

A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS MERCANTIS

Luis Felipe Vidal Arellano

1. Introdução

Os acordos, de maneira geral, não apresentam seus efeitos unicamente sobre as partes. Pelo contrário, os acordos, entre os quais os contratos, podem manifestar efeitos sobre terceiros não interessados diretamente na relação jurídica contratual, como podem ter efeito, até mesmo, sobre toda a sociedade.

No caso dos contratos mercantis, é evidente essa realidade, considerando especialmente as conseqüências que a contratação pode ter sobre a sociedade no que se refere aos impactos sobre a concorrência. Nesse contexto, um simples acordo entre empresários pode resultar em graves implicações, extrapolando o efeito entre as partes que o contrato visaria normalmente a produzir.

Desse modo, a proteção da concorrência deve necessariamente passar pela análise dos tipos contratuais envolvidos nos negócios dentro uma economia de mercado. Isto porque o estudo dos efeitos dos contratos sobre a concorrência pode resultar numa maior eficiência desses mesmos contratos, evitando seus efeitos negativos sobre a sociedade.

É com esse objetivo que se apresenta o seguinte trabalho. De conseguinte, pretende-se primeiramente demonstrar como os acordos podem gerar efeitos sobre terceiros, para em seguida analisar como essa influência pode ser percebida sobre a concorrência. Dessa forma, espera-se poder contribuir para o pensamento acerca da proteção da concorrência no País.

2. Efeitos dos acordos privados sobre terceiros não interessados

Os acordos privados⁴⁹ têm por objetivo a limitação da liberdade individual em face da outra parte, com a obrigação de observância de um comportamento determinado.

49 Neste momento, utilizamos propositadamente a expressão “acordos privados”, fugindo da expressão “contratos”, de forma a evitar a concepção jurídica dos contratos

Contudo, como já afirmava Chiovenda,⁵⁰ as partes não se obrigam pelo único objetivo de trocarem declarações de vontade. Assim é que, no campo dos acordos entre empresários, sempre haverá uma função econômica a ser preenchida pela limitação voluntária da liberdade individual em face de outra pessoa. Em outras palavras, o empresário não acordará uma determinada obrigação a menos que pense que sua situação será melhor que a anterior ao acordo.

Pode-se demonstrar como os acordos desempenham esse papel de ganho de eficiência,⁵¹ para o indivíduo que interage com os demais na sociedade, com o mais emblemático caso de violação da concorrência, qual seja a negociação de um cartel. Para tanto utilizaremos do instrumental elaborado pela parte da teoria econômica que ficou conhecida como “Teoria dos Jogos”.

Imagine-se que o empresário Caio Esperto da Silva seja distribuidor de combustíveis na pequena cidade de Pataguna da Serra. Esperto da Silva tem como seu único concorrente na cidade o distribuidor de combustíveis Tício Oportunista Machado. A interação entre os concorrentes obedecerá, nesse caso, à seguinte matriz, na qual se evidencia a utilidade para cada empresário de cada conduta, em face da conduta do concorrente:

Esperto da Silva Oportunista Machado	Fixar Preço	Reduzir Preço
Fixar Preço	(10,10)	(0,20)
Reduzir Preço	(20,0)	(5,5)

Na tabela, apresentam-se os resultados obtidos por cada um dos empresários, em termos de utilidade, para cada estratégia adotada diante da conduta observada pelo concorrente. Assim, o primeiro valor representa a utilidade para Oportunista Machado, ao passo que o segundo valor representa a utilidade da estratégia para Esperto da Silva.

como negócios jurídicos lícitos. Trabalhamos, inversamente, com a possibilidade de existência de acordos privados ilícitos entre empresários, tais como cartéis.

50 Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, Trad. Paolo Capitanio, São Paulo, Bookseller, 2000.

51 Utilizamos aqui o termo “eficiência” em sua acepção pragmática, significando aumento de utilidade da conduta tendo em vista os fins almejados pelo agente.

