

DOUTRINAS

As restrições verticais no sistema de concessão de comercialização de veículo: lei 8.884/94 versus lei 6.729/79

AS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO SISTEMA DE CONCESSÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS: LEI 8.884/94 VERSUS LEI 6.729/79

Guilherme Zugno Reis

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.

O autor é advogado, bacharel em Administração de Empresas pela universidade Feevale/RS e em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS/RS, com MBA em Business Law pela FGV/RJ, e atualmente é Pós-graduando em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico/PUCRS.

E-mail: guilhermezugno@cia.sinosserra.com.br

1. Introdução; 2. O Sistema de Concessão de Comercialização de Automóveis 3. As Restrições Verticais; 3.1. Análise das Restrições Verticais no Sistema de Concessão de Comercialização de Automóveis; 3.2. As Eficiências; 4. Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) versus Lei 6.729/79 (Lei Ferrari); 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

No presente artigo se analisou as restrições verticais existentes na Lei 6.729/79, que regula a concessão de comercialização de automóveis no Brasil, demonstrando como funciona o sistema de concessão e de que forma as restrições verticais agem neste, buscando analisar seus efeitos anticoncorrenciais ou eficiências, assim como responder se tais restrições verticais poderiam ser julgadas pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Como resultado, concluiu-se, em suma, que as restrições verticais da Lei 6.729/79 constituem uma isenção antitruste que somente será julgada pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) se extrapolarem seu quadro normativo e se causarem danos a concorrência, sendo que, atualmente constituem uma problemática privada, no âmbito contratual, sem efeitos concorrenciais na economia.

ABSTRACT

In this paper was analyzed the vertical restraints existing in 6.729/79 Act, which establishes the regulation of cars distribution market in Brazil, demonstrating how it works and how vertical restraints act on this, trying to analyze its anticompetitive effects or efficiencies, and respond if such vertical restraints could be judged by the Brazilian Competition Defense System. As a result, it was concluded, in short, that vertical restraints of 6.729/79 Act constitute an antitrust exemption that will be judged by the Brazilian Competition Defense System only if it extrapolate its regulatory framework and if it cause damages to competition, being that today is a private issue, under contract, without competitive effects on the economy.

Palavras-chave: Restrições Verticais. Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). Lei 6.729/79 (Lei Ferrari). Concessão de Automóveis.

1. Introdução

Um dos temas mais complexos, tanto em sua análise jurídica quanto econômica no direito concorrencial, são as chamadas restrições verticais, sendo um assunto ainda revestido de muitas incertezas e complexidades.

Presta-se o presente artigo para, além de tentar difundir mais o questionamento sobre as restrições verticais, analisar a influência da Lei 8.884/94 nas restrições verticais contidas na Lei 6.729/79, a fim de responder se estas constituem um ilícito concorrencial e se podem passar pelo crivo do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Para tanto, o artigo está estruturado de forma que se entenda como funciona o sistema de concessão de comercialização de automóveis (primeira parte); posteriormente passa-se a debater sobre as restrições verticais, analisando-as dentro do quadro normativo da Lei 6.729/79 e explanando sobre as eficiências (segunda parte); e, por fim, contrasta-se a Lei 8.884/94 com a Lei 6.729/79, a fim de se averiguar a aplicabilidade da normativa antitruste no sistema de concessão de comercialização de automóveis.

2. O Sistema de Concessão de Comercialização de Automóveis

A comercialização de veículos no Brasil é feita por intermédio do sistema de concessão, cujo objetivo é possibilitar à montadora o escoamento de sua produção.

A concessão de comercialização de veículos por redes autorizadas começou, conforme a FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores), em 1920¹ e foi regulada em 1979 pela Lei 6.729, conhecida como Lei Ferrari, com a pretensão de viabilizar um convívio equilibrado e harmonioso entre as montadoras e seus concessionários, que formam uma rede de distribuição.

Este sistema de comercialização se perfectibiliza por intermédio do contrato de concessão, cujo objetivo, segundo a Lei, é a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor, a prestação de assistência técnica e o uso gratuito da marca do concedente².

Muitos sinonimizam contrato de concessão com contrato de distribuição, entretanto, Silvio Venosa³ explica que a distribuição é somente uma das etapas integrantes do contrato de concessão, que apresenta inúmeras outras obrigações aos concessionários, sendo errônea a comparação entre contrato de concessão e contrato de distribuição.

Carlos Alberto Ghersi⁴ aponta dois fatores pelos quais não se deve confundir distribuição com concessão: (i) o contrato de concessão se dirige a bens de alto custo e envergadura tecnológica, ao contrário do contrato de distribuição; (b) na distribuição divulga-se tanto o nome do produtor como o nome do distribuídos em pé de igualdade, enquanto que na concessão a publicidade se dirige quase exclusivamente para a marca do produto e para este em si mesmo.

¹ FENABRAVE. Evolução da distribuição de veículos no Brasil. Disponível em <http://www.fenabrave.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=34#conteudo>. Acesso em 25/01/2011.

² Art. 3º Constitui objeto de concessão:

I – a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos por outro produtor;

II – a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;

III – o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.

³ VENOSA, Silvio. Direito Civil: contratos em espécie. 9º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 312.

⁴ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. 4º ed. t. 2. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 115.

A distribuição abarca essencialmente operações de compra e venda mercantil, conforme exemplifica Paula Forgioni⁵: “a propriedade transfere-se, inicialmente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa relação”, geralmente o consumidor final, na concepção do artigo 2º da Lei Consumerista⁶.

Assim, o proveito econômico do concessionário será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço de venda do bem ao consumidor e o que pagou para a fabricante. Tem-se, portanto, uma primeira relação de distribuição, típica compra e venda, e uma segunda relação de consumo entre os concessionários e o consumidor, na qual aquele deve obedecer a certos preceitos prescritos na Lei Ferrari e no contrato de concessão. Nesse ponto é que verificamos a característica da concessão: a relação entre montadora e concessionária não se esgota com a simples distribuição, há ainda obrigações a serem cumpridas na venda do automóvel e ainda depois desta, obrigações pós-venda.

A doutrina brasileira é unânime ao afirmar que o contrato de distribuição é atípico, por não encontrar definição em nosso sistema jurídico, havendo somente o texto da Lei 6.729/79, que disciplina a distribuição e concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Sobre o contrato de concessão, Paula Forgioni⁷ identifica as principais características estabelecidas pelo jurista francês Claude Champaud:

- O concessionário é um comerciante que negocia o bem profissionalmente e em caráter não eventual;
- A aquisição pelo concessionário é efetuada para revenda;
- Ao distribuidor é assegurada um monopólio de revenda.

