importante, no atual estágio alcançado, é a preponderância da regra da razão e a busca do contínuo aperfeiçoamento da definição dos reais mercados relevantes em cada caso.

Portanto, espera-se que este trabalho tenha demonstrado a importância das cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição, a variedade de seus efeitos e a sua relação com as legislações antitruste estudadas, tendo assim, contribuído para o seu melhor entendimento tanto do ponto de vista teórico, quanto do experimental/prático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Thompson A.; ALVES, Roberto T. *In*: MATTOS, César (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003. p 347-364.

AZEVEDO, Paulo F. Integração Vertical e outros Arranjos: polêmica e esquecimento na defesa da concorrência. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 26. Anais. p. 1327-1345.

BALBINOTTO NETO; Giácomo; HILLBRECHT, Ronald O. Contratos de Distribuição com Cláusulas de Exclusividade. Porto Alegre, UFRGS/PPGE, 2004. (Notas de Aula).

BARRIONUEVO FILHO, Arthur. *In*: MATTOS, César (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003. p 267-285.

BESANKO, David; DRANOVE, David; Shanley, Mark. Economics of Strategy. 2nd ed. New York: John Wiley & Sons, 2000. 644 p.

BORK, Robert H. The Antitrust Paradox: a policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993. 479 p.

BRASIL. Ministério da Fazenda – Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer nº 011/MF/SEAE/COGDC. Brasília: 2000. 17 p.

BRASIL. Ministério da Justiça – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório e Voto do Processo Administrativo nº 08000.019008/95-96 – Organização Médica Clinihauer Ltda. vs UNIMED/Toledo-PR. Brasília: 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório e Voto do Processo Administrativo nº 138/93 – Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma. Brasília: 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 09.06.1999 (publicada no DOU de 28.06.1999).

BRASIL. Ministério da Justiça – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório e Voto do Processo Administrativo nº 148/94-Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo vs Indústrias Alimentícias Gerais SA. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/jur>

BRICKLEY, James A; SMITH Jr, Clifford W; Zimmerman, Jerold L. Managerial Economics and Organizational Architecture. 2nd ed. New York: McGraw Hill, 2001. 616 p.

BURGESS, Giles H. The Economics of Regulation and Antitrust. New York: Harper Collins College Publishers, 1995. 484 p.

BYRNS, Ralph T.; Stone Jr, Gerald W. Microeconomia. São Paulo: Makron Books do Brasil.

CANTOR, Arthur I. Tying, Exclusive Dealing and Franchising Issues. *In: ANNUAL ANTITRUST LAW INSTITUTE-PRACTISING LAW INSTITUTE*, 42. New York: 10-11, may.2001.

CANUTO, Otaviano; SILVEIRA, José M. *In: MATTOS, César (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p 287-314.

CARLTON, Dennis W.; Perloff, Jeffrey M. Modern Industrial Organization. 3rd ed. New York: Addison Wesley Longman, 2000. 780 p.

CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. Industrial Organization: a strategic approach. New York: McGraw Hill, 2000. 926 p.

COMISSÃO EUROPÉIA. Acordos de Fornecimento e de Distribuição. Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/printversion/pt/lvb/126060.htm>

COMISSÃO EUROPÉIA. Livro Verde sobre as Restrições Verticais no Âmbito da Política Comunitária da Concorrência. Bruxelas. 1997. 98 p. Disponível em: <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações Relativas às Restrições Verticais. Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/printversion/pt/lvb/126061.htm>

COMISSÃO EUROPEIA. Política de Concorrência na Europa: As regras da concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e de distribuição. Luxemburgo: 2002. 29 p.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 2nd ed. New York: Addison-Wesley, 1997. 481 p.

CUNHA, Ricardo T. Direito de Defesa da Concorrência: MERCOSUL e União Européia. Barueri: Manole, 2003. 368 p.

DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael. Vertical Restraints and Competition Policy. London: Office of Fair Trading, Research Paper n. 12, december, 1996.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FORGIONI, Paula; GRAU, Eros R. Restrição à Concorrência, Autorização Legal e seus Limites. Lei nº 8.884, de 1994, e Lei nº 6.729, 1979 (“Lei Ferrari”). Boletim Latino Americano de Concorrência. Brasil, p. 3-14.