Chama-se de “estratégia dominante” àquele conjunto de estratégias que resulta em equilíbrio para a interação entre os agentes, isto é, àquela conduta que deverá ser adotada pelos agentes se atuarem de maneira racional e conhecerem o valor das respectivas utilidades para cada estratégia.⁵² No caso em questão, a estratégia dominante deverá ser a concorrência entre os empresários, resultando em benefícios à sociedade com a redução dos preços, conforme se percebe abaixo:

Esperto da Silva Oportunista Machado	Fixar Preço	Reduzir Preço
Fixar Preço	(10,10)	(0,20)
Reduzir Preço	(20,0)	(5,5)

Vê-se que, em qualquer hipótese, será mais vantajoso ao empresário a redução do preço cobrado pelo combustível. Isso porque é preferível a Oportunista Machado ganhar 20 em lugar de 10, quando Esperto da Silva fixa o preço, assim como é melhor para ele ganhar 5 em vez de 0, quanto Esperto reduz o preço do próprio combustível. O mesmo raciocínio vale para o outro empresário, o que resultará na estratégia dominante em que ambos os empresários ganham 5. Esta será a configuração quando um acordo entre os empresários não for possível por qualquer razão.⁵³

Doutro modo, pode-se perceber o fato de que a estratégia dominante para o cenário não é a mais vantajosa, visto que a fixação do preço por ambos resultaria para os dois agentes em uma utilidade de 10. Assim sendo, os empresários poderiam sentir-se tentados a acordar a fixação do preço, limitando a conduta oportunista da outra parte. Nessa nova configuração, os empresários limitariam os efeitos da concorrência, contribuindo, porém, para o efeito negativo do aumento dos preços para a sociedade.

52 Há algumas espécies de interação que não apresentam estratégia dominante. Nessas situações, não há apenas um conjunto de estratégias que se impõe como mais vantajoso, mas apresentam-se várias alternativas com igual probabilidade de serem adotadas pelos “jogadores”.

53 Em um mercado real, diferentemente do exemplo dado, o acordo entre os empresários poderia ser impossibilitado pela diversidade de agentes em situação de concorrência.

Fica demonstrado, portanto, pelo mesmo exemplo, como os contratos desempenham papel central para o ganho de eficiência na interação entre indivíduos,⁵⁴ ao mesmo tempo em que pode apresentar efeitos sobre terceiros, efeitos estes que podem ser positivos ou negativos, como no caso dos cartéis.

3. Impactos concorrenciais dos contratos mercantis

Conforme demonstrado, os contratos não têm influência apenas sobre as partes. Pelo contrário, o mercado como um todo também é afetado pela contratação particular. Com relação à concorrência, podemos falar da existência de setores em que impera a liberdade contratual econômica e de setores regulados.

Nos setores livres da economia, a contratação entre particulares exerce influências sobre a concorrência desses mercados tanto quanto nos setores regulados. Exemplo dos impactos concorrenciais de cláusulas contratuais específicas pode ser encontrado no recente caso do contrato de fornecimento de peças para a construção das hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, em Rondônia, firmado pelo consórcio Odebrecht-Furnas com fabricantes de turbinas.⁵⁵ Nesse caso, houve a negociação de uma cláusula de exclusividade de fornecimento, o que impede que outros consórcios planejem a participação na licitação para a construção das usinas.

Nos setores regulados por lei, mais especificamente, porém, tem-se a idéia de que, em razão das características específicas de um determinado mercado, o Estado interfere na livre concorrência, restringindo-a de modo a assegurar o interesse da coletividade.

Nesse diapasão, o marco legal para regramento geral da concorrência no Brasil, fundamentado nos arts. 170 e 174, § 3.º, da CF/88 é a Lei 8.884/94, chamada de Lei Antitruste.

Apesar de ser da natureza dos contratos em geral o seu potencial para operar efeitos sobre terceiros, os contratos mercantis podem ter impactos

54 Para o conceito econômico de eficiência nas trocas, ou eficiência distributiva, ver Jorge Fagundes, *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência – eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*, São Paulo, Singular, 2003, p. 34.