Ou seja, no caso da revenda de veículos, seria a exclusividade territorial. A concedente garante ao concessionário que em determinado território ele terá direito exclusivo a distribuir o veículo por ela fabricado. Entretanto, a exclusividade não é assegurada, dependendo do poder econômico do distribuidor frente ao fornecedor e da política comercial da fornecedora, que pode querer incitar a concorrência entre distribuidores dentro de uma mesma área. Assim se compreende, principalmente, pelo texto da Lei Ferrari, que, ao passo que determinou em seu art. 5º que “são inerentes à concessão: I – áreas operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; II – distância mínima entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.” Reservou, ainda, no parágrafo primeiro⁸, a possibilidade de haver mais de um concessionário da mesma rede.

- O monopólio de revenda refere-se a uma área determinada.
- Há uma integração do distribuidor a uma rede de concessionários. Característica intrínseca ao sistema de concessão de automóveis.
- O distribuidor assegura a exclusividade ao concedente.
- O concedente possui certo controle externo sobre o concessionário e sobre suas atividades.

Este “certo controle”, na realidade brasileira, pode ser entendido pelas restrições verticais legal e contratualmente impostas.

⁵ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 63.

⁶ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica a que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁷ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 57 – 63.

⁸ § 1º A área poderá conter mais de um concessionário para o exercício de suas atividades;

Já sobre as características da distribuição, Paula Forgioni⁹ afirma que esta geralmente agasalha obrigações estratégicas de produção, estipulações acessórias, quais sejam:

“(i) exclusividade do distribuidor; (ii) exclusividade do fornecedor; (iii) obrigatoriedade ou possibilidade de prestação de assistência técnica aos adquirentes, incluindo eventual treinamento de pessoal; (iv) obrigatoriedade de investimentos mínimos; (v) mandato ou empreitada para viabilizar o adimplemento da obrigação de garantia assumida pelo fornecedor; (vi) obrigatoriedade de o distribuidor informar ao fornecedor dados sobre o mercado e as preferências dos adquirentes; (vii) obrigações de empreender ou participar das despesas efetuadas com publicidade; (viii) vendas casadas; (ix) licença de uso de marca; (x) determinação ou sugestão de preço de revenda; (xi) aquisição mínima de certas quantidade de produto; (xii) manutenção de estoque e/ou peças de reposição; (xiii) proibição de venda para terceiros com o escopo de diminuir os efeitos ou evitar a comercialização paralela dos produtos distribuídos com cláusula de exclusividade.”

Entendemos que a autora, nesta caracterização, trata a distribuição e a concessão de forma indistinta, expondo características inerentes aos dois tipos contratuais - ao tratar de estipulações acessórias já se estaria adentrando na seara inerente à concessão. De qualquer forma, trás à tona uma série das principais restrições verticais existentes no sistema de concessão de comercialização de veículos estipuladas em contrato e na Lei Ferrari, que serão melhores analisados a seguir.

3. As Restrições Verticais

Como se pôde perceber, as montadoras fazem uso das concessionárias para distribuir os veículos de sua marca no mercado. Esse relacionamento entre empresas atuantes em diferentes fases ou atividades do fluxo de produção gera conflitos, porque, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁰, as estratégias ótimas de atuação de uma parte, em muitos casos, não são compatíveis com o interesse da outra parte.

As restrições verticais são utilizados pelas montadoras para assegurar o estabelecimento de um sistema de vendas indiretas, e esta é uma das principais características de todo e qualquer contrato de concessão, e não haveria de ser diferente no de concessão automobilística, onde há inclusive a Lei Ferrari, que impõe legalmente restrições verticais.

As montadoras utilizam-se tanto dos preceitos da Lei Ferrari como de estipulações contratuais para restringir as ações das concessionárias, de forma a obter o resultado que é melhor para si.

Logo, o relacionamento comercial que se estabeleceu entre o fabricante de veículos automotores e seus distribuidores corporifica, segundo Eros Grau e Paulo Forgioni¹¹, um típico acordo vertical, na terminologia consagrada pela prática antitruste e pelos economistas que tratam de organização industrial.

⁹ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 65-66.

¹⁰ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 717.

¹¹ GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 9.

Os acordos verticais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes, mas se encontram em mercados situados em uma imaginária linha vertical de cadeia de suprimento, das várias fases de produção e comercialização, até o consumidor final do produto. Nada mais são do que estipulações contratuais geralmente inseridas nos chamados contratos da distribuição e da concessão que limitam a liberdade de atuação do distribuidor ou fornecedor. Nas palavras de Tilottama Raychaudhuri¹²:

“Vertical agreements are those between undertakings operating at different levels of the production chain. In case of most goods or services, there is a chain of production before the product reaches the customer - from gathering of the raw material to processing and creating the final product, distributing and selling of the product etc”.

O termo “acordo vertical” parece não ser o adequado, uma vez que acordo pressupõe a idéia de concordância de ambas as partes, o que não acontece no sistema de concessão de comercialização de automóveis, em que as concessionárias, em sua grande maioria, não concordam com as restrições impostas.

Entendemos que a legislação brasileira¹³ adota corretamente a natureza jurídica do instituto em análise, ao preceituar que:

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

Assim também é a doutrina de Fox e Sullivan¹⁴: “Restrições verticais são aquelas impostas por um dos participantes ao longo da cadeia vertical sobre outro participante.”

E de João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas¹⁵:

“As práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços - ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores à sua na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) – ou eventualmente ao usuário final, se não for uma empresa - de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência”.

¹² RAYCHAUDHURI, Tilottama. Vertical agreements in competition law: Striking the right balance between regulation and competition. NUJS Working Paper Series: Salt Lake City, 2010. p. 5.

¹³ Resolução no. 20/99, Anexo I, Parte B, CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

¹⁴ Fox e Sullivan apud GOLDBAUM, Sérgio. Restrições Verticais no Setor Automotivo: Barreiras à Entrada de Novos Concessionários. Tese de Doutorado. Escola de Administração de empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2004. p. 5.

¹⁵ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 9. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

Portanto, optou-se por utilizar, para fins do presente estudo, ao invés da expressão “acordos verticais”, a expressão “restrições verticais”, inclusive para seguir o legalmente estipulado.

Sabidamente, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁶, as restrições verticais podem resultar em prejuízo à competição horizontal, o que se pretende evitar. As restrições verticais podem reduzir o bem-estar quando:

- Facilitam o conluio ou a coordenação;
- Criam ou fortalecem as barreiras à entrada;
- Provocam aumentos no custo dos rivais;
- Facilitam a evasão de controles de taxas de retorno no ambientes regulados; e
- Limitam a liberdade do consumidor de escolha de seu fornecedor.

Contudo, a doutrina e jurisprudência é enfática ao afirmar que tais restrições só são possíveis caso haja poder de mercado do agente que às pratica. Desse modo, é condição necessária se estabelecer o mercado relevante.