FRASCO, Gregg. Exclusive Dealing: a comprehensive case study. Maryland: University Press of America, 1991. 217 p.

GONZÁLEZ-HERNANDO, Santiago; ARGÜELLES, Víctor I.; GUTIÉRREZ, Juan A.T. Exclusivity and Relationalism in Marketing Channels. The Journal of Business & Industrial Marketing. v.18, n.1, p. 22-39, 2003.

GOYDER, D.G. EC Competition Law. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2003.

HEIDE, Jan B.; DUTTA, Shantanu. Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice. Journal of Law and Economics. v. 41, p. 387-407, october, 1998.

IGLESIAS, Víctor; VÁZQUEZ, Rodolfo. The Moderating Effects of Exclusive Dealing Agreements on Distributor Satisfaction. Journal of Strategic Marketing. p. 215-231, 2001.

JACOBSON, Jonathan M. Exclusive Dealing, “Foreclosure”, and Consumer Harm. Antitrust Law Journal. v. 70, n.2, p. 311-369, 2002.

KATZ, Michael L.; ROSEN, Harvey S. Microeconomics. Boston: Irwin.

KAY, J.A. Vertical Restraints – Vertical Restraints in European Competition Policy. European Economic Review. v.34, p. 551-561, 1990.

KOTLER, Philip. Administração de Marketing. São Paulo: Prentice-Hall, 2000.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. Competition Policy Center, Working Paper n° CPC99-09, october, 1999. Disponível em: <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/publications.html>.

KWOKA, John E.; WHITE, Lawrence J. (edited by). The Antitrust Revolution: economics, competition and policy. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2004. 527 p.

LI, Zhan G.; DANT, Rajiv P. An Exploratory Study of Exclusive Dealing in Channel Relationships. Journal of the Academy of Marketing Science. p. 201-213, summer, 1997.

MARVEL, Howard P. Exclusive Dealing. Journal of Law & Economics. v.25, p. 1-25, april, 1982.

McCONNELL, Campbell R. Economics: principles, problems, and policies. 3rd ed. New York: McGraw Hill Book Company.

MELLO, Maria T. L. Defesa da Concorrência. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. (org.). Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 485-514.

MONTEIRO, Carmem D. Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos. 2002. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/seac/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27

MONTI, Mario. In: COMISSÃO EUROPÉIA. Política de Concorrência na Europa: As regras da concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e de distribuição. Luxemburgo: 2002. 29 p.

OLIVEIRA, Gesner. Concorrência: panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2001. 218 p.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Competition and Trade Effects of Vertical Restraints. Paris: Joint Group on Trade and Competition. COM/DAFFE/CLP/TD(99)54. May 1999.

PASHIGIAN, B. Peter. Price Theory and Applications. 2nd ed. New York: Irwin/McGraw-Hill, 1998.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 5^a ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002. 711 p.

PORTER, Michael E. Vantagem Competitiva: criando e sustentando um desempenho superior. 6^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 512 p.

POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. Antitrust: cases, economic notes, and other materials. 2nd ed. Chicago: West Group, 1981.

POSSAS, Mario L. (coord.) et al. Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002. 238 p.

POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDE, João. In: MATTOS, César (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003. p 315-346.

SALGADO, Lucia H. A Economia Política da Ação Antitruste. São Paulo: Singular, 1997. 205 p.

SCHERER, F.M. Industrial Market Structure and Economic Performance. 2nd ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1980.

SILVA, Leonardo R. Law and Policy Towards Vertical Restraints of Trade: The Case of Brazil. Boletim Latino Americano de Concorrência. Brasil. p. 34-49.

SLAVIN, Stephen L. Microeconomics. 3rd ed. Boston: Irwin, 1994. 473 p.

STEUER, Richard M. Exclusive Dealing in Distribution. Cornell Law Review. v.69, 1983.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. Introdução à Microeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2003. 387 p.

TELSER, Lester G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? The Journal of Law & Economics. USA, University of Chicago. v.3, p. 86-105, october, 1960.

TIROLE, Jean. The Theory of Industrial Organization. Cambridge: The MIT Press, 2003. 479 p.

VICECONTI, Paulo E.V.; NEVES, Silvério. Introdução à Economia. 2^a ed. São Paulo: Frase, 1996. 520 p.