55 Esses contratos são objeto de análise do CADE no momento presente, podendo ao final do processo de análise ser entendidos como prejudiciais à concorrência.

graves sobre a concorrência. Como exemplos, temos casos de fornecimento exclusivo ou de prestação exclusiva de produtos procurados por diversos agentes. Nesse caso, o contrato influencia a concorrência entre os agentes que gostariam de distribuir os referidos produtos ou que dependam da prestação do referido serviço a ponto de poder inviabilizar a atividade econômica dos agentes que se mantêm fora do contrato.

Nessa ordem de considerações, convém distinguir os acordos horizontais dos acordos verticais.⁵⁶ Os primeiros são os acordos celebrados entre concorrentes, de acordo com a terminologia do direito concorrencial. Por outro lado, os acordos verticais são aqueles realizados entre os agentes de fases distintas do mesmo processo produtivo. Um exemplo simples de acordo vertical seria aquele entre industrial e comerciante para a distribuição de um determinado produto.

Essa classificação é extremamente relevante para o direito antitruste. Isso porque, para fins de proteção da concorrência, têm pouca utilidade os tipos contratuais do direito civil e comercial, daí a necessidade de classificação própria.

Há diversos casos em que os contratos mercantis podem trazer problemas à concorrência. Um desses casos que convém tratar é o da existência de cláusulas de restrição. Esta é a nomenclatura do direito concorrencial, sendo que as principais cláusulas de restrições são: (i) de exclusividade por produto; (ii) de exclusividade territorial; e (iii) RPM – *resale price measure*.

Pela cláusula de exclusividade, o fabricante omite-se de nomear qualquer outro representante para a distribuição de seus produtos ou de seus serviços. Essa exclusividade pode ter bases territoriais, donde se falará em exclusividade territorial.⁵⁷ O problema maior que podem causar tais cláusulas consiste na hipótese de impedir a atuação no mercado de um outro agente interessado no produto.⁵⁸

Nesse sentido, imagine-se, por hipótese, que um determinado agente distribuidor esteja interessado em comercializar artigos esportivos e, para tanto, constitua uma rede de lojas especializadas. Nesse caso, o agente terá

56 Werter Faria, *Direito da concorrência e contrato de distribuição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 17.

57 Werter Faria, *ob. cit.*, p. 64.

58 Fabio Bortolotti e Albert Previsani, *Guide pour la conclusion de contrats d'agence et de concession a l'étranger*, Paris, Moniteur, 1981, p. 100.

a sua entrada impedida no mercado caso as mais famosas marcas, tais como Nike ou Adidas, recusem-se a vender o produto a ele, em virtude de cláusula de exclusividade previamente assinada com outro distribuidor. Vê-se claramente, portanto, o efeito negativo sobre a concorrência.

A cláusula RPM, por sua vez, impacta a concorrência na medida em que limita o poder do distribuidor de alterar a variável preço na determinação dos níveis da quantidade de demanda. Assim, a cláusula de restrição nos acordos verticais impede a concorrência intramarca. Por esse motivo, desde a década de 1950 esse tipo de acordo vinha sendo visto de forma restritiva pela jurisprudência norte-americana.

Essa concepção, entretanto, foi drasticamente alterada a partir de 1978, com a publicação do livro *The antitrust paradox*, de Robert Bork.⁵⁹ Por conseguinte, passou-se a perceber que a concorrência relevante para o desenvolvimento do mercado não é a concorrência intramarca, mas principalmente a concorrência entre marcas.⁶⁰ Assim, passou-se a entender que os acordos verticais podem ser irrelevantes quanto aos impactos à concorrência ou gravemente prejudiciais, a depender do número de fornecedores e da concorrência entre eles.