Apesar das contradições sobre o mercado relevante no sistema de concessão de comercialização de veículos, como se poderá notar ao longo do artigo, o Conselheiro do CADE, Thompsom Almeida de Andrade, na Averiguação Preliminar nº 08012.000487/00-4, sustenta que é possível identificar quatro mercados distintos:

(1) mercado de fabricantes de veículos novos, no qual atuam as montadoras; (2) mercado varejista de veículos novos, onde atuam as concessionárias; (3) mercado atacadista de autopeças para reposição, onde as montadoras atuam como fabricantes ou adquirindo das empresas fabricantes as autopeças e repassando para as concessionárias; e (4) mercado varejista de autopeças, onde atuam as concessionárias.

Com base nessas considerações, analisar-se-á as restrições verticais no sistema de concessão de comercialização de automóveis, a fim de se chegar a uma conclusão se estas de fato existem e, se existem, se reduzem o bem-estar social, caracterizando ilícito antitruste, e se são passíveis de repressão pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência).

3.1. As Restrições Verticais

As restrições verticais que constam na Lei Ferrari, nos contratos de concessão e no decorrer da operação entre montadoras e concessionárias são:

- Artigo 3º, § 1º, alínea “b”: Exclusividade – *“Constitui objeto de concessão vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtos.”*

¹⁶ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 720.

- Artigo 5º, inciso I: Área operacional restritiva – “São inerentes a concessão de área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades.”
- Artigo 7º e incisos: Cota de veículos – O concessionário é obrigado a ter ou só terá direito ao número “x” da produção de veículos da montadora.
- Artigo 10º - Quantidade obrigatória de estoque – “O concedente poderá exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos produtos novos, objeto da concessão, e adequado à natureza dos clientes do estabelecimento [...].”
- Artigo 8º - Índice de fidelidade.
- Venda Casada.

A exclusividade restringe a entrada de novas marcas no mercado, uma vez que as montadoras não poderão se utilizar de uma concessionária, distribuidora, já instalada, em plena operação. Assim, a montadora concorrente encontra maiores dificuldades em difundir sua produção, uma vez que uma nova concessionária terá todo o ônus de projetar, planejar e operar uma nova unidade distributiva, com todas as despesas inerentes à espécie e ainda com o risco de mercado enfrentado por uma nova entrante sem experiência.

Conforme expõe Sérgio Goldbaum¹⁷:

“[...] restrições verticais, nessa situação, também podem ser adotadas com o objetivo de impor barreiras à entrada – na medida em que impõem aos demais fabricantes o custo de estabelecer suas próprias redes de distribuição – ou de afetar o comportamento dos demais fabricantes, eventualmente no sentido de restringir mercado”.

Para Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁸, qualquer acordo no sentido de não comercializar os bens de determinado fornecedor ou não vender para algum tipo de comprador, provavelmente visa apenas à exclusão de competidores, caracterizando, assim, uma prática anticompetitiva.

Há, inclusive, o projeto de Lei 1.445 de 2003, de autoria do Deputado Federal Fernando Jacobo, que visa alterar a Lei Ferrari, inclusive em relação à exclusividade, dando direito do concessionário comercializar veículos automotores e implementos novos de qualquer marca, e não apenas os usados. Tal projeto, entretanto, foi retirado em 06/04/2004 com a justificativa que necessitava de aprimoramentos e nunca mais retornou.

A área operacional constitui, em tese, um dano à concorrência, pois impossibilita que um concessionário de uma determinada região estabeleça concorrência com outro concessionário, situado em outra área de operação. Essa limitação à concorrência afeta visivelmente o consumidor, que não poderá adquirir veículo de concessionária localizada fora da área de concessão em que está domiciliado, limitando a sua busca por melhores preços e barganha. Se o empresário bem gerindo seus negócios consegue oferecer ao consumidor preços e condições melhores que seus concorrentes, independente da região de atuação, tal iniciativa somente beneficia o consumidor.

¹⁷ GOLDBAUM, Sérgio. Restrições Verticais no Setor Automotivo: Barreiras à Entrada de Novos Concessionários. Tese de Doutorado. Escola de Administração de empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2004. p. 45.

¹⁸ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 752.

A cota de veículos influencia diretamente a política gerencial da concessionária, impossibilitando que a mesma busque resultados mais eficientes de acordo com mercado.

A quantidade obrigatória de estoque igualmente influencia na gerência da concessionária, que na maioria das vezes tem um custo elevado para manter o estoque exigido pela montadora, refletindo diretamente na sua margem final de lucro.

O índice de fidelidade obriga a quantidade obrigatória de aquisição de componentes para carros pelos concessionários.

Pela venda casada, a montadora muitas vezes condiciona o concessionário que, para adquirir o veículo “x”, deverá também adquirir o veículo “y”, que não costuma ser muito vendido ou de acordo com a política de produção da montadora.

Expostas as principais restrições verticais encontradas no sistema de concessão de comercialização de veículos, necessário se faz saber quais são suas influências no mercado, uma vez que as restrições verticais podem ou não, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁹, trazer danos à concorrência. Para os autores citados, os casos envolvendo restrições verticais ainda carecem de padronização dos procedimentos e é revestido de inúmera complexidades de análise econômica.

Paula Forgioni²⁰ afirma que, de acordo com a sistemática adotada pela lei antitruste, em seu art. 20, a definição da ilicitude não se faz pela classificação da prática *per se*, mas pela verificação de seus efeitos anticoncorrenciais, atuais ou potenciais, devendo-se sempre analisar os resultados sobre o mercado.

Isso significa dizer que, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura²¹, atualmente os julgamentos sobre restrições verticais vêm sendo feitos com base na regra da razão²², deixando-se ao encargo dos reclamantes a árdua tarefa de provar que a atitude do seu concorrente causa prejuízo não apenas a si, mas também à concorrência.

Assim, se fosse concluído, com base na regra da razão, que a restrição vertical imposta ao concessionário produzisse mais eficiências do que prejuízo no mercado, essa não seria passível de recriminação pela política antitruste e a conduta seria aprovada. Sobre as eficiências, é necessário que se faça um aprofundamento.

3.2. As Eficiências

O conceito de eficiência engloba, *lato sensu*, a idéia de alocar uma combinação qualquer de recursos em uma configuração que produza o melhor resultado possível.

Na presença de condutas tidas como anticompetitivas, a análise econômica antitruste e a jurisprudência têm, conforme João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas²³, nas últimas décadas, se apoiado cada vez mais na convicção de que somente a presença significativa de ganhos de eficiência e como decorrência necessária daquela conduta pode justificar sua autorização por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

¹⁹ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 717.

²⁰ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 51.

²¹ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords. técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 718.

²² Na abordagem da regra da razão os custos e os benefícios das praticas especificas adotadas em cada caso devem ser avaliados com o objetivo de identificar se há ou não prejuízo à concorrência.

