

Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito *per se* nos Estados Unidos e na União Europeia

*Daniel Firmato de Almeida Glória**

Resumo: A análise do direito comparado, partindo do estudo de suas singularidades, é importante instrumento para o aperfeiçoamento de uma cultura da concorrência. O estudo de quatro casos dos mais relevantes no direito comparado (*Schwinn e Sylvania*, nos Estados Unidos, e *Consten-Grundig e Pronuptia de Paris*, na Europa) abre perspectivas de interpretação e de evolução dos sistemas, sob a ótica da regra da razão e do ilícito *per se*, tendo sempre como norte a efetivação de direitos no contexto do Estado Democrático.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Restrições verticais. Regra da razão. Ilícito *per se*.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo com este trabalho consiste no exame de quatro decisões relativas ao direito da concorrência, que podem ser

* Professor de Direito Econômico e de Direito do Consumidor da Universidade FUMEC. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutorando em Direito Econômico pela UFMG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: danielfirmato@fumec.br.

analisadas sob a ótica da *rule of reason* e da *per se illegality*. A primeira parte refere-se ao direito norte-americano, na qual será analisada o desenvolvimento da regra da razão e a ilicitude *per se*, passando pela análise do caso *Schwinn* e da *Sylvania Decision*. Em seguida, o estudo do direito comunitário europeu, com a análise do caso *Consten-Grundig* e da *Pronuptia* de Paris.

Para tanto, é imprescindível que seja considerado o conceito de razoabilidade e de suas implicações perante o ordenamento jurídico e, conforme salienta Récasens Siches,¹ a aplicação da razoabilidade no que concerne ao raciocínio jurídico é manifestadamente evidente.

Como bem sintetiza Lucia Valle Figueiredo, a razoabilidade se atrela à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas às necessidades da coletividade, à legitimidade e à economicidade, isto é, à relação entre os custos e benefícios.² Por isso, é essencial ao sistema jurídico, para a concretização do direito posto. Sua eficiência como limite ao exercício legítimo da atividade legislativa foi ressaltada por Carlos Roberto Siqueira Castro:

A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim – *means-and relationship*, segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente,

¹ RÉCASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cap. III.

² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Planejamento, direito tributário e segurança jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 11-15.

de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.³

No estudo proposto, a razoabilidade que interessa é aquela inculpada como princípio norteador das decisões relativas às leis de defesa da concorrência: o *princípio da regra da razão*.

Ressalte-se, por oportuno, que esse princípio deve nortear a atuação de todos os agentes estatais no sentido de fortalecer as instituições do Estado Democrático de Direito.

2 A REGRA DA RAZÃO E O ILÍCITO *PER SE*

Nos sistemas jurídicos dos países de regime capitalista, a repressão ao abuso do poder econômico faz-se, geralmente, mediante dois tipos de legislação: ou se adota o princípio do abuso, em que as práticas comerciais tidas como potencialmente anticoncorrenciais são analisadas no contexto econômico em que se desenvolvem, aplicando-se-lhes a regra da razão (*rule of reason*) ou se segue o princípio da proibição (*per se condemnation*), segundo o qual determinadas condutas são consideradas por si próprias lesivas à concorrência, dispensando-se qualquer análise das condições em que ocorrem.⁴

A maioria dos sistemas jurídicos, dentre os quais o brasileiro, adota ambos os princípios, os quais reforçam as instâncias democráticas.

³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 159.

⁴ Cf. MALARD, Neide. Práticas verticais restritivas da concorrência. *Arquivos do Ministério da Justiça*, p. 121-122.

1.1 Nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a política antitruste teve início quando o Presidente Benjamin Harrison assinou o denominado *Bill S. I.*, que ficou sendo conhecido como *Sherman Act* em 2 de julho de 1890⁵.