Outra forma pela qual os contratos mercantis podem influenciar a concorrência se dá nos casos de concentração de mercado.⁶¹ A concentração de mercado pode ocorrer por diversos motivos, desde a aquisição de empresas, até mesmo em razão de titularidade de tecnologia de maneira exclusiva. Esse fenômeno é uma tendência dos mercados modernos, podendo ser benéfica em diversos casos, uma vez que pode aumentar a eficiência desses mesmos mercados.⁶²

59 Robert Bork, *The antitrust paradox*, New York, The Free Press, 1993.

60 Nas palavras de Bork (ob. cit., p. 273): “Foreclosure theory is like a conjuring trick: it causes you to look at the wrong level of the industry, in the case the refining level. The problem just stated is not vertical but horizontal, the evil is not the foreclosure of rival refiners but the establishment of retail monopoly”.

61 Werter Faria, ob. cit., p. 17.

62 Nos dizeres de Jean Guyénot: “a relação, estreita ou não, existente entre as restrições acordadas e o efeito que se espera, varia entre um contrato e outro, dependendo da posição das empresas no mercado do produto” (tradução livre). *Le régime juridique des ententes économique et des concentrations d’entreprise dans le marché commun*, Paris, LGDJ, 1971, p. 117.

Nesse contexto, os atos contratuais de concentração podem ser classificados em verticais ou horizontais ou formação de conglomerados, de acordo as suas características essenciais.⁶³

A concentração vertical ocorre na aquisição dos fornecedores ou compradores por uma determinada empresa. Ou seja, trata-se de relação de concentração entre empresas que atuam no mesmo setor, mantendo entre si relações comerciais, uma como comprador, outra como vendedor.⁶⁴ Nessa ordem, a concentração vertical justifica-se, em regra, por um cálculo de maximização de eficiência das estruturas de custos de transação.⁶⁵ O controle desse tipo de operação, para fins de concorrência, normalmente, submete-se a interesses políticos, sendo limitados os seus efeitos negativos.

Por outro lado, concentração horizontal ocorre nos casos em que uma empresa adquire seus próprios concorrentes. Evidentemente, o potencial danoso para a concorrência desse tipo de concentração pode alcançar níveis alarmantes, donde decorre a maior necessidade de controle.

Finalmente, os atos de concentração aos quais se dá o nome de “conglomerados” consistem na compra de agentes de outros setores, ampliando o escopo de atuação da empresa original. É incerto o tipo de efeito que esses atos podem ter sobre a concorrência, não havendo critérios óbvios para o seu controle.

A permissão de concentração econômica, portanto, deve ser precedida por uma análise de custo-benefício. Dessa forma, busca-se permitir espaço para as concentrações econômicas que possam ser benéficas ao mercado, coibindo-se as concentrações prejudiciais.⁶⁶

De igual maneira, a existência de posição dominante, não é *a priori* prejudicial ao mercado. O que deve ser evitado pelo direito concorrencial, portanto, é o abuso da posição dominante. Logo, contratos que tenham como efeitos contra terceiros o obstáculo à entrada de novos agentes no mercado, em razão de posição dominante, podem ser considerados prejudiciais a esse

63 Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 278.

64 Neide Teresinha Malard, Integração de empresas: concentração, eficiência e controle, *Revista do IBRAC*, Caderno de Textos, v. 1, n. 4, p. 57.

65 Para o conceito de custos de transação, ver o trabalho clássico de Ronald Coase, The nature of firm, *Economica* 4, p. 386, nov. 1937.

66 Calixto Salomão Filho, ob. cit., p. 284.

mercado. Por outro lado, a uniformização dos procedimentos, decorrentes da posição dominante, pode ser benéfica.

Desta sorte, ter poder econômico significa exercer posição relevante no mercado que permita influenciar de maneira determinante as negociações com fornecedores e compradores, em razão da indiferença da empresa com relação aos demais integrantes do mercado. Assim, poder econômico é uma questão ontológica, isto é, do mundo do ser, e não deontológica.

