

DISTRIBUIÇÃO, CONCESSÃO, EXCLUSIVIDADE E RECUSA DE VENDA

MAURO GRINBERG

No Simpósio sobre “Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”, realizado pelo IBRAC em 07.10.93, apresentei comunicado sob o título “Contrato de Distribuição e Cláusula de Exclusividade.”

Naquela ocasião o tema foi analisado tendo em vista as consequências da exclusividade, no contrato de distribuição, face à recusa de venda que o produtor pode colocar perante um eventual comprador que não seja o seu distribuidor exclusivo na área geográfica delimitada.

Cumprido, agora, verificar como a questão pode ser encarada sob a Lei nr. 8.884, de 11.06.94.

Já se sabe que as infrações concorrenciais, de acordo com o artigo 20 da mencionada lei, são “limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” ou “exercer de forma abusiva posição dominante”.

O artigo 21 especifica as condutas que podem ser caracterizada como infrações contra a ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos.

O inciso XIII do artigo 21 aponta, como uma das práticas, a de “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.

O exame do tema não tem a intenção, aqui, de estabelecer as diferenças entre os contratos de distribuição e de concessão comercial, mesmo porque autores e intérpretes fazem muitas vezes confusão implícita ou explícita a esse respeito.

Na verdade, a diferença é sutil, pois, conforme JUAN M. FARINA, A distribuição se distingue da concessão comercial porque nesta há a obrigação de prestação de assistência técnica pelo concessionário aos adquirentes dos bens, o que não ocorre na distribuição (“Contratos Comerciales Modernos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, página 393).

Todavia, para efeito do presente comunicado tem-se que a cláusula de exclusividade e a consequente recusa de venda são aplicáveis tanto à distribuição quanto à concessão comercial, que tem muitos aspectos em comum.

Devo aqui, todavia, ficar com a cláusula de exclusividade e a recusa de venda, que pode ser por área geográfica ou por produto ambos.

Há, com os contratos de distribuição ou de concessão comercial, a formação de grupo empresarial, pois é exatamente essa a criação de uma rede de distribuição ou concessão: um produto é fabricado e passa através da rede de distribuição e só por essa rede, por canais exclusivos que não se misturam até chegar ao consumidor.

Os mais literais intérpretes do direito podem ver aí uma infração concorrencial, pois a formação de grupo econômico pode ser inibidora da concorrência; aliás, em sentido estrito, é o que realmente acontece

A formação desse grupo econômico ocorre exatamente através da exigência de exclusividade, implicando tal exigência, em seu externo, em que o fabricante só pode vender através da aludida rede que o distribuidor só pode comprar do fabricante.

É necessário que fique claro que a cláusula de exclusividade não constitui regra, mas sim característica especial dos contratos de distribuição ou concessão comercial, não existindo norma legal que a proíba por si mesma, com abstração do direito antitruste.

Desta forma, faz-se necessário analisar se a cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição e concessão comercial opera a aplicação do inciso XIII do artigo 21 da Lei nr. 8.884, em combinação com qualquer dos dispositivos do mesmo diploma.

Explica HERBERT HOVEMKAMP: “In most antitrust litigation involving refusals to deal the refusal itself is not the violation. Most antitrust complaints brought by victims of refusals to deal allege that the defendants were involved in illegal monopolization, tying, price fixing, resale price maintenance or vertical nonprice restraints, or an illegal merger. Other complaints of refusal to deal do not explicitly allege a secondary violation, but the complaint makes sense only on the premise that defendant was committing a secondary violation” (“Economics and Federal Antitrust Law”, West Publishing Co., St. Paulo, Minn., 1985, página 273).

Sempre que se examina uma questão de defesa da concorrência, a primeira visão deve ser sobre o mercado relevante; isto significa que é preciso antes de mais nada ter presente qual a concorrência que se ver defendida.

Assim, se o produto A passa por uma rede de distribuição - por canais exclusivos - até chegar ao consumidor final, e se o produto B, sem concorrente, também passa por sua rede de distribuição - igualmente por canais exclusivos - , tem-se que o mercado relevante é aquele em que

concorrem os produtos A e B e não aquele em que concorrem os vários distribuidores.

Entra-se aqui no aspecto mais delicado da questão: o produtor, que está obrigado, por uma cláusula de exclusividade, a vender seus produtos apenas através de seus canais de distribuição, e que tem uma venda solicitada por um potencial comprador que se recusa a adquirir os produtos do distribuidor ou concessionário que tem exclusividade das vendas para uma determinada região ou para um determinado produto, pode recusar a venda a esse potencial comprador?

Tal pergunta já acha respondida acima, onde se diz que concorrentes são os produtos e as marcas e não os distribuidores e concessionários; portanto, a cláusula de exclusividade, não representando em si mesmo uma infração concorrencial, pode ser aplicada.

Nos Estados Unidos, Suprema Corte, no julgamento “U.S. v. Colgate Co.”, em 1919, reiterado no julgamento do caso *Reeves Inc. v. Stake*”, em 1980, estabeleceu a chamada “doutrina Colgate”, seguindo a qual existir o propósito de criar ou manter monopólio, o empresário particular pode livremente exercer sua decisão própria e independente a respeito das pessoas com quem ele quer negociar.

HERBERT HOVEMKAMP fornece um exemplo curioso a respeito da aplicação da “doutrina Colgate”: “If a monopoly manufacturer sells to 50 retailers, and then arbitrarily cuts one of them off, the retail market will remain competitive. There is no plausible way that such a refusal can result in lowe output or higher prices. Absent any showing that the refusal wil create a second monopoly, the argument that the refusal is anticompetitive is weak” (obra citada, página 291).

Como está visto acima, a recusa de venda decorrente da cláusula de exclusividade em contrato de distribuição ou concessão comercial é legítima e não constitui, por si mesma, infração contra a ordem econômica, sobretudo porque não pode ser adequada em nenhum dos incisos do artigo 20 da Lei nr. 8.884, de 11.06.94.

Comunicado apresentado ao **SEMINÁRIO DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL.**