O art. 1º do *Sherman Act* declara ilícito “todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras”.⁶

Por ser este dispositivo legal muito abrangente ([...] *every contract, combination... in restraint of trade...is declared to be illegal*), a Suprema Corte reconheceu que, sem uma interpretação limitada das palavras desta lei, o *Sherman Act* estaria coibindo quase todos os contratos entre empresas.

Por isso, em 1898, no caso *United States vs. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505⁷, o Juiz Peckham fez distinção entre os contratos cujos efeitos de constranger o comércio foram “diretos e próximos” e aqueles cujos efeitos de constrangimento foram “indiretos e incidentais”.⁸ Mas somente em 1911 a Suprema Corte se afastou da interpretação literal do *Sherman Act* e enunciou a

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Antitrust Act, de 2 de julho de 1890. *United States Statutes at Large* (Título 15 do United States Code, Cap. I, §§ 1º ao 7º), v. 26, p. 209.

⁶ “Section I. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce, among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal...” [ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Antitrust Act, de 2 de julho de 1890. *United States Statutes at Large* (Título 15 do United States Code, Cap. I, §§ 1º ao 7º), v. 26, p. 209]

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States vs. Joint Traffic Association*. Appeal from the Circuit Court of Appeals for the Second Circuit. Relator: Justice Peckham. Washington D.C., *United States Reports* n. 171, p. 501, 24 out. 1898.

⁸ Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, p. 80-92.

denominada “regra da razão” no processo *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221 U.S. 1 (1911).⁹

Com essa decisão, buscou-se dar melhor efetividade aos direitos da própria sociedade, o que nem sempre era conseguido por meio da regra anterior. O Juiz-Presidente White redigiu o acórdão nos seguintes termos:

Tendo em vista as numerosas formas de contratos e combinações que evoluíram das condições econômicas existentes quando a lei foi votada, achou-se imprescindível assegurar, por uma enumeração completa, que nenhuma forma de contrato ou ajuste pelo qual uma desarrazoada restrição do comércio interestadual ou internacional foi conseguido poder salvar tal restrição de condenação. Sob esta vista, o Sherman Act evidenciava a pretensão não de restringir o direito de celebrar e fazer cumprir contratos, tais que resultam uma combinação como quais que têm outra origem, que não constroem desarrazoadamente o comércio interestadual ou internacional; e sim, de proteger este comércio de restrições desarrazoáveis, sejam conseguidas, por meios velhos, sejam conseguidas por meios novos (*sic*).¹⁰

Assim, os tribunais norte-americanos desenvolveram a “regra da razão”, que é hoje um ponto pacífico na interpretação do *Sherman Act*. Por essa “regra”, deve-se colocar na balança os prós e os contras para a concorrência de um hipotético acordo, por exemplo.

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*. Appeal from the Circuit Court of the United States for the Eastern District of Missouri. Relator: Justice White. Washington D.C., 15 maio 1911. *United States Reports*, n. 221, p. 1.

¹⁰ Cf. SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*, p. 74-82.

Ou seja, para interpretar o citado dispositivo legal, deve-se acrescentar a palavra “desarrazoada” ou “não razoável” ficando com a seguinte redação:

Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em (desarrazoada ou não razoável) restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei.

A rule of reason é assim definida no *Black's Law Dictionary*:

[...]. Sob o teste da regra da razão para determinar se os fatos alegados violam o § 1º da Lei Antitruste americana, que declara conspirações em restrição ao comércio como ilegais, todas as circunstâncias do caso devem ser pesadas para decidir se a prática restringe indevidamente a concorrência e o teste exige que o requerente demonstre os efeitos anticoncorrenciais ou prejuízo à concorrência efetiva, e não se as práticas eram injustas ou tortuosas [...]. De acordo com a ‘regra da razão’ na lei antitruste, a legalidade das restrições ao comércio é determinada pela pesagem de todos os fatores do processo, tais como a história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão para a adoção do remédio em particular e da finalidade ou o fim procurado ser atingido [...]. Para constituir um crime, nos termos do § 1º da lei antitruste norte-americana, a conduta do réu deve resultar em uma restrição desarrazoada do comércio interestadual. Cabe ao júri determinar, a partir de uma consideração de todos os fatos e