A posição dominante, nessa linha, como reflexo do poder econômico, deve ser definida pela existência de independência e indiferença do agente dominante com relação aos demais agentes. Porém, a posição de domínio não é uma questão absoluta, comportando diferentes graus.

Sob influência da visão norte-americana, pode-se dizer que possui posição dominante aquele capaz de controlar preços no mercado relevante.⁶⁷ Tal mercado é aquele importante para a atividade da empresa, isto é, aquele mercado capaz de impactar a empresa e sobre os quais esta exerce influência. Assim, o mercado relevante pode ser entendido sob o aspecto geográfico e sob o aspecto material.⁶⁸ Nas palavras da Conselheira do CADE Neide Teresinha Malard, no Processo Administrativo 31/92:

“O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos e serviços que concorrem entre si, em determinada área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço”.

No mesmo sentido o Conselheiro José Matias Pereira, no Ato de Concentração 16/94:

“quando tratamos do aumento da concentração no mercado, torna-se necessário levar em consideração que o mercado relevante é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a qualidade, a finalidade e, de maneira especial, o preço”.

67 A mesma idéia está presente na Lei 8.884/94, art. 20, II, quando determina ser punível a conduta tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços”.

68 José Inácio Gonzaga Franceschini, *Introdução ao direito da concorrência*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 32.

O aspecto geográfico do mercado relevante refere-se ao espaço territorial no qual atua o agente econômico. Já o aspecto material refere-se às características dos produtos oferecidos pelo agente, com relação aos consumidores e fornecedores.⁶⁹ Evidentemente, o aspecto material pode influenciar o aspecto geográfico no mercado relevante, uma vez que certos produtos não podem ser negociados em outros mercados por limitações de transporte ou demanda.⁷⁰

Assim sendo, será importante determinar em quais relações de concorrência se inserem os agentes. Apenas com referência a esse mercado relevante é que se poderá avaliar a existência de posição dominante. Nesse contexto, uma possível defesa contra alegações de abuso de posição dominante será alegar a amplitude do mercado no qual o agente se insere.

Em outras palavras, alega-se que não se negocia no mercado de banana, mas no mercado de frutas frescas; não se negocia no mercado de refrigerantes, mas sim no mercado de bebidas. Essa defesa envolve a idéia de elasticidade cruzada da demanda, conceito este que se refere à mudança no padrão de consumo de bens, de modo a verificar se são bens alternativos ou não. Assim, caso sejam alternativos, a elasticidade apontará um aumento do consumo de um bem no caso do aumento no preço do outro.⁷¹

Nesse ponto, de maneira a facilitar o entendimento dos requisitos a serem observados na negociação de contratos mercantis, para o respeito à ordem econômica brasileira, sem violação da livre concorrência, convém analisar sumariamente o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

69 Paula A. Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1998. p. 207.

70 Com Herbert Hovenkamp, “The size of the geographic market depends on the nature of the product and of the people who buy and sell it” (*Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*, St. Paul, West Publishing Co., 1994, p. 108). Um exemplo de limitação do mercado geográfico provocado por aspectos materiais relativos ao transporte é o caso dos queijos frescos, os quais não podem ser transportados sem que estraguem com facilidade. Por outro lado, é exemplo de limitação provocada por razões de demanda o mercado de carne canina, restrito a alguns países como Coréia do Sul. Isso decorre da falta de demanda em outros países, que não têm o costume de consumir esse produto.

71 Nas palavras de Phillip Areeda e Louis Kaplow: “When cross-elasticity is high, the two products should be included in the same market” (*Antitrust analysis – problems, texts, cases*, Boston, Little, Brown and Company, 1988, p. 586).