²³ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 6-7. Disponível em < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

Logo, restrições verticais simplesmente aliadas à detenção de poder de mercado pelas montadoras não são suficientes para a caracterização de uma determinada prática como anticompetitiva, e, conseqüentemente, para a sua condenação. Deve-se avaliar os seus efeitos líquidos em termos de eficiência, conforme João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas²⁴:

“Em suma, de um ponto de vista conceitual, toda e qualquer análise antitruste de ato ou conduta que se suponha capaz de provocar algum efeito anticompetitivo real ou potencial envolve, como passo conclusivo, a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência do ato ou conduta examinado. É óbvio que, caso se avalie que sequer existe um efeito anticompetitivo, a análise será interrompida neste ponto, e a identificação e avaliação de eficiências será desnecessária”.

Em alguns casos, as restrições verticais têm efeitos pró-competitivos que, se forem maiores do que os custos gerados, servem de fundamento para a sua licitude.

Assim igualmente pensam Eros Grau e Paula Forgioni²⁵:

“[...] não se pode admitir que agentes econômicos, seja de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça seu papel no mercado. Contudo, sustentam que a condenação per se de todas as práticas restritivas da concorrência pode induzir um resultado oposto ao constitucionalmente pretendido. Logo, quando os prejuízos decorrentes das condutas restritivas corresponderem em vantagem a serem auferidas pela economia nacional como um todo, essas práticas não hão de ser reprovadas”.

Um dos efeitos alegados que podem ocorrer é a redução dos custos de transação, conforme explana Arthur Badin et. al.²⁶:

“[...] têm como conseqüência uma redução nos custos relacionados à fase preliminar de formação dos contratos. Um vínculo exclusivo e premanente entre duas partes permite economizar tempo e esforço na busca de agentes com os quais se possa contratar. Além disso, a certeza de um vínculo de longo prazo transmitida por acordos dessa natureza permite às partes estabelecerem condições mais vantajosas visando ganho futuros”.

Nesse caso, as montadoras não incorporam as concessionárias a fim de diminuir os custos de transação com a distribuição dos veículos, uma vez que tal negócio envolveria conhecimentos empresariais totalmente distintos ao praticado pela indústria automobilística, o que inviabilizaria ou encareceria seu negócio, conforme sustenta Oliver Williamson²⁷:

²⁴ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 7-8. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

²⁵ GRAU, Eros; FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 6-7.

²⁶ BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 81.

²⁷ WILLIAMSON, Oliver. The Economic Institution of Capitalism. New York: Free Press, 1985. p. 110.

“Organizing and supervising the necessary thousands of complex trading institutions would have been difficult for the manufacturer; trading is knack not easily fit into the conventional type of a managerially controlled scheme of organization. So the retail automobile business grew up with the franchised-dealer type of organization”.

Entretanto, as restrições verticais estabelecidas pela Lei Ferrari e pelos contratos de concessão assume o papel de controle: a montadora não é proprietária da concessionária, mas tem um alto grau de controle sobre a forma como a revenda dos seus produtos será realizada, tendo controle preciso sobre a sua produção.

Percebe-se que esta redução nos custos de transação são para as montadoras em detrimento das concessionárias, as quais têm sua gestão limitada e fiscalizadas por aquelas. Contudo, há de se ponderar que, caso não existissem as montadoras, tampouco existiria o negócio de distribuição de veículos, as concessionárias.

Outro efeito aventado, segundo Arthur Badin et. al. 28, é a prevenção contra comportamentos oportunistas, os chamado free riding. A fixação de preço de revenda, que existia no texto originário na Lei Ferrari e foi abolido posteriormente pela reforma havida em 1990 pela Lei 8.132, atual artigo 13 da Lei Ferrari²⁹, é um exemplo trazido por Herbert Hovenkamp³⁰:

“Caso uma concessionária invista em uma estrutura de atendimento ao cliente, permitindo que este faça test-drive e colocando à disposição funcionários treinados para prestar as informações necessárias, ele será necessariamente obrigado a repassar esse custo para os seus consumidores. Uma segunda concessionária que não faça esse tipo de investimento consegue, todavia, vender o seu produto a um preço mais baixo. Nessa situação, o consumidor é estimulado a obter as informações a respeito do produto junto ao fornecedor que dispõe de toda a estrutura de apoio para as vendas e, posteriormente, adquirir o veículo do distribuidor que consegue vendê-lo a um preço mais baixo por ter menor custo”.

Nesse caso, sustenta o autor, justificando a legalidade da prática do preço de revenda, que uma concessionária acabaria se aproveitando das externalidades positivas geradas pelo investimento da outra, e a determinação do preço de revenda por parte do fabricante acabaria por estimular a concorrência entre os distribuidores, num nível posterior da cadeia, ao passo que estes seriam obrigados a investir em melhores estruturas e em serviços diferenciados para atrair seus clientes.

Essa afirmação, contudo, apesar de emanar de uns dos maiores doutrinadores na área da economia da concorrência, se mostrou enfraquecida na realidade brasileira, pois já perfazem mais de dez anos que os preços de revenda foram liberados, deixados a critério das concessionárias, e o que se percebe é um efeito muito mais eficiente do que o proposto por Hovenkamp. As concessionárias cada vez mais investem em um atendimento diferenciado ao cliente e em inúmeras outras vantagens que acabam por deixar o preço não mais como um critério isolado de decisão para a compra de um veículo em uma ou outra concessionária. Atualmente, a concorrência entre concessionárias está muito mais acirrada.

²⁸ BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 81-82.

²⁹ Art. 13. É livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes

³⁰ HOVENKAMP, Herbert apud BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 81-82.

Há, ainda, a afirmação de Arthur Badin et. al.³¹ que as restrições verticais se justificariam para preservar a marca da montadora – a marca do veículo estaria associada a determinadas características – e o posicionamento da concorrência intermarcas – que é o caso já mencionado da exclusividade de o concessionário distribuir somente os veículos novos de marca da montadora com a qual firmou o contrato de concessão.

Tal tentativa de se objetivar as situações em que as restrições verticais seriam eficientes são superficiais, vez que não analisam o caso concreto e seus efeitos no mercado relevante, ou seja, não aplicam a regra da razão e estabelecem um pensamento inverso da regra per se, v.g., não se pode reprovar uma conduta per se, mas se pode aprovada, per se, pois suas eficiências são claras e objetivas. Não se pode permitir tal análise.

Assim, a partir da apresentação das prováveis estratégias empresariais e, no presente caso, das próprias disposições legais, deve-se procurar identificar os elementos que tipificam cada uma das práticas anticompetitivas, suas possíveis eficiências e sua influência sobre o efetivo poder de mercado.

A principal forma de se avaliar eficiência no que concerne ao bem-estar social é, conforme Bruno Rodrigues³², mediante a aplicação do critério definido por Vilfredo Federico Damaso Pareto, em que uma determinada configuração é eficiente se não existe nenhuma configuração alternativa que vá melhorar a situação de uma pessoa sem prejudicar a situação de outra pessoa. Caso isto ocorra, estariamos diante do que se denomina “Ótimo de Pareto”.