¹¹ RULE of reason. In: BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*, p. 1.332. *Under 'rule of reason' test for determining whether alleged acts violated § 1 of the Sherman Anti-Trust Act (15 U.S.C.A. § 1), which declares conspiracies in restraint of trade to be illegal, fact finder must weigh all circumstances of the case to decide whether practice unreasonably restrains competition, and the test requires that plaintiff show anticompetitive effects, or actual harm to competition, and not whether the practices were unfair or tortuous [...]. Under the 'rule of reason' in antitrust law the legality of restraints on trade is determined by weighing all the*

circunstâncias, incluindo as condições econômicas da indústria e os efeitos sobre a concorrência, se a conduta do réu cria uma restrição injustificada para o comércio interestadual [...].¹¹

Este entendimento parece sugerir que a Suprema Corte requer dos juízes e dos jurados um balanço prévio dos benefícios e custos de um acordo particular, procurando determinar se um determinado acordo é desarrazoável para ser declarado ilícito. E, na verdade, em uma grande variedade de casos, esta análise da *rule of reason* ocorre.

Entretanto, a Suprema Corte tem dado especial tratamento a um tipo particular de acordo: as práticas horizontais (*horizontal agreements*), ou seja, acordos feitos entre competidores, cujo principal objetivo é a fixação de preços, a quantidade do produto que será colocada à venda, ou até mesmo qual consumidor e território serão abrangidos.

Esse tipo de “negócio” é tão danoso à concorrência que a Suprema Corte havia considerado que eles serão *sempre* desarrazoáveis e, em consequência, ilícitos *per se*.¹² Nesse quadro

factors of the case such as the history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy and the purpose or end sought to be attained [...]. To constitute a crime under § 1º of the Sherman Antitrust Act, the defendant's conduct must result in an unreasonable restraint of interstate commerce. It is for the jury to determine from a consideration of all the facts and circumstances, including the economic conditions of the industry and the effect on competition, whether defendant's conduct creates an unreasonable restraint on interstate commerce.

¹² CF. *Northern Pacific Railway vs. United States*, 356 U.S. 1,5, 1958: *There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Co. et al. vs. United States*. Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington. Relator: Justice Black. Washington D.C., 10 mar. 1958. *United States Reports*, n. 356, p. 1)

é que se forma a dicotomia entre a *per se rule* e a regra da razão. Torna-se imperiosa, portanto, a análise do ilícito *per se*, definindo-o, na esteira do *Black's Law Dictionary* como:

termo utilizado no direito antitruste para determinar que certos tipos de negócios, como fixação de preços, são considerados terminantemente anticompetitivos e prejudiciais ao público, sem se fazer menção se tal acordo, na verdade, ocasionou danos ao mercado.¹³

Em interessante trabalho científico, Russell Pittman, esclarece que a regra do ilícito *per se* tem algumas vantagens para o comportamento anticompetitivo, pois permite aos negociantes conhecer, com certeza, quais formas de acordos não serão toleradas. E acrescenta, que nos Estados Unidos essa proibição é considerada tão clara e certa que sua violação é punida como ilícito criminal, e não civil.¹⁴

No mesmo sentido, Gelhorn observa que *clear prohibitions also deter conduct known to pose severe competitive harms*.¹⁵

Conforme assegura Calixto Salomão, citando *Areeda*, tanto a regra da razão quanto a *per se condemnation* encontram-se, hoje, substancialmente modificadas. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo “desarrazoada” à *Section I* do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo “injustificada”.¹⁶

Essa evolução corresponde à incorporação ao direito antitruste de preocupações outras que não exclusivamente a preservação da

¹³ ILÍCITO *per se*. In: BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*, p. 1.142.

¹⁴ PITTMAN, Russel. Competition policy in the United States. *Revista de Direito Econômico*, p. 95-116.