O SBDC é formado por diversos órgãos, entre os quais: (i) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; (ii) a Secretaria de Defesa Econômica – SDE; e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico – SEAE.⁷²

Um dos limitadores desse sistema de defesa da concorrência é o excessivo número de processos a serem analisados, o que traz grandes consequências aos agentes econômicos dependentes de provimentos para evitar práticas contrárias à concorrência. Nesse caso, é de extrema importância a possibilidade de recurso ao Judiciário, donde decorre a necessidade do estudo do tema pelos magistrados do País.⁷³

Há diferença, para esses efeitos, entre atos de concentração e condutas contrárias à concorrência. Quanto aos primeiros, a Lei Antitruste determina que os interessados peçam autorização do CADE para homologação do negócio.⁷⁴ Já no caso de condutas contrárias à concorrência, o agente fica sujeito a processo administrativo para apuração dos atos manifestados.⁷⁵

Com relação aos atos de concentração, de acordo com o art. 54, § 1.º, devem ser levados em conta os benefícios e eficiências que podem ser

72 O CADE é uma autarquia ligada ao Ministério da Justiça responsável pela análise e julgamento de casos de concentração por meio de aquisições e fusões, bem como de outros casos de práticas contrárias à concorrência. A SDE é uma secretaria vinculada ao Ministério da Justiça responsável pela investigação de casos de práticas contrárias à concorrência, como cartéis, por exemplo. Cabe também à SDE a elaboração de pareceres para instrução dos julgamentos pelo CADE. A SEAE é secretaria vinculada ao Ministério da Fazenda e é competente para a análise econômica dos casos de concentração.

73 Além disso, é importante a instrução dos magistrados considerando a possibilidade de recurso ao Judiciário das decisões tomadas em nível administrativo pelo CADE, ou mesmo antes de terminado o processo administrativo.

74 Os atos de concentração são apreciados de acordo com o art. 54 da Lei 8.884/94. São considerados atos de concentração aqueles que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar em dominação do mercado. É obrigatória a autorização para todos os casos em que o negócio seja realizado por empresa com faturamento anual igual ou superior a R\$ 400 milhões, ou que implique participação de empresa resultante em 20% do mercado relevante.

75 As condutas referidas estão apresentadas na Lei 8.884/94, art. 21. O maior problema decorre da grande amplitude dos tipos apresentados nessa lei. Isso porque a lei determina a responsabilidade objetiva do agente, mesmo que não haja dano causado, simplesmente em razão da potencialidade de dano na conduta.

decorrentes dos atos. Esse dispositivo, portanto, apresenta a necessidade do cálculo “custo-benefício” na avaliação dos atos de concentração.

Os atos de concentração referidos são os seguintes: (i) fusão ou incorporação de empresas; (ii) constituição de sociedade para exercer controle de empresas; ou (iii) qualquer forma de agrupamento societário, consoante o art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/94.

A prática do mercado, porém, faz que os processos sejam analisados pelo CADE longo tempo depois que os aspectos operacionais do negócio sejam iniciados, muito embora o prazo para o pedido de autorização seja de apenas 15 dias, o que gera graves problemas nos casos em que o negócio não é aprovado pelo Conselho.⁷⁶

Nos casos de análise de atos de concentração, poderá o CADE autorizar o negócio com “compromisso de desempenho”, de maneira a evitar qualquer impacto negativo sobre a concorrência.⁷⁷ Já nos casos de processo administrativo para apuração de condutas contrárias à concorrência, o CADE pode determinar o respeito pelas partes a “compromisso de cessação” da conduta lesiva, o qual é aplicado com a assinatura de um “Termo de Compromisso de Cessação”, abstendo-se a empresa da conduta violadora da concorrência.

O compromisso de desempenho é uma alternativa à proibição dos atos de concentração, a qual subverte a lógica do controle estrutural dos atos, para um controle comportamental. Assim, deixa-se de proibir uma operação por seus potenciais efeitos, com o compromisso de que os contratantes atuem de maneira a garantir que os efeitos negativos sobre a concorrência não se atualizem. Desse modo, o compromisso de desempenho pode ser solução mais eficiente para o mercado que a simples proibição, assim como mais eficiente que a pura autorização.

Diante disso, é essencial que a negociação de cláusulas contratuais seja realizada tendo em vista o princípio constitucional da livre concorrência e seus reflexos na legislação infraconstitucional. Isto porque, como resta demonstrado, diferentemente da tradição jurídica tradicional, entendem-se como

76 Essa realidade é a motivadora de diversos projetos de reforma dos procedimentos de análises dos atos de concentração, no sentido de permitir que as mais simples sejam autorizadas pela SDE. O problema desses projetos reside no fato de aumentarem o poder de interferência do Executivo sobre a economia.

77 Quanto aos atos de concentração, o CADE pode autorizá-los sem restrições, rejeitá-los completamente, ou aprová-los com restrições, donde se insere a questão do “compromisso de desempenho”, conforme o art. 58, § 3.º, da Lei Concorrencial.

evidentes nos dias de hoje os efeitos negativos potenciais à concorrência de contratos entre empresários.

4. Os impactos à concorrência dos contratos mercantis, segundo a jurisprudência

Reafirmando o papel do Judiciário no controle da legalidade dos contratos, em face da proteção da concorrência, convém observar como os juizes têm analisado a questão.

O que se pode observar nos dias de hoje é uma maior consciência dos juizes para os efeitos sobre a coletividade dos contratos entre particulares, em oposição à visão tradicional com acento na autonomia da vontade. Não obstante, não se trata de abandonar os antigos dogmas, mas de relativizá-los apenas nos casos em que se faça necessário, tomando a devida cautela, no sentido de assegurar a segurança jurídica de que os contratos devem gozar.

Assim é que se deve ler o seguinte trecho do voto da Desembargadora Helena Ruppenthau Cunha, na Apelação Civil 70011494770:

“A tese da apelante é da ilegalidade da cláusula de exclusividade, no início do contrato considerada como latente e depois ilegal, com o surgimento de outras operadoras no mercado.

Com a constitucionalização do Direito Civil, o contrato passou a ter uma face pública, onde emergem características como solidariedade, cooperação entre os contratantes e destes em relação a terceiros, como dos terceiros em relação aos contratantes. (...)

Em decorrência da própria natureza do contrato de distribuição, tem o distribuidor por obrigação a revenda, no caso com exclusividade, e por conta própria, o produto objeto do pacto. É, de regra, contrato de adesão por parte do distribuidor. Tem, na sua essência, a exclusividade de venda e adesão do distribuidor.

(...)

Da própria essência do contrato firmado e da realidade dos fatos, não se pode afirmar que foi ferido o princípio da livre concorrência. A apelante, num primeiro momento, aceitou a cláusula de exclusividade, tanto que firmou o segundo contrato.

(...)

Por sua vez, assevera Celso Bastos, que ‘A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais’ (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, p. 459).

O fato de surgirem outras operadoras de telefones celulares não fere o livre comércio nem a livre iniciativa. A recorrente, ao descumprir a cláusula, visava o lucro do seu negócio com a venda de outras marcas de celulares; não pretendia proteger o interesse público do consumidor, como sustenta reiteradas vezes. Não se configura nenhuma ilegalidade o cumprimento da cláusula de exclusividade”.

Nessa ordem, julgou-se não violar a concorrência a cláusula de exclusividade em contrato realizado por conta da relação entre cooperativa e cooperativado, no que se refere à prestação de serviços médicos, conforme segue no Agravo de Instrumento 70005528237:

“Compreende-se, agora, que não há contrato de emprego e nem de credenciamento entre os profissionais da medicina e a Cooperativa, mas, de sociedade.

Conseqüentemente, entre duas sociedades concorrentes, o associado de uma não pode fazer um jogo anético junto à outra. A GOLDEN CROSS e a UNIMED são duas gigantes do mesmo ramo, por isso mesmo concorrentes entre si e a concorrência é salutar à população, mas esta deve ser leal (art. 170, IV, e 173, § 4.º, Constituição Federal).

(...)

A livre concorrência, prevista na Constituição, importa no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com observância, no entanto, das regras que a lei estabelecer (art. 5.º, XIII, Constituição Federal)”.

Com a mesma preocupação, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, na Apelação Civil 870973900, não configurar violação à concorrência a cláusula de exclusividade imposta por distribuidora de combustível ao posto de gasolina que trabalhe sob sua bandeira:

“A distribuidora de combustíveis, dispondo de imóvel destinado ao funcionamento de posto de combustíveis, tem o direito de, ao

ajustar o contrato de locação ou sublocação, condicionar a utilização de seu imóvel pelo locatário à comercialização exclusiva de produtos de sua marca, vedando-lhe qualquer alteração de seu uso ou de sua destinação.

O posto revendedor de combustíveis que comercializa produto de outra marca, não fornecido pela distribuidora locadora, violando condição expressa no contrato de locação, sujeita-se ao despejo por infração contratual”.

Como se percebe, muito embora dê conta dos problemas existentes na seara dos contratos mercantis relativamente à concorrência, o Judiciário tem aos poucos inserido essa preocupação em seus julgados, sem abrir mão dos clássicos princípios da força vinculante dos contratos – *pacta sunt servanda* – e da autonomia da vontade.

Conclusões

Cada vez mais a idéia relativa ao poder de contratar se altera de modo a abarcar novas preocupações, notadamente as relativas aos efeitos dos contratos sobre terceiros não participantes da relação jurídica contratual, com destaque aos efeitos sobre a concorrência.

Nessa ordem, é de grande importância a atenção do operador do direito a essas características. Ao advogado, para que possa negociar contratos que levem em conta as limitações impostas pelo sistema de proteção da concorrência. Ao juiz, por sua vez, para que possa julgar de acordo com os pressupostos constitucionais que fundamentam a Ordem Econômica Brasileira.

Por fim, chama-se a atenção para a importância do estudo do tema dos contratos, pelos próprios especialistas do campo do direito da concorrência. Isto decorre do fato de que a maior parte das violações à concorrência é operada por meio de cláusulas que, isoladamente, podem ser interpretadas como válidas.

Este trabalho, portanto, teve o objetivo de mostrar a necessidade de um estudo conjunto entre a Teoria dos Contratos e a proteção da concorrência. Trata-se, assim, de estudar novas formas de contratação e modelos de negócios que permitam a maximização da eficiência econômica das partes, sem prejudicar o interesse social.

Bibliografia

- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis – problems, texts, cases*. Boston: Little, Brown and Company, 1988.
- BORK, Robert. *The antitrust paradox*. New York: The Free Press, 1993.
- BORTOLOTTI, Fabio; PREVISANI, Albert. *Guide pour la conclusion de contrats d'agence et de concession a l'étranger*. Paris: Moniteur, 1981.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000.
- COASE, Ronald. The nature of firm. *Economica* 4, nov. 1937.
- FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência – eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003.
- FARIA, Werter. *Direito da concorrência e contrato de distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GUYÉNOT, Jean. *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprise dans le marché commun*. Paris, LGDJ, 1971.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.
- JOSKOW, P. Contract duration and relationship specific investments: empirical evidence from coal markets. *American Economic Review*, 17, March 1987.
- KLEIN, B.; CRAWFORD, R.; ALCHIAN, A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, n. 21, 1978.
- MacNEIL, I. R. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1978.
- MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. *Revista do IBRAC*, Caderno de Textos, v. 1, n. 4.
- MILGROM, P.; ROBERTS, J. *Economics, organization and management*. New Jersey: Prentice-Hall, 1992.
- RINDFLEISCH, A.; HEIDE, J. B. Transaction cost analysis: past, present, and future applications. *Journal of Marketing*, n. 61, 1997.
- SALANIÉ, Bernard. *The economics of contracts: a primer*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

WILLIAMSON, O. *Mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *The economic institutions of capitalism*. London: The Free Press, 1985.

_____. Transaction cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, n. 22, 1979.

ZYLBERSZTAJN, D.; LAZZARINI, S. G. *On contract continuity*. 1st Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE), St Louis, Sept. 1997.