Este é um conceito extremamente rígido segundo Bruno Rodrigues³³, na medida em que não admite que nenhum indivíduo tenha a sua situação alterada para pior, o que limita a sua aplicação prática, razão pela qual é utilizada uma variação do conceito parietano de eficiência, denominado “Pareto Potencial” ou “eficiência de Kaldor-Hicks”, que define que uma situação é mais eficiente que outra se os que ganham com a alteração podem compensar os que perdem com essa mesma alteração.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), em sua Resolução nº 20, de 09/06/1999, que trata precisamente de complementar a regulamentação dos Processos Administrativos referentes a condutas tidas como anticompetitivas, sintetiza em seu Anexo I o que se deve entender como aplicação deste critério à análise de tais condutas:

“Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão freqüentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e services”.

³¹ BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 83.

³² RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 113.

³³ RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 114.

Conforme Bruno Rodrigues³⁴, não seria necessário que a compensação efetivamente ocorresse para que a situação fosse efetivamente mais eficiente, mas sim que os ganhos fossem superiores às perdas. Entretanto, sustenta João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas³⁵ que a necessidade de compensação ou não dependeria de como a autoridade antitruste analisaria a conduta, se de forma exclusiva ou não do ponto de vista das eficiências:

“Suponhamos que as autoridades e/ou a legislação (inclusive jurisprudência) considerem exclusivamente o critério de eficiência econômica na acepção alocativa, como propõe a escola de Chicago. Nesse caso, um dado ato ou conduta deve ser autorizado(a), com ou sem restrições, se e só se tais ganhos de eficiência forem considerados de magnitude equivalente ou superior às perdas de eficiência por ele(a) ocasionadas. Caso restrições sejam aplicadas, deverão ser encaradas apenas como garantias à consecução das eficiências alegadas, e não como compensatórias em si mesmas dos efeitos anticompetitivos”.

Por outro lado, suponhamos que as autoridades não considerem exclusivamente o critério de eficiência alocativa, mas levem em conta também o grau de dano à concorrência resultante e/ou os efeitos distributivos prejudiciais aos consumidores. Nesse caso, a presença de eficiências compensatórias continua sendo uma condição necessária, só que não mais suficiente, para autorizar o ato ou conduta. Caso o prejuízo estimado à concorrência e/ou ao consumidor seja considerado muito elevado, outras condições ou restrições podem ser impostas. Nesse caso, tais restrições e/ou compromissos de desempenho não deverão ser encarados apenas como salvaguardas ao cumprimento das eficiências alegadas, mas farão parte, ao lado das eficiências, dos efeitos compensatórios eventualmente considerados suficientes pelas autoridades para aprovar o ato ou conduta anticompetitiva.

Para o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), parece claro que não é utilizado única e exclusivamente o critério da eficiência. A Lei Antitruste brasileira contempla expressamente em seu art. 54, §1º, como requisitos indispensáveis à aprovação de atos de concentração e outros que possam prejudicar a concorrência, tanto a obtenção de “eficiências” (inciso I) quanto a geração de efeitos distributivos sobre o mercado e os consumidores (inciso II), e, mesmo assim, desde que não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.

Dado o paralelismo de propósito e conteúdo entre este artigo e o art. 20 da Lei, interpretasse analogicamente às condutas anticompetitivas que o critério de eficiência alocativa não deve ser tomado isoladamente na avaliação dos efeitos líquidos das condutas, sem consideração não só de eventuais efeitos distributivos, como em particular da extensão em que a concorrência está sendo prejudicada ou eliminada do mercado.

Não obstante as restrições técnicas, jurídicas e filosóficas associadas às articulações derivadas do conceito de eficiência paretiano, e se este deve servir como exclusivo critério para se avaliar a licitude de uma restrição vertical, o conceito de eficiência é, conforme Herbet Hovenkamp³⁶, um conceito que se presta para, em geral, avaliar os

³⁴ RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 115.

³⁵ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 7-8. Disponível em < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

³⁶ HOVENKAMP, Herbet apud RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 117-118.

resultados de determinada alteração social e, em particular, para avaliar as conseqüências da intervenção pela legislação de proteção da concorrência:

“Colocando as críticas de lado, o critério Pareto potencial pode nos ajudar a obter alguma idéia se o efeito líquido de uma prática é um ganho social ou uma perda social. Ele pode nos ajudar a estimar o ganho ou a perda social, embora provavelmente não possamos quantificá-lo precisamente. Além disso, as ambigüidades no critério Pareto potencial são fatores impeditivos somente em casos cujos resultados estão muito próximos. Em muitos casos os resultados não estão tão próximos, e é mais fácil prever que os ganhos sociais superarão as perdas ou vice-versa”.

Entretanto, salientam João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas³⁷ que a análise dos efeitos líquidos em termos de eficiências para se determinar se a restrição vertical é anticompetitiva ou não, é um dos temas mais polêmicos tanto na literatura como na jurisprudência antitruste.

Para a avaliação das restrições verticais com base em seus efeitos líquidos sobre o bem-estar, segundo Marina Mello e Emilio Matsumura³⁸, seria necessário que o analista pudesse comparar uma situação na qual a restrição não estivesse presente com outra na qual ela está, para identificar quando o bem-estar seria maior.

Logo, difícil ou quase impossível a análise, pelo ponto de vista das eficiências, se os ganhos oriundos da abolição das restrições verticais no sistema de concessão de veículos para os concessionários compensariam ou seriam maiores do que a perda do custo de transação que possivelmente as montadoras teriam, uma vez que os primeiros revendedores autorizados de veículos surgiram somente em 1920 e a Lei Ferrari foi promulgada 1979. Foram 59 anos em que não existia a Lei Ferrari, mas outros modelos contratuais de concessão, o mercado de concessionárias, e de distribuição e revenda em si, ainda era muito tímido e sequer se tratava, ou minimamente se falava, em defesa da concorrência, que teve sua primeira Lei promulgada somente em 1991 (Lei nº 8.158), que depois foi revogada pela promulgação da Lei atual Antitruste nº 8.884/94.

Da vigência da Lei Ferrari para cá se passaram 32 anos, com algumas modificações em 1990, que não permitem fazer uma comparação do mercado de comercialização de veículos por concessão antes e depois de estabelecidas restrições verticais.

Para os antigos e tradicionais concessionários, os contrato de concessão oriundos da Lei Ferrari significaram, conforme VALOR³⁹, um grande controle em nível comercial, administrativo e operacional por parte das montadoras de automóveis, uma vez que estas passaram a determinar diretrizes das concessionárias, como volumes de estoque a serem mantidos e os respectivos prazos de comercialização. Em suma, o zoneamento da distribuição ficava a cargo da indústria, que tinha autonomia também para realizar modificações unilaterais dos contratos.

³⁷ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 9-10. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

³⁸ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 718.

³⁹ VALOR. Análise setorial: concessionárias de veículos. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2008. p. 11.

Mesmo em desvantagem em relação às montadoras, VALOR⁴⁰ afirma que as concessionárias conseguiram manter-se em virtude da exploração das vendas e do aumento do número de serviços oferecidos.

Parece, portanto, num primeiro momento, não haver dúvida de que a exclusão das restrições verticais impostas pela Lei Ferrari tornaria o mercado das concessionárias mais eficiente, tanto no aspecto estratégico comercial do concessionário como concorrencial, gerando benefícios para os consumidores. Contudo, igualmente, não se pode precisar se tais alterações compensariam a perda que as montadoras teriam por não terem mais o controle absoluto sobre o fator produtivo e sobre como se daria a revenda dos produtos; Tampouco é possível afirmar se as concessionárias venderiam e lucrariam mais, tanto para elas quanto para as montadoras.

Tem-se como balizador somente a abolição do preço de revenda em 1990, que, em tese, gerou eficiências, uma vez que se percebeu visivelmente a alteração da postura de mercado das concessionárias, tendo sua concorrência acirrada tanto em matéria de preço como benefícios para os consumidores. Entretanto, não há um estudo econômico focado nessa questão, e tampouco é esse objetivo do presente artigo.

Logo, na carência ou impossibilidade de um estudo econômico mais aprofundado, resta saber a amplitude, influência e a interpretação que é dada à Lei Ferrari pelas autoridades antitruste com base na Lei nº 8.884/94.

4. Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) versus Lei 6.729/79 (Lei Ferrari)

A Constituição do Brasil define a livre concorrência como um meio voltado ao alcance de um bem maior ao considerá-la um princípio que tem como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como preconiza o artigo 170⁴¹. E, ainda, o parágrafo 4º⁴² do artigo 173 preconiza que a lei reprimirá condutas contrárias à concorrência e à livre iniciativa.

Como se pôde notar, a Lei Ferrari estabelece inúmeras restrições verticais que, em tese, limitam a livre iniciativa e a concorrência entre concessionárias, tanto no mercado intra como no intermarcas.

A propósito, assim consta na exposição de motivos da Lei Ferrari: *“a montadora como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólios justapostos, um terrível poder de domínio.”*

Logo, sem adentrar na discussão sobre as eficiências dessas práticas, que já foram debatidas, e sobre se a Lei Ferrari beneficiou mais as montadoras ou as concessionárias, importa saber: se realmente há efeitos de uma prática anticompetitiva líquida, ou seja, que não são compensados por eventuais ganhos de eficiências, pode o SDBC (Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência) atuar na sua função preventiva, repressiva e de *advocacy*?

⁴⁰ VALOR. Análise setorial: concessionárias de veículos. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2008. p. 11.

⁴¹ Art. 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:[...]

⁴² § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Conforme Paula Forgioni⁴³, cada sistema jurídico, inclusive o brasileiro, possui mecanismos jurídicos que permitem a realização de práticas cujos efeitos concorrenciais restritivos são superados pelas eficiências.

Em prol do bem-estar social é possível, segundo a autora⁴⁴, sacrificar a concorrência para atingirmos um fim maior, mais condizente com o interesse público. Logo, a autora pensa que não se pode sustentar ser incompatível com a constituição as leis que autorizem restrições concorrenciais, como é o caso da Lei Ferrari.

Segundo o Professor Eros Grau⁴⁵, a Lei Ferrari é uma lei específica que autoriza restrições à livre concorrência e à livre iniciativa.

O mesmo autor sustenta que a Lei Antitruste é uma lei geral, pois regula a concorrência de forma geral entre os agentes econômicos, enquanto a Lei Ferrari é uma lei específica, pois regulava especificamente o sistema de concessão e distribuição de automóveis. Logo, as restrições verticais impostas pela Lei Ferrari não seriam passíveis de crivo pela Lei Antitruste, uma vez que, surgindo antinomias entre normas, reza nosso ordenamento jurídico que deve a lei específica prevalecer sobre a geral.

Nesse diapasão é a lição de Carlos Maximiliano⁴⁶:

“Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: in toto jure generi per speciem derogatur, et illud postissimum habetur quod ad speciem directum est – ‘em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie’”.

Dessa forma, estaria a Lei Ferrari sobre o manto de uma verdadeira isenção antitruste, não passível que repressão pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), mesmo não prevendo a Lei 8.884/94 em seu texto legal a possibilidade de isenções.

Paula Forgioni⁴⁷ reforça tal posicionamento ao afirmar que:

“Outra voz que merece ser rechaçada – sem prejuízo do verdadeiro respeito que se tem por aqueles que publicamente a professam – é a que diz ter o CADE poder para deixar de aplicar uma lei restritiva da concorrência, nos casos em que essa restrição não leve aos fins previstos no art. 170. Assim, na hipótese de o CADE considerar a lei autorizadora inconstitucional, ser-lhe-ia facultado, simplesmente, deixar de aplicá-la. Ora, essa linha de argumentação é também inquietante, porque coloca a autoridade antitruste acima do Congresso Nacional e do sistema jurídico brasileiro”.

A autora⁴⁸ afirma, inclusive, que o agente econômico que ofende a competição, imunizado por isenção, pratica ato lícito e não está obrigado a indenizar os prejudicados.

⁴³ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 138.

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 153-154.

⁴⁵ GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 10 – 13.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 169.

⁴⁷ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 160.

⁴⁸ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 167.

Conforme Paula Forgioni⁴⁹, a Lei Ferrari introduziu o sistema que regula a constituição de redes de distribuidores, autorizando a realização de acordos verticais: *“Específica para um determinado setor da economia, não se pode olvidar de que não estamos diante de um diploma que regulamenta apenas as relações entre as “partes” (concessionários e fabricantes), mas também aspectos concorrenciais, ligados ao funcionamento desse mercado.”*

Contudo, salienta-se que a Lei específica que afasta a aplicação da Lei Antitruste deve ser interpretada de forma restritiva, por ser uma exceção, conforme leciona Carlos Maximiliano⁵⁰:

“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”.

Paula Forgioni⁵¹ explica que, portanto, por se tratar a Lei Ferrari de uma isenção antitruste, e por disciplinar somente a concessão de comercialização de veículos novos, deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, não se aplica a Lei Ferrari a qualquer outro contrato de distribuição e nem as situações não abarcadas pela Lei, como a comercialização de veículos usados; caso haja uma prática restritiva nessa seara, recairá no campo da norma geral antitruste, passível, então, de repressão pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Assim, as restrições verticais estabelecidas na Lei Ferrari seriam plenamente legais na ótica antitruste, porém, qualquer interpretação analógica ou extensiva seria condenável.

Como exemplo, cite-se o caso em que uma concessionária forma um grupo econômico/uma sociedade *holding* controladora visando a abertura de nova concessionária, com outra marca, estabelecendo uma concorrência intermarcas para a montadora. As montadoras estavam se apoiando na restrição de exclusividade para impedir que o grupo constituísse nova marca de concessionária, o que constitui uma infração anticoncorrencial.

A montadora pode exigir que a concessionária comercialize apenas veículos novos de sua marca, entretanto, não pode impedir que a pessoa física ou jurídica participante do capital social da sociedade concessionária não participe de outra sociedade concessionária, de bandeira de seus concorrentes.

Este, inclusive, foi o objeto do parecer proferido por Eros Grau e Paula Forgioni⁵² apresentado ao Boletim Latino Americano de Concorrência, que chegou à seguinte conclusão:

*“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 acionista**] 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.**”*

⁴⁹ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 285.

⁵¹ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 166;

⁵² GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 13.

[...]

[...] 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, nesse caso, desde que efetivamente comprovada essa pretensão, verificar-se-á, também, a hipótese prevista no artigo 21, IV da Lei nº 8.884/94”.

Logo, o artigo 3º da Lei Ferrari, e qualquer outro da espécie, não permitiria a interpretação extensiva, sendo a isenção antitruste estritamente o que nela contém, constituindo abuso de direito qualquer transgressão.

O SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), por seu turno, não admite a existência de uma “isenção antitruste”, mas assumi que casos envolvendo a Lei Ferrari são tratados de uma forma especial.

Conforme parecer emanado da SDE (Secretaria de Direito Econômico) na Averiguação Preliminar 08012.006500/2000-36, a Lei Ferrari não pode autorizar cláusulas que constituam infração à ordem econômica, visto que qualquer dispositivo nesse sentido estaria derogado pela Lei 8.884/94, estando, portanto, os contratos de concessão incluídos no âmbito de aplicação da Lei da Concorrência. Mas, afirma ser essencial a análise circunstancial, uma vez que as condutas decorrentes da concessão só configuram infração na medida em que possam gerar os efeitos danosos estabelecidos na Lei Antitruste.

Alerta, ainda, que cabe ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) analisar situações envolvendo a Lei Ferrari, pois a mesma não disciplina as formas de repressão ao abuso de poder econômico.

Contudo, ao analisar as práticas de restrição verticais, a SDE (Secretaria de Direito Econômico) afirmou, na Averiguação Preliminar supracitada, que a concorrência que realmente interessa, não só para as montadoras, como para as concessionárias, e, portanto, para a análise antitruste, é a concorrência intermarcas:

“O contrato de distribuição tem natureza de contrato colaborativo ou de comunhão de escopos, pois ambos os contratantes têm como objetivo empresarial comum e preponderante a venda do produto objeto do contrato. Não se descarta, obviamente, uma disputa por margens de lucro em decorrência da venda do produto ao consumidor final, sendo possível haver assimetria de poder de barganha entre as partes contratantes, podendo a parte mais forte auferir proporcionalmente maiores lucros do que a outra. No entanto, isso é matéria estranha à intervenção antitruste. A Lei 8.884/94 não confere poderes aos órgãos de defesa da concorrência para mediar ou arbitrar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos provados. A tese do abuso de dependência econômica se prestaria a justamente colocar os órgãos de defesa da concorrência no papel de entes revisores de contratos privados, com o fim de restabelecer-lhes esse tipo de equilíbrio, função essa que compete exclusivamente ao Poder Judiciário, a quem cabe, pela Constituição, a resolução de controvérsias entre os particulares.

[...]

Resta evidente da análise dos autos que a concorrência que realmente interessa, não só para a montadora, como para a concessionária e, portanto, para a análise antitruste, é a concorrência inter-marcas”.

Igualmente é o pensamento de Eros Grau e Paula Forgioni⁵³, ao afirmarem no supramencionado parecer que, considerando o mercado de fabricantes de automóveis, deram privilégio na análise para a concorrência entre as montadoras ou entre as marcas – *inter brand competition* – por considerarem que a concorrência entre os concessionários de uma mesma montadora – *intra brand competition* – não seria afetada pelas imposições das montadoras.

Em representação apresentada pela FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores) frente às quatro principais montadoras do país por supostos abusos sobre as redes de concessionárias, originando a Averiguação Preliminar nº 08012.00487/00-40, de relatoria do Conselheiro Thompson Andrade, assim, em suma decidiu:

“Conforme determinação expressa no artigo 20 e no caput do artigo 21, a análise das infrações da ordem econômica tem como premissa a verificação da existência ou não de poder de mercado da parte de praticou a restrição para que esta tenha potencial para limitar ou prejudicar a livre concorrência ou dominar mercado relevante de bens ou serviços. Ademais, conforme ressaltado na Resolução CADE nº 20, de 09 de junho de 1999, em se tratando de práticas verticais, como é o presente caso, é necessário que parcela substancial do mercado “alvo” seja afetado pelas práticas restritivas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência”.

A SEAE, acompanhada pela SDE, adotou o entendimento das Representadas, especialmente dos representantes da Volkswagen, conforme ilustrado nas assertivas abaixo:

“Como assinalado na defesa da Volkswagen, não existe uma relação de mercado propriamente dita entre as montadoras de automóveis e suas concessionárias. Apesar de se observar uma relação entre compradores (concessionárias) e vendedores (montadoras), essa relação não se dá via mercado, onde, por definição, ambas as partes são livres para contratar com qualquer agente. No caso em questão, temos uma relação vertical via contrato. Nesse tipo de relação, ambas as partes concordam em restringir suas condutas comerciais em benefício mútuo. Os possíveis desentendimentos decorrentes dessa relação são, normalmente, resolvidos no âmbito privado, através de negociação entre as partes. Dado que montadoras e concessionárias fazem parte da mesma cadeia produtiva e que as concessionárias têm um importante papel na distribuição dos veículos aos consumidores finais – que constituem o “público alvo” de interesse para as montadoras – existe forte incentivo para que ambas as partes tentem resolver suas diferenças através de negociação, uma vez que temos aí uma relação de dependência mútua.

[...]

A análise das condutas de (1) discriminação entre concorrentes, (2) imposição de preço abusivo de serviços e peças em garantia, (3) venda casada, (4) obrigação de contratar e (5) recusa de fornecimento, imputadas às 4 montadoras pela Fenabrave como infrações à ordem econômica, revelou que nenhuma delas se configurou como práticas ilegais alcançadas pela Lei 8.884/94. Conforme se demonstrou, tratam-se de questões afetas às relações contratuais entre as montadoras e sua respectiva rede de concessionários, sem repercussões sobre a concorrência”.

⁵³ GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 10.

Nesse julgamento percebe-se que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) sequer trata da questão de ser ou não a Lei Ferrari uma isenção antitruste, mas sim, afirma inexistirem questões concorrenciais nas restrições verticais alegadas pela FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores).