¹⁵ GELHORN, Ernest. *Antitrust law and economics in a nutshell*, p. 165.

¹⁶ SALOMÃO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 143-144.

competição. É exatamente a vertente neoclássica de Chicago que prevalece com a “síndrome da eficiência”.¹⁷

1.2 Na União Europeia

Imperioso anotar que a disciplina da concorrência, na Europa, é instrumental, ou seja, ligada aos fins da própria União Europeia, conforme dispõem expressamente os arts. 2º e 3º, alínea *f*, do Tratado de Roma (alínea *g* na redação dada pelo Tratado da União Europeia).

Assim, a concorrência não é um fim em si mesmo, mas um instrumento, um meio de atingir os objetivos da União, sempre com base nos princípios democráticos, considerando sua pluralidade social.

A base do direito comunitário concorrencial permanece no capítulo I da parte III do Tratado de Roma. As disposições legais constantes dos preceitos 85º e 86º constituem o seu fundamento.¹⁸ Cumpre anotar que, pelo Tratado de Amsterdã, esses artigos foram reenumerados, respectivamente, para 81º e 82º.

O art. 81º (Tratado de Amsterdã) pode ser aplicado aos acordos horizontais quanto aos acordos verticais. Nos acordos horizontais, como dito, os agentes econômicos encontram-se no mesmo estágio de produção ou distribuição. Nos acordos verticais, os agentes se encontram em diferentes estágios de produção ou distribuição.

¹⁷ Interessante artigo publicado na *Revista de Direito Econômico* retrata bem esta situação. [Cf. LANDE, Robert H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. *Revista de Direito Econômico*, p. 39-65]

¹⁸ Cf. ALVES, Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas comunidades europeias*, p. 48; e RUIZ, Nuno. A política de concorrência da Comunidade Europeia: o desafio da globalização e do alargamento. *Revista Debates*, São Paulo (Centro de Estudos Konrad-Adnauer-Stiftung), n. 15, p. 89-93, 1998. Cf., também, MELEDO-BRIAND. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista do Direito do Consumidor*, p. 40-41.

Esse dispositivo legal é meramente exemplificativo. São restritivos da concorrência quaisquer outros acordos ou práticas que possam afetá-la.

Art. 81º-1. 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 objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

- a) fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. Os acordos ou decisões proibidos em virtude do presente artigo são nulos de pleno direito.

3. As disposições do § n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

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

O direito europeu adotou a regra da razão com o § 3º para realizar a economia do balanço econômico, introduzida, segundo Dominique Brault,¹⁹ exatamente pelo caso que será analisado neste trabalho, qual seja, o da *Pronuptia de Paris*.

Assim, o art. 81º trata especialmente sobre os acordos e práticas concertadas entre as empresas cujo objeto seja restringir, falsear ou impedir a concorrência, enquanto o art. 82º (Tratado de Amsterdã) cuida dos abusos de posição dominante.²⁰

São analisados a seguir, em confronto, os dois casos no direito antitruste americano que contrapõem exatamente a regra da razão e o ilícito *per se*: os casos *Schwinn* e *Sylvania*.

2 ANÁLISE DOS CASOS NO DIREITO ANTITRUSTE AMERICANO

2.1 O caso *Schwinn*

Trata-se de caso relacionado à divisão de mercado que pode gerar efeitos danosos ao relacionamento vertical.

¹⁹ BRAULT, Dominique. *Droit et politique de la concurrence*. Paris: Econômica, 1977 *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, p. 88.

²⁰ Importante frisar que não é objetivo com este trabalho analisar o Regulamento n. 2.790/99, diretriz para os casos de restrições verticais na União Europeia, mas tão somente abordar casos específicos sob o ponto de vista da regra da razão e do ilícito *per se*.

Nos Estados Unidos, considerava-se ilegal *per se* qualquer divisão de mercado ou restrição à clientela imposta pelo fabricante ao distribuidor ou revendedor. A posição da Suprema Corte norte-americana tornou-se clássica em 1967, no famoso caