

RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA, AUTORIZAÇÃO LEGAL E SEUS LIMITES. LEI Nº 8.884, DE 1994, E LEI Nº 6.729, 1.979 (“LEI FERRARI”)

Eros Roberto Grau
Paula A. Forgioni

"Consulta

O contrato de concessão celebrado entre um fabricante de veículos automotores terrestres e seus distribuidores determina que estes desenvolverão suas atividades com exclusividade, não podendo comercializar veículos fabricados por outras montadoras.

Alguns os distribuidores confrontaram-se com a recusa de seu fabricante em admitir que o mesmo empresário, em sociedades comerciais distintas, venha a exercer concessão comercial de veículos de marcas diversas, sem que para tal atitude ofereça qualquer outra justificativa que não a recusa arbitrária.

Indaga-se da licitude da conduta do fabricante, considerando-se, em especial, a legislação brasileira de defesa da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico".

Parecer

I - Introdução

01. -A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994, também conhecida como "Lei Antitruste", dispõe sobre matérias relacionadas às infrações contra a ordem econômica, disciplinando o comportamento dos agentes econômicos no mercado tendo em vista a proteção da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.

A legislação antitruste, tal como hoje concebida, nasce com a promulgação do Sherman Act, em 1.890, pelo congresso norte-americano. Além disso, a profícua aplicação, pelas Cortes dos Estados Unidos, tanto desse texto quanto da legislação subsequente, fez com que as leis e as decisões judiciais norte-americanas fossem, desde sempre, tomadas como paradigmas para aplicação de leis similares surgidas posteriormente em outros países.

Mesmo a legislação europeia de disciplina da concorrência não pôde ignorar o regramento norte-americano, ainda que tenha buscado um caminho diverso, no percorrer do qual a concorrência não é vista como um fim em si mesma, mas como um instrumento de que se deve lançar mão para atingir os objetivos maiores da União Europeia.

Por isso é que hoje, ao lado da legislação e da praxis norteamericana, a vivência européia na área da disciplina da concorrência constitui referencial que não pode ser ignorado, principalmente em países com uma estrutura industrial altamente concentrada, como é o caso brasileiro.

02. -No Brasil, muito embora o Decreto-Lei nº 869, de 1.938, já contivesse algumas disposições tipicamente antitruste, apenas recentemente começa a delinear-se um ensaio de "cultura da concorrência" entre os agentes econômicos. O Estado não encetara, até atualmente --- nem se podia identificar com clareza --- qualquer "política da concorrência".

Criado em 1.962, com a promulgação da Lei nº 4.137, o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹ vinha desempenhando, até o início da década de 90, papel pouco expressivo entre nós. Provocada contudo pela "abertura do mercado brasileiro" patrocinada pelos governos Collor e Cardoso e pelo reaquecimento da concorrência entre os agentes econômicos, a autoridade antitruste passou a atuar de modo incisivo, ocupando as manchetes dos jornais e despertando a atenção dos empresários. A legislação que trata da matéria encontra, destarte, condições de efetividade.

03. - Nem o CADE, nem as pessoas que se arrogavam a condição de especialistas na matéria dispunham, até então, de uma "jurisprudência" administrativa ou judicial consolidada. Em outras palavras, sentia-se a falta de "pautas de interpretação" que pudessem servir de referencial à aplicação da legislação que disciplina a concorrência.

Havia, sim, algumas decisões antigas e desconectadas entre si, mas que não se prestavam a funcionar como paradigmas a inspirarem a atuação decisória do órgão.

Assim, era natural que se fosse buscar nas fontes americanas o material argumentativo que poderia balizar as teses dos advogados e juristas que iniciavam a militância nessa área, bem assim a atuação do próprio CADE. De outra parte, também a prática européia passou a ser considerada, ainda que de forma secundária.

A referência a julgados e autores estrangeiros, então, tornou-se a mais comezinha das práticas. Os relatórios dos Conselheiros do CADE passaram a fundamentar-se, por exemplo, nas lições de SULLIVAN e HOVENKAMP², ao mesmo tempo que o conhecido HHI (Herindhal-Hirschman In-

1 -É obrigatória a menção ao Decreto-Lei no 7.666, de 1.945, que criou a CADE - Comissão Administrativa de Defesa Econômica. No entanto, esse diploma não teve duração superior a dois meses.

2 -Cf. Ato de Concentração no 27/94, Requerente: K & S Aquisições Ltda., Atual Denominação: KOLYNOS do Brasil Ltda. Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva.

dex)³, sem que a lei brasileira lhe faça qualquer menção, passa a ser adotado como índice apto a mensurar o grau de concentração em determinados mercados.

04. -É certo no entanto que, embora o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras possa consubstanciar fonte de subsídios útil, nem uma nem outra podem ser tomadas como absolutas. Vale dizer: elas não podem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico. A indiscriminada transposição de teorias e paradigmas pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia⁴ da legislação brasileira e nos conduzindo por caminhos incompatíveis com o direito brasileiro.

Insista-se em que o direito é um nível funcional do todo social; assim, ele será, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal e, v.g., embora se possa referir um direito do modo de produção capitalista, em cada sociedade manifesta-se um determinado direito, diverso e distinto dos outros direitos, que se manifestam em outras sociedades⁵.

Importa repetirmos, também, que em cada sistema jurídico subjaz, latente, um sistema de princípios, diverso daqueles próprios a outros sistemas. O intérprete [autêntico ou não], não pode deixar de considerar, ao tomar cada texto normativo, as singularidades do ordenamento jurídico do qual o texto participa, considerando-as, ademais, no momento histórico vivenciado. Devem ser relidas, com atenção, todas as sábias advertências lançadas por TULLIO ASCARELLI⁶.

05. -Em síntese, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras podem e devem ser utilizados pelo intérprete --- o que, de resto, será feito no desenvolvimento deste parecer. Cumpre porém repudiarmos a mera transposição de institutos e teorias, de um para outro direito.

3 -O Conselheiro do CADE Marcelo Monteiro Soares, no ato de concentração n. 1/94, expressamente aplicou o HHI para avaliar o impacto da operação de concentração no mercado (in Revista do IBRAC v. 2, n. 4:15).

4 - Para os conceitos de efetividade e eficácia vide EROS ROBERTO GRAU, A ordem econômica na Constituição de 1988, 3a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1.997, págs. 317-321.

5 - Cf. EROS ROBERTO GRAU, O direito posto e o direito pressuposto, Malheiros Editores, São Paulo, 1.996, págs. 17-18.

6 -Problemas das Sociedades Anônimas, Saraiva, São Paulo, 1.945, págs., 4-16.

Interpretar o direito é concretar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar⁷ a lei; o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Daí dizermos que interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado⁸. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação⁹. Interpretação e aplicação se superpõem.

Ora, sendo, a interpretação, concomitantemente aplicação do direito, deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma FRIEDRICH MÜLLER¹⁰, para quem inexiste tensão entre direito e realidade; não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e de elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso a articulação ser e dever-ser [a relação norma-fato] é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática e, por conseqüência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.

Isso significa que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se despreendem do texto [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade [mundo do ser]¹¹. O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de KELSEN¹², é o fato de a "moldura da norma" ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

É certo, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras podem ser úteis ao intérprete do direito brasileiro. Mas elas não podem, sob qualquer pretexto,

7 - Cf. HANS-GEORG GADAMER - Verdad y metodo, cuarta edición, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1.991, pág. 401.

8 - Idem, pág. 397.

9 - Vide ENRIQUE E. MARÍ - La interpretacion de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexu con el processo codificadorio de la modernidad, in "Materiales para una teoria critica del derecho", Enrique E. Marí et alii, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.991, pág. 236.

10 - Juristische Methodik, 5a edição, Duncker & Humblot, Berlin, 1.993, págs. 145-146.

11 - Vide CRISTIANE DERANI, Direito Ambiental Econômico, Max Limonad, São Paulo, 1.997, págs. 40-44.

12 - Teoria pura do direito, trad. de João Baptista Machado, 4a edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1.979, pág. 467.

ser superpostas aos elementos do caso --- isto é, aos elementos da realidade [mundo do ser] --- ao qual a norma será aplicada.

Em linguagem simpática aos especialistas do antitruste, deve-se proceder a uma análise pelo case by case approach, tomando-se em conta o mercado e o sistema jurídico brasileiro, como um todo.

Não será demasiada a repetição, por fim, de que a interpretação do direito não pode ser feita em tiras, aos pedaços. Não se interpreta, portanto, o texto de lei, mas o direito, lançando-se mão de um processo hermenêutico que considera o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, o sistema de princípios que lhe é subjacente. Não se pode interpretar isoladamente a Lei nº 8.884, de 1994, apartando-a das ordens econômica e jurídica brasileiras.

II - A tutela da livre concorrência no sistema jurídico brasileiro e as infrações à ordem econômica

06. -A Constituição do Brasil é muito clara ao definir a livre concorrência como um meio, um instrumento voltado ao alcance de um bem maior, o de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"¹³.

Deveras, dispõe o seu artigo 170:

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

(...)

IV - livre concorrência;

(...)" (grifamos).

De outra parte, determina o parágrafo 4º do artigo 173:

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

07. -Buscando a concreção desses preceitos constitucionais, a Lei nº 8.884/94 "dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos con-

13 -A instrumentalidade de nossas normas antitruste era já apontada antes mesmo da promulgação da Constituição de 1.988, pois a tutela da livre concorrência sempre foi posta a serviço de um bem maior: o interesse coletivo, de ordem pública (neste sentido, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, Formas de abuso de poder econômico, Revista de Direito Mercantil, n. 66, 1.987, págs. 45 e s.).

sumidores e repressão ao abuso do poder econômico" (cf. artigo 1º), definindo, em seu artigo 20, as infrações à ordem econômica:

"Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2º - Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º - A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia".

Já a simples leitura dos enunciados normativos transcritos evidencia que qualquer ato tendo por objeto ou por efeito o prejuízo à concorrência constitui uma infração à ordem econômica, independentemente de culpa [i.e., da intenção do agente econômico ao praticar o ato].

08. -Aí, nesse artigo 20, encontramos o cerne da Lei nº 8.884/94¹⁴, razão pela qual devemos nos deter, ainda que brevemente, na análise de sua ratio e da função que o preceito desempenha em nosso ordenamento jurídico.

É bem antiga a convicção, afirmada em discursos pronunciados desde o final do século XVI, de que a livre concorrência é o "antídoto natural"

14 - Pretenderam alguns, equivocadamente, identificar no artigo 54 o cerne da lei.

contra os males do mercado, perfeitamente capaz de impedir a exploração do consumidor e o indevido aumento de preços [= a exploração dos adquirentes] e de fomentar a otimização da qualidade dos bens e serviços¹⁵.

Embora essa afirmação, necessária no contexto dos discursos nos quais inserida, tenha sido relativizada, ainda assim permanecem, os sistemas jurídicos, a dedicar efetiva proteção à livre concorrência. Por isso a legislação antitruste deve ser aplicada de forma a impedir o falseamento da concorrência nos mercados. Em outros termos: não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça seu papel no mercado.