Na mesma linha é o julgamento pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) da Averiguação Preliminar nº 08012.006532/99-18, de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, ao fundamentar a inaplicabilidade da Lei 8.884/94 na Lei 6.729/79 pela ausência de relação de mercado:

“Nessa linha, é imprescindível que estejamos diante de uma relação de mercado [elemento contextual necessário à incidência da Lei 8.884/94] para efeitos concorrência, a qual é identificável pela determinação do mercado relevante em questão, sob o prisma geográfico e do produto. Todavia, como bem salientado pela SDE/MJ, a relação de montador de veículos e seus concessionários (distribuidores) não encarta uma relação de mercado para efeitos concorrências, restando, assim, excluída, com relação ao suporte fático protocolar denotativo, da égide da Lei 8.884/94.

[...]

Cumprе ressaltar: não havendo relação de mercado, inexistе a possibilidade de haver infração da ordem econômica sob o prisma da Lei 8.884/94.

[...]

Repisando: não há que se falar em relação de mercado in casu, posto que perfeita em contrato de exclusividade voluntária, de índole colaborativa e/ou de comunhão de escopos, fora da atenção da Lei 8.884/94, em que os distribuidores representam importante agente ao escoamento da produção aos consumidores finais, havendo irracionalidade econômica na exploração da sua situação de distribuição pelos fabricantes”.

Eliminado, como está, o elemento do contexto (mercado) do presente caso, o que impede de forma clara a incidência da Lei 8.884/94 à presente questão, não há que se falar em conduta anticoncorrencial, restando a opção do arquivamento da presente Averiguação Preliminar.

E, ainda, sobre a ausência de relação de mercado, o Conselheiro Relator da Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36, Luís Fernando Rigato Vasconcellos, afirma inclusive que não há um mercado relevante identificado para que sejam avaliados eventuais impactos concorrenciais das práticas verticais restritivas.

Mas, mesmo se fosse definido o mercado relevante como o de venda de veículos para concessionárias, não teriam as montadoras poder de mercado sobre as concessionárias, sendo passíveis de condenação as restrições verticais? Segunda a SDE (Secretária de Direito Econômico), na Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36, não, pois a montadora não agiria de forma monopolista, por exemplo, praticando preços monopolistas, notadamente em virtude da comunhão de interesses entre montadoras e concessionárias. Sustenta que tal argumento é desprovido de fundamentação econômica e jurídica e que não há, portanto, uma relação de consumo ou de concorrência entre montadoras e concessionárias

Por fim, nota-se que a doutrina tende a qualificar a Lei Ferrari como uma isenção antitruste, enquanto que o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), mesmo não adotando tal caracterização, afirma que não há entre as montadoras e as concessionárias relação de mercado, e sim privada, de natureza jurídica contratual, sem repercussões sobre a

concorrência. A Lei Ferrari estaria excluída, portanto, do campo jurídico de abrangência da Lei 8.884/94, somente importando a análise dos efeitos anticoncorrencias intermarcas.

5. Conclusões

Constatou-se que o assunto envolvendo as restrições verticais é intrigante e de difícil debate, havendo a necessidade de, em um julgamento, utilizando-se a regra da razão, analisar cada restrição vertical aventada e o seu efeito no mercado relevante, a fim de se identificar um ilícito concorrencial ou uma eficiência.

Demonstrou-se que, em um estudo dogmático, queda-se impossível afirmar se as restrições verticais constantes na Lei Ferrari são um ilícito concorrencial ou produzem eficiências. E, por um estudo empírico, ao analisar as questões que já foram levadas às autoridades antitruste, demonstrou-se que estas entenderam por se tratar de uma relação privada, de âmbito contratual, sem efeitos econômicos concorrências que interessem ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), por não estar caracterizada relação de mercado entre montadoras e concessionárias.

Conclui-se que a Lei Ferrari, dentro de seu quadro normativo, constitui uma espécie de isenção antitruste, podendo passar pelo crivo do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) somente os efeitos anticoncorrencias das restrições verticais que transpusessem a moldura da Lei Ferrari, ou seja, uma situação de interpretação extensiva da Lei, o que não é permitido pelo seu caráter de excepcionalidade quanto à matéria.

Enquanto as práticas verticais restritivas se basilarem estritamente ao que preceitua a Lei 6.729/79, o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) não interviria, cabendo exclusivamente às partes *upstream* e *downstream* comporem de forma a chegarem a um consenso bom para ambas na gerência de seus negócios, uma vez que as montadoras dependem das concessionárias e vice-versa para tornarem seus empreendimentos viáveis e lucrativos. Portanto, nada mais aconselhável que mantenham uma parceria empresarial equilibrada.

6. Referências

BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.006532/99-18. Representante: Nova Texas Veículos Ltda. Representada: FIAT Automóveis S.A. Brasília, 25 de julho de 2003. Relator: Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.00487/00-40. Representante: Federação Nacional de Distribuição de Veículos Automotores. Representada: Volkswagen do Brasil S/A e outros. Brasília, 02 de julho de 2001. Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36. Representante: Montana Distribuidora de Veículos Automotores Ltda. Representada: Chrysler do Brasil Ltda. Brasília, 08 de novembro

de 2004. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct>. Acesso em 05/01/2011.

_____. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Brasília, DF: 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6729.htm>. Acesso em 05/01/2011.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>. Acesso em 05/01/2011.

_____. Projeto de Lei nº 1.445, de 2003. Altera os arts. 3º, 4º, 7º e 12 da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, que "Dispõe sobre a concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. Brasília, DF: 2003. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=123988>. Acesso em 13/02/2011.

_____. Secretária de Direito Econômico. Parecer na Averiguação Preliminar nº Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36. Representante: Montana Distribuidora de Veículos Automotores Ltda. Representada: Chrysler do Brasil Ltda. Brasília, 08 de novembro de 2004. Secretário: Daniel Krepel Goldberg. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em 05/01/2011.

FENABRAVE. Evolução da distribuição de veículos no Brasil. Disponível em <http://www.fenabrave.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=34#conteudo>. Acesso em 25/01/2011.

FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. 4º ed. t. 2. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GOLDBAUM, Sérgio. Restrições Verticais no Setor Automotivo: Barreiras à Entrada de Novos Concessionários. Tese de Doutorado. Escola de Administração de empresas de São Paulo. Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2004. Disponível em <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4631/74621.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30/01/2011.

GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 ("Lei Ferrari"). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006.

PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. Disponível em < http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/20010415_8.pdf>. Acesso em 31/01/2011.

RAYCHAUDHURI, Tilottama. Vertical agreements in competition law: Striking the right balance between regulation and competition. NUJS Working Paper Series: Salt Lake City, 2010. Disponível em < <http://www.nujs.edu/workingpapers/vertical-agreements-in-competition-law-striking-the-right-balance-between-regulation-and-competition.pdf> >. Acesso em 10/02/2011.

RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em < www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=151167>. Acesso em 13/01/2011.

VALOR. Análise setorial: concessionárias de veículos. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2008.

VENOSA, Silvio. Direito Civil: Contratos em espécie. 9º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

WILLIANSO, Oliver. The Economic Institution of Capitalism. New York: Free Press, 1985.