Daí a livre concorrência¹⁶ ter sido consagrada, em nosso ordenamento jurídico, como um bem digno de receber tutela jurídica --- o artigo 170

15 -Não se pode deixar de referir as palavras proferidas pela Corte Inglesa, no ano de 1.603, apontando os malefícios trazidos pela ausência de concorrência: "The sole trade of any mechanical artifice, or any other monopoly, is not only a damage and prejudice to those who exercise the same trade, but also to all other subjects, for the end of all these monopolies is for the private gain of the patentees; and although provisions and cautions are added to moderate them, yet ... it is mere folly to think that there is any measure in mischief or wickedness: and, therefore, there are inseparable incidents to every monopoly against the commonwealth ... 1. That the price of the same commodity will be raised, for he who has the sole selling of any commodity, may and will make the price as he pleases... The 2d incident to a monopoly is, that after the monopoly granted, the commodity is not so good and merchantable as it was before; for the patentee having the sole trade, regards only his private benefit, and not the common wealth. 3. It tends to the impoverishment of divers artificers and others, who before, by the labour of their hands in their art of trade, had maintained themselves and their families, who now will of necessity be constrained to live in idleness and beggary" (decisão transcrita por FOX & SULLIVAN, Cases and materials on antitrust, St. Paul, West Publishing Co., 1989, págs. 12 e 13).

16 -É bem curiosa, aliás, a menção do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, visto que a liberdade de iniciativa implica liberdade de concorrência e vice-versa. Veja-se em GRAU, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit., págs. 224-225, os "inúmeros sentidos" que "podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência", equacionando-os da seguinte forma: a) liberdade de comércio e indústria (não-ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não-sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública. JOSSERAND, por sua vez, vislumbra três

da Constituição do Brasil impõe seja, a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e o artigo 20, I da Lei nº 8.884/94, inspirado no parágrafo 4º do artigo 173 do Texto Constitucional, condena qualquer ato que possa prejudicar a livre concorrência¹⁷.

Isso importa em que a concorrência cause alguns "prejuízos" a determinados agentes econômicos, que, impedidos de adotar estratégias independentes, restam obrigados a respeitar o "jogo" próprio ao mercado em que atuam [mercado relevante]. Em consequência, lucros menores e maiores preocupações com os concorrentes, consumidores e fornecedores¹⁸.

09. -É explicável, portanto, o desejo nutrido pelos agentes econômicos, de eliminação de toda concorrência incômoda que lhes seja contraposta. Isso é muitas vezes buscado mediante a celebração de acordo entre os agentes econômicos concorrentes [cartel]. Outras, o agente econômico que detém poder de mercado adota práticas anticompetitivas [abusando, portanto, do poder que detém], visando à eliminação da concorrência. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de vendas abaixo do preço de custo.

Nada há de ilícito na eliminação de um concorrente, desde que a expulsão do mercado, ou mesmo o prejuízo a ele inflingido, derivem de uma vantagem competitiva, i.e., da superioridade de um dos agentes econômicos em relação aos outros. Daí porque o parágrafo 1º do artigo 20 admite o domí-

aspectos da liberdade de comércio que se concretizam no dogma da livre concorrência: (i) liberdade de estabelecimento; (ii) liberdade de fabricação; e (iii) liberdade de circulação de mercadorias, em conformidade com as leis econômicas, principalmente a lei da oferta e da procura (De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits, 12ème ed., Dalloz, Paris, 1939, págs. 231-2).

17 -A Lei Antitruste não confronta os princípios do Estado Liberal. Ao contrário, hoje se vê com clareza que nada há, na regulamentação da concorrência, de adverso ao espírito do liberalismo econômico. Vide GRAU, A ordem econômica na Constituição de 1988, cit., págs. 15-16: "O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios o princípio do livre mercado passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis anti-trust, que preservam as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios". A eliminação das distorções conjunturais, próprias do mercado e do modo de produção capitalista, visa à preservação do mesmo mercado --- e do modo de produção --- mercado no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores e, portanto, competir livremente.

18 A esse respeito, v. PAULA A. FORGIONI, Os fundamentos do Antitruste, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 274 e ss.

nio de mercado obtido de forma "natural", "fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores". O que o sistema jurídico não admite é o abuso, o acordo, a imposição, o artil que eliminam a concorrência.

10. -O texto do artigo 20 da Lei nº 8.884/94 é bastante amplo, abrangendo um sem número de atos ou contratos que possam ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência. Por essa razão, o artigo 21 introduz uma série de exemplos de caracterização de infrações à ordem econômica, quando configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos. Isso significa que o artigo 21 da Lei nº 8.884/94, exemplificativamente, enuncia uma série de condutas que caracterizarão infração à ordem econômica desde que sua prática configure qualquer daquelas hipóteses.

III - A possibilidade de legitimação das práticas restritivas da concorrência

11. -A condenação, indistintamente, de todas as práticas restritivas da concorrência poderia conduzir a um resultado diametralmente oposto àquele que é constitucionalmente pretendido, na afirmação da livre concorrência. Assim, não se justifica a condenação de tais práticas quando aos prejuízos delas decorrentes, suportados pelo mercado, ou pela concorrência, corresponderem vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, de sorte que estas vantagens sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos.

Imagine-se, por exemplo, um acordo de cooperação entre duas empresas para o desenvolvimento de uma nova tecnologia. Parece óbvio que a união dos dois agentes econômicos, embora importe na eliminação da concorrência recíproca [pois eles não mais deverão competir pela inovação tecnológica], pode ser socialmente relevante, de modo a beneficiar o desenvolvimento tecnológico. Se assim é, a união não deve ser obstada, ainda que importe em um certo "prejuízo para a concorrência".

12. -Os sistemas antitruste admitem, em vista disso, a legitimação de algumas práticas restritivas. Visando precisamente instrumentar essa legitimação, criou-se, nos Estados Unidos, a "regra da razão" (rule of reason)¹⁹. O artigo 1º do Sherman Act²⁰ não incidirá sempre que a prática restritiva acarretar um prejuízo "razoável" para a concorrência.

19 -Ver, a respeito, o estudo efetuado, no Brasil, sobre as origens da regra da razão: SHIEBER, Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.966, págs. 72 e ss. Cf., também, NUNO T. P. CARVALHO, As concentrações de empresas no direito antitruste, São Paulo, Resenha Tributária, 1.995, págs. 69 e ss.

A primeira manifestação da Suprema Corte americana envolvendo a regra da razão ocorre no julgamento do caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. O *Sherman Act*, no entender do Juiz WHITE: "evidenced the intent not to restrain the right to make and enforce contracts, whether resulting from combination or otherwise, which did not unduly restrain interstate or foreign commerce, but to protect that commerce from being restrained by methods, whether old or new, which would constitute an interference that is an undue restraint".

A regra da razão --- observa SHIEBER, na mais clássica obra brasileira sobre o Direito Antitruste²¹ --- acaba, na realidade, por determinar uma modificação no suporte fático do artigo 1º do *Sherman Act*, ainda que o seu texto não tenha sofrido qualquer alteração. A regra implica tenha ele passado a vigor com a seguinte redação:

"Art. 1º - Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em [desarrazada] restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei".

13. - Na Europa, o item 3 do artigo 85 do Tratado da União Européia prevê a possibilidade de isenção de acordos restritivos da concorrência pela Comissão Européia. Eis os textos do Tratado de Maastricht:

"Art. 85 - São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

(...)

2. São nulos de pleno direito os acordos ou decisões proibidos por este artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo ou categoria de acordos, entre empresas;

20 -Para uma breve e conclusiva explicação da per se rule e da regra da razão, veja-se PHILLIP AREEDA, *The changing contours of the per se rule*, *Antitrust Law Journal*, v. 54, 1.985, págs. 27 e ss.

21 -SHIEBER, ob. cit., pág. 75.

- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte eqüitativa do lucro daí resultante, e que
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa".

Note-se, parenteticamente, que o enunciado do artigo 85 do Tratado de Maastricht é tão ou mais amplo do que o do artigo 20 da Lei nº 8.884/94, até porque o direito antitruste europeu foi, declaradamente, a fonte de inspiração do legislador brasileiro.

O número de práticas que deveriam ser submetidas à aprovação da Comissão Européia era demasiadamente elevado e o órgão não possuía sequer condições materiais para proceder à análise de todas elas²². Por essa razão, foram editados vários regulamentos que isentam em bloco determinadas categorias de acordos, cujas características demonstram que o prejuízo à concorrência eventualmente causado é suplantado pelos benefícios trazidos ao desenvolvimento do próprio mercado.

22 -JAMES S. VENIT indica os seguintes motivos como determinantes da adoção das isenções em bloco: (i) caráter dúplice do art. 85 do Tratado da União Européia, que permite a isenção de uma prática restritiva da concorrência; (ii) inexistência de uma regra da razão que impedisse a incidência do parágrafo 1º do art. 85 do Tratado CE sobre práticas que poderiam ser consideradas "benéficas"; e (iii) a incapacidade da Comissão, derivada da limitação de seus recursos, para isentar (ou isentar em um período razoável de tempo) todas as práticas notificadas que não deveriam ser proibidas (Technology Licensing in the EC, *Antitrust Law Journal*, v. 59, 1.991, pág. 485). Pode-se ver também, na concessão de isenções em bloco, uma atitude da Comissão que propicia ao agente econômico segurança e previsibilidade, pois a partir do momento em que são atendidos os requisitos para a concessão previstos no regulamento respectivo, a prática restritiva nem sequer deverá ser comunicada à autoridade antitruste européia. Ainda sobre os motivos da introdução das isenções em bloco, cf. PAOLO MENGOZZI, *Il diritto della comunità europea*, Cedam, Padova, 1.990, pág. 335.

Quando o acordo celebrado recai nos limites da isenção em bloco (block exemption), a Comissão Europeia não necessita, sequer, ser comunicada da prática do ato.

Por fim, cumpre anotarmos, ainda parenteticamente, que o Regulamento n^o 1.983, de 22 de junho de 1.983, concede uma isenção em bloco para os contratos de distribuição exclusiva que produzam ou possam produzir efeitos em território europeu. Mais especificamente, o Regulamento n^o 1.475, de 1995, estabelece uma isenção em bloco para os acordos de distribuição de veículos automotores mediante o qual um contratante se obriga perante o outro a fornecer, em um território definido dentro do Mercado Comum, esses veículos e peças de reposição²³.

14. -No Brasil, o artigo 54 da Lei n^o 8.884/94 admite a aprovação de atos que impliquem prejuízo à livre concorrência, ou mesmo o domínio de mercado:

23 Segundo Bael & Bellis, será aplicável o Regulamento n^o 1.983, de 1.983, quando for designado apenas um concessionário por território; já o regulamento n^o 1.475, de 1995, permite que sejam nomeados um ou mais concessionários em cada zona contratual (Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea, Torino, Giappichelli, 1995, p. 180. Tradução da terceira edição em língua inglesa, Competition Law of the European Community, Londres, CCH, 1994). A própria Comissão, a esse respeito, esclarece: "The (...) group exemption regulations concerning the distribution of goods, Commission Regulation (EEC) No 1983 and (EEC) No 1984/83, remain applicable to cars. This means that producers are free to choose to organize their distribution system according to Regulation 1475/95 or according to these two other group exemption (...)". Esse último regulamento coloca sob a égide da isenção em bloco apenas as restrições impostas ao distribuidor de não comercializar "veículos automóveis novos oferecidos por outrém que não o construtor a não ser em estabelecimentos separados, com uma gestão distinta, sob uma forma jurídica distinta e de modo a excluir qualquer confusão de marca" (cf. art. 3, n^o 3). Em outras palavras, o distribuidor é livre para comercializar carros fabricados por outrem, desde que o faça em estabelecimento distinto, evitando a confusão de marcas. Qualquer restrição imposta nesse sentido ou será nula de pleno direito, nos termos do caput do art. 85 do Tratado da União Europeia ou deverá ser isentado pela Comissão (individual exemption), na forma prevista no parágrafo 3^o do mesmo dispositivo. Vale, aqui, determo-nos na análise do item 7 do preâmbulo do Regulamento 1475, de 1995: "A cláusula de não concorrência pode ser isenta na medida em que não impeça o distribuidor de distribuir veículos automóveis de outras marcas de um modo que evite qualquer confusão de marcas (ponto 3 do artigo 3^o). A obrigação de só proceder à venda de produtos de outros construtores em locais distintos e com uma gestão distinta, acompanhada da obrigação geral de evitar a confusão a nível das marcas, assegura a exclusividade da distribuição de uma única marca por cada estabelecimento (...)" (cf. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, em 29 de junho de 1995, n^o I, p. 145/25 – www.clubi.ie/competition/compframesite/index.htm, em 2 de setembro de 1998).

"Art. 54 - Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à aprovação do CADE".

Embora o texto desse artigo 54 provoque espanto em alguns, na medida em que legitimaria a prática de infrações, o fato é que a autoridade antitruste brasileira pode autorizar a prática de atos restritivos da concorrência, desde que sejam atendidas as chamadas "eficiências" enunciadas nos parágrafos do mesmo artigo 54²⁴. Na realidade, no entanto, quando cogitamos de autorizações ou isenções colocamo-nos diante de dois suportes fáticos distintos: um relacionado à tipificação da infração à ordem econômica [artigo 20] e outro que, quando verificado, dá lugar à incidência da estatuição excludente de infração [artigo 54]²⁵.

Insista-se em que, no sistema da lei brasileira, o que se tem em vista são condições bem definidas, vinculantes do controle exercido pela autoridade antitruste, e não razoabilidade do prejuízo à concorrência. Aquelas condições é que informam a decisão sobre a autorização [= aprovação] do exercício da prática, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

O direito brasileiro não admite uma regra da razão capaz de afetar, modificando-a, a hipótese de incidência do artigo 20 da Lei nº 8.884/94²⁶.

24 - "Parágrafo 1o - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o 'caput', desde que atendam às seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Parágrafo 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final".

25 - Vide PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado, tomo I, Borsoi, Rio de Janeiro, 1.954, pág. 26.

26 Advertindo sobre as diferenças entre os sistemas europeu e americano, Frignani e Waelbroeck assinam, quanto às isenções, que: "Non si tratta dell'equivalente della "rule of reason" del diritto antitrust statunitense: questa non permette di giustificare intese il cui oggetto restrittivo sia dimostrato, ma di valutare se certi accordi o pratiche che non sono vietati in se stessi (per se) possano essere considerati ammissibili, o

IV - Os acordos verticais

15. -O relacionamento comercial que se estabeleceu entre o fabricante de veículos automotores e seus distribuidores corporifica, na terminologia consagrada pela prática antitruste e pelos economistas que tratam de organização industrial, um típico acordo vertical²⁷.

debbano, al contrario, essere vietati tenuto conto dei loro effetti. Al contrario, l'art.85, paragrafo 3 permette di esentare tutte le intese, anche quelle di cui sia dimostrato il carattere intrinsecamente anticoncorrenziale” (Disciplina della concorrenza nella CEE, 3ª e., Napoli, Jovene, 1983, p. 89). No mesmo sentido, Bernini faz ver que o § 3º do art. 85 do Tratado CE introduziu um “teste de eficiência” que “não se encontra na experiência antitrust dos Estados Unidos”, havendo, portanto, uma diferença substancial entre a rule of reason e as isenções (“As regras de concorrência”, in CE, trinta anos de direito comunitário, Luxemburgo, 1981, p. 370). Embora essa distinção seja patente, alguns autores insistem em que o Tratado CE teria adotado a sistemática da rule of reason, encaixotando-se no fascínio que o modelo antitruste americano exerce sobre jovens analistas europeus (v. g. Pietro Manzini, L’esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario, Milano, Giuffrè, 1994, p. 190 e s.. No mesmo sentido, cf., ainda, Jan Peeters, “The rule of reason revisited: Prohibition on Restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty”, The American Journal of Competition Law, 37(3), Berkeley, 1989, pp. 521-570 e Luciano di Via, “Alcune Riflessioni sulla Rule of Reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza”, Diritto del Commercio Internazionale, 10.2-3:289, aprile-settembre 1996). As razões práticas de se querer vislumbrar a regra da razão no caput do artigo 85 do Tratado CE são bastante óbvias: afastaria da Comissão Europeia o direito (e o dever) de analisar quaisquer práticas restritivas da concorrência, de forma que esse órgão somente deveria ser informado das práticas que restringissem a concorrência de uma forma não razoável. Dessa forma, lograr-se-ia diminuir o volume de casos a serem apreciados pela Comissão. Não obstante, essa autoridade antitruste, como já reiterado em diversas ocasiões, não entende que o art. 85 do Tratado CE encerre a previsão de uma “regra da razão”, mas sim de um sistema de isenções, nos termos do parágrafo 3º do mesmo artigo. Conseqüentemente, a Comissão entende que quaisquer práticas restritivas da concorrência devem a ela ser comunicadas.

27 -Acordo vertical é aquele celebrado entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes (ou seja, não atuam no mesmo mercado relevante), mas se encontram em mercados situados em uma imaginária linha vertical que nos conduz, através da extração da matéria-prima, das várias fases da produção e comercialização, até o consumidor final do produto (cf. FOX & SULLIVAN, ob. cit., pág. 522 e também ROBERTO PARDOLESI, Intese restrittive della libertà di concorrenza, AAVV, Diritto antitrust italiano, org. A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubetazzi. Bologna, Zanichelli, 1993, pág. 244). Assim, são considerados típicos acordos verticais os de distribuição, fornecimento, franquia, concessão comercial e outros.

Esses acordos eram vistos, no passado, com extrema cautela pelas autoridades antitruste e mesmo pelo Poder Judiciário. Nas últimas décadas, contudo, essa posição vem sendo alterada, sobretudo nos Estados Unidos, por influência da Escola de Chicago. Salienta-se hoje, mais do que nunca, os benefícios decorrentes da celebração de tais acordos verticais, que aumentam as eficiências alocativas e diminuem os custos de transação.

Ocorre que, embora produzindo benefícios de outra ordem, esses acordos verticais, semelhantes àquele que ora consideramos, restringem a concorrência, por variados motivos, entre os quais destacamos aquele que, no contexto deste parecer, assume maior relevância: os acordos verticais mediante os quais o fabricante impõe a seus distribuidores a exclusividade de relacionamento ("exclusive dealing") podem impedir que o concorrente do mesmo fabricante tenha acesso aos canais de distribuição utilizados pelo outro agente econômico²⁸. Ademais, é ainda possível, no caso de novas empresas que pretendam se estabelecer no Brasil, que a imposição de exclusividade limite seu acesso ao mercado.

16. -Note-se bem que, para fins de determinação da incidência, ou não incidência, da Lei nº 8.884/94 sobre o caso presente, não é bastante afirmarmos, de forma genérica, que a concorrência está sendo prejudicada. Ao contrário, é necessária a indicação, com precisão, da concorrência de que se cogita.

É relevante, na hipótese submetida a nossa apreciação, a concorrência existente entre os vários fabricantes de automóveis (Fiat, GM, Volkswagen e outras), no mercado brasileiro. Em outras palavras, tomamos como relevante o mercado brasileiro [mercado relevante geográfico], de fabricantes de automóveis [mercado relevante material ou do produto].

Estamos, ao considerar o mercado de fabricantes de automóveis, privilegiando a concorrência entre os fabricantes ou entre as marcas ["inter brand competition"], por entendermos que a concorrência entre os distribuidores de uma mesma fabricante ["intra brand competition"] não está sendo afetada pela imposição do fabricante.

28 -Ou, como dizem SULLIVAN & HOVENKAMP: "The vertical restraint may be used to (...) create barriers to entry that foreclose competition", *Antitrust law, policy and procedure*, 3. ed., The Michie Company, Charlottesville, 1.994, pág. 405. Referindo-se especificamente aos contratos de distribuição exclusiva, MATTEO CAROLI afirma que "Contratti di questo genere sono forme di integrazione verticale che possono porre in condizioni di svantaggio i concorrenti dell'operatore che beneficia dell'esclusiva. Questo è tanto più vero quanto più i soggetti che concedono l'esclusiva hanno un ruolo quantitativamente e qualitativamente rilevante nel proprio campo di attività" (*La regolamentazione dei regimi concorrenziali*, Giuffrè, Milano, 1.990, págs. 77-78).

Assim, cumpre verificarmos se a hipótese versada na consulta configuraria infração à ordem econômica, determinando a incidência do artigo 20, I e do artigo 21²⁹, incisos IV³⁰ e VI da Lei Antitruste, na medida em que a imposição restringe a concorrência entre os agentes econômicos.

V - A interpretação da lei nº 8.884/94 --- as particularidades do caso presente

17. -Alcançado este ponto de nossa exposição, cumpre dedicarmos detida atenção à restrição que está sendo imposta pelo fabricante de veículos automotores a seus distribuidores, nela apartando dois aspectos distintos:

(i) o fabricante exige, de uma banda, que o distribuidor comercialize apenas veículos novos de sua marca;

(ii) ao mesmo tempo, exige também que a pessoa física participante do capital social da sociedade distribuidora [ou seja, que possui a "bandeira" do fabricante] não participe de outra sociedade que distribua veículos fabricados por seus concorrentes.

A primeira restrição, ao contrário do que poderia parecer em uma análise menos detida, não consubstancia infração à ordem econômica.

A segunda, ao contrário, implica a incidência do artigo 20, I da Lei nº 8.884/94, como passamos a demonstrar.

18. - É certo --- vimos acima --- que a interpretação do direito não pode ser feita em tiras, aos pedaços. Não se interpreta o texto de lei, isoladamente, mas o direito, lançando-se mão de um processo hermenêutico que considera o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, o sistema de princípios que lhe é subjacente.

Por isso não se pode interpretar isoladamente a Lei nº 8.884/94. Cumpre considerarmos, em conjunto com o seu texto, o texto da Lei nº 6.729,

29 -"Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica: (...) IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (...) VI - impedir o acesso de concorrente (...) aos canais de distribuição".

30 -Entendemos que o inciso IV do art. 21 poderá ser invocado no caso em tela se houver grande possibilidade de um fabricante estrangeiro de veículos automotores pretender iniciar suas atividades no mercado brasileiro, não bastando porém a mera "suposição" desprovida de fortes evidências da possível entrada. Sem elementos bem específicos, não se pode formular conclusões a respeito do grau de influência que a concorrência potencial exerce sobre a concorrência atual, ou seja, aquela existente entre os agentes econômicos que já atuam no mercado brasileiro.

de 28 de novembro de 1.979, que "dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automóveis de via terrestre".

19. -A Lei nº 6.729/79 permanece plena de vigência; não foi revogada pela Lei nº 8.884/94.

Dir-se-á, prontamente, que ambas permanecem em vigor porque a primeira, embora anterior, trata de matéria específica [a concessão comercial entre fabricantes e distribuidores], enquanto que a segunda, que lhe é posterior, "dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica". A Lei Antitruste disciplina a concorrência travada entre todos os agentes econômicos, e não apenas aquela que se estabelece entre os fabricantes e/ou distribuidores. Estamos portanto, no caso, diante de uma lei especial [anterior] e uma lei geral [posterior].

Cumprido, pois, considerarmos o impacto, em relação a elas, do aforisma *lex generalis legem specialem non derogat*³¹.

20. - Essa consideração há de ser feita a partir do exame de preceito contido na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1.942, cujo artigo 2º e seus parágrafos 1º e 2º assim dispõem:

"Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Parágrafo 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Parágrafo 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

A matéria estava regulada de modo diverso no texto da Introdução que abria o Código Civil, na sua edição, em 1.916.

O artigo 4º dessa Introdução assim dispunha:

"A lei só se revoga ou derroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a explícita ou implicitamente".

31 - Vide EROS ROBERTO GRAU, Correção monetária: concordata e créditos fiscais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.985, págs. 28-32.

21. Tem a doutrina, entre nós, entrado em freqüentes desacordos a respeito da interpretação mais correta a ser conferida ao parágrafo 2º do artigo 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil, chegando-se mesmo a afirmar que esta disposição e a do artigo 4º da antiga Introdução ao Código Civil reciprocamente se completam³² --- o que soa estranho, em razão da nova lei ter regulado inteiramente a matéria de que tratava o texto de 1.916.

Entendemos, de modo diverso, que a complementação do sentido do aludido parágrafo 2º há de ser buscada no texto do parágrafo 1º do próprio artigo 2º do texto em vigência.

O que resultou definido no parágrafo 2º do artigo 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil é que a lei nova --- qualquer que seja ela: geral ou especial --- não revoga nem modifica a lei anterior quando estabelecer disposições a par das já existentes.

Logo, em sentido contrário, teremos que a *lex nova* ---- qualquer que seja ela, repita-se: geral ou especial --- revoga ou modifica a lei anterior quando não estabelecer disposições a par das já existentes.

22. - Disso se deve retirar duas verificações: a) o aforisma *lex generalis legem specialem non derogat* não foi contemplado no direito positivo brasileiro --- Lei de Introdução ao Código Civil; b) para que o sentido do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil possa ser plenamente discernido, cumpre-nos definir a significação da expressão disposições a par das já existentes.

Disposição a par de outra existente é aquela que com esta convive. A expressão a par de outra existente há de ser entendida com o sentido que tem na linguagem natural, da qual se nutre a linguagem jurídica³³.

Quem está a par de outrem convive com o outro, assim como algo que está a par de outra coisa coexiste com a outra coisa. Estar a par, pois, é conviver ou coexistir.

A significação da expressão disposições gerais ou especiais a par das já existentes, no parágrafo 2º, do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, portanto, é a seguinte: disposições gerais ou especiais que coexistem com outras disposições gerais ou especiais.

32 - VICENTE RÁO, O Direito e a Vida dos Direitos, vol. 1, Max Limonad, São Paulo, 1.960, pág. 392, nota 273.

33 - Vide EROS ROBERTO GRAU, Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, págs. 58 e ss.

Há coexistência de disposições quando mais de uma disposição exista concomitantemente.

As primeiras disposições a considerar, no caso, são as da lei nova, a Lei nº 8.884/94. O citado parágrafo 2º do artigo 2º menciona: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par...".

As segundas, as que já existiam anteriormente ao advento da lei nova. O mesmo preceito prossegue: "... a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

A segunda das disposições referidas no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim, é a que já existia em lei anterior, lei esta que não é revogada nem alterada pela lei nova.

Pois bem: se as primeiras disposições coexistentes com outras são as contidas na lei nova, resta saber quando as segundas disposições --- preexistentes --- conservam existência, perdurando, a par das inscritas na lei nova. Para sabê-lo, é imperiosa a consideração do que define o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

23. - A norma extraída do parágrafo 2º daquele artigo 2º dá resposta à seguinte indagação: quando a lei nova não revoga nem modifica a lei anterior?

A do parágrafo 1º, à questão que assim se põe: quando a lei nova revoga a anterior?

Para que possamos determinar, portanto, se a disposição preexistente à lei nova perdura, a par desta, é necessário verificarmos se não foi ela revogada pela lei nova.

Isso se verifica mediante a aplicação das regras definidas pelo sempre mencionando parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que alinha três hipóteses, dentro das quais a lei nova revoga a anterior:

- a) quando a lei posterior expressamente o declare;
- b) quando a lei posterior --- ou disposição dela --- seja incompatível com a anterior;
- c) quando a lei posterior --- ou disposição dela que inteiramente a matéria de que tratava a anterior.

Visto isso podemos --- sem nos perdermos em considerações inócuas, atinentes ao aforisma *lex generalis legem specialem non derogat*, que o vigente direito positivo brasileiro não acolheu --- enunciar, nos termos seguintes, toda a significação da norma contida no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: a lei nova --- geral ou especial, especial ou geral, pouco importa --- não revoga nem modifica a lei anterior: a) se

não contiver expressa declaração nesse sentido; ou b) se não for incompatível com ela; ou ainda c) se não regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

24. - Ora, a Lei nº 8.884/94 não revogou expressamente, nem é incompatível com ela, nem regulou inteiramente a matéria de que trata a Lei nº 6.729/79.

É certo, portanto, que ambas permanecem em vigor.

Detenhamo-nos, pois, sobre o texto do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 6.729, de 1.979:

"Parágrafo 1º - A concessão poderá, em cada caso:

(...)

b) vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor".

Concessão, para os efeitos da Lei nº 6.729/79³⁴, é, nos termos do seu artigo 1º, o negócio jurídico, celebrado entre produtores e distribuidores, que visa a efetivar a "distribuição de veículos automotores de via terrestre". Produtor --- define o inciso I do artigo 2º --- é a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores; distribuidor, nos termos do inciso II desse mesmo artigo 2º, "a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade".

O preceito legal, como se vê, faculta ao produtor, na concessão, proibir à empresa distribuidora, pertencente a determinada categoria econômica, a distribuição de veículos concorrentes com os por ele produzidos.

Em outras palavras, a Lei nº 6.729/79 permite que o contrato de concessão contenha cláusula restritiva da concorrência, qual seja, a possibilidade de impedir-se que o distribuidor (como tal entendido a empresa) comercialize veículos novos fabricados por outrem, prejudicando a concorrência entre as montadoras.

25. -Fazendo-o, o nosso sistema jurídico consagra uma espécie de isenção ou autorização em bloco para a exclusividade imposta aos distribuidores de veículos automotores, afastando a incidência, sobre essa imposição, do disposto no artigo 20, I da Lei nº 8.884/94.

34 -Parcialmente alterada pela Lei nº 8.132, de 1990.

Sucedem que essa isenção/autorização contém algumas limitações.

Assim, a proibição decorrente da exclusividade deve restringir-se à distribuição de veículos novos, fabricados ou fornecidos por outro produtor. Logo, caso o fabricante decida impor aos seus distribuidores a proibição da comercialização de veículos usados de outro produtor, essa imposição não estará amparada pela autorização concedida pelo art. 3º da Lei nº 6.729/79 e -- uma vez que configura restrição à concorrência entre os fabricantes --- será considerada infração à ordem econômica, nos exatos e precisos termos do disposto no artigo 20, I da Lei nº 8.884/94.

O mesmo se dá em relação à restrição, referida na consulta, que o produtor pretende impor a seus distribuidores. A Lei nº 6.729/79 apenas permite que o contrato de concessão impeça o distribuidor [ou seja, a empresa; não o empresário, sócio ou acionista³⁵] de comercializar produtos novos concorrentes. Sob seu abrigo, portanto, não se pode colocar a proibição de o empresário [acionista ou sócio] participar de outra sociedade [ou empresa], que exerça sua atividade --- esta sim --- distribuindo veículos automotores de marca concorrente.

26. -O artigo 3º da Lei nº 6.729/79 não pode ser interpretado extensivamente, de forma a abranger a restrição pretendida pelo fabricante.

Vimos bem que a imposição da exclusividade é uma exceção, uma restrição à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos estão especificadamente delineados no artigo 3º da Lei nº 6.729/79. Aí --- repita-se --- temos uma isenção que, fundada na suposição de que os prejuízos eventualmente decorrentes da restrição serão suplantados pelos benefícios por ela produzidos, permite uma prática restritiva da concorrência.

Ora, em se tratando de uma restrição, o artigo 3º da Lei nº 6.729/79 não admite interpretação extensiva. Vale reproduzir, aqui, a sempre atual e precisa lição de CARLOS MAXIMILIANO, inspirada em COELHO DA ROCHA:

35 -Não será oportuno, neste parecer, o debate a respeito da distinção entre empresa e sociedade, tema que encanta os comercialistas. Aqui basta enfatizarmos a circunstância de a lei referir-se à empresa, não ao empresário.

"Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente"³⁶.

A interpretação extensiva do preceito conduziria, inevitavelmente, à violação do princípio da livre iniciativa [e, pois, da livre concorrência].

27. -Por fim, cumpre deixarmos bem vincado que a jurisprudência norte-americana, que entende que a exclusividade imposta a alguns distribuidores seria razoável, não é aplicável ao sistema brasileiro para fins de descharacterizar a infração à ordem econômica³⁷.

No sistema estrangeiro não são considerados ilícitos, em virtude da regra da razão³⁸, os atos que restringem a concorrência de forma razoável, como explicamos acima. Já a lei brasileira determina que qualquer ato que implique restrição à concorrência [como aquele objeto do presente parecer] deve, para que não acarrete a aplicação das sanções previstas em lei, ser submetido à apreciação do CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

De resto, pretender aplicar à hipótese a jurisprudência americana, que se embasa na regra da razão, equivaleria, em termos metodológicos, a isentar-se a prática com base no Regulamento Europeu nº 1.475, de 1995!

Aqui, também, é inadmissível a "colonização" do direito brasileiro.

28. - Em face do exposto concluímos afirmando que:

a - a restrição pretendida pelo fabricante é ilícita, configurando infração à ordem econômica, o que determina a incidência do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884/94, bem como no inciso VI do seu artigo 21; se a restrição afetar novos fabricantes estrangeiros de veículos automotores, que pretendam ter acesso ao mercado brasileiro, neste caso, desde que efetivamente comprovada essa pretensão, verificar-se-á, também, a hipótese prevista no artigo 21, IV da Lei nº 8.884/94;

36 -Hermenêutica e Aplicação do Direito, sexta edição, Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1.957, pág. 291.

37 -Essa jurisprudência poderia, no máximo, ser invocada para fins meramente argumentativos, se a prática fosse submetida à apreciação do CADE, com o fito de demonstrar o atendimento às eficiências colocadas pelo art. 54 da Lei no 8.884/94.

38 -A questão da exclusividade vem também regulada pelo art. 3o do Clayton Act e sua aplicação passa pela valoração típica da rule of reason. Dispõe o art. 3o do Clayton Act: "It shall be unlawfull ... that .. the purchaser ... shall not use or deal in the goods ... of a competitor ... of the ... seller ... where the effect of such ... sale ... may be to substantially lessen competition ..." (grifamos).

b - os distribuidores poderão encaminhar representação escrita e fundamentada à Secretaria de Direito Econômico - SDE, nos termos do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.884/94, comunicando a infração à ordem econômica praticada pelo fabricante;

c - se os agentes econômicos [produtor e distribuidores] vierem a se compor, no sentido de fazer constar aquela imposição restritiva da concorrência do contrato de concessão, neste caso deverão submeter a prática à análise do CADE, nos termos do disposto no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, sob pena de suportarem as multas previstas no artigo 23 da Lei Antitruste e demais sanções aplicáveis.

É o que nos parece

Eros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I (França) [1.995-1.996]

Paula A. Forgioni

Professora de Direito Econômico da Escola de Administração de Empresas, da Fundação Getulio Vargas de São Paulo. Doutora em Direito pela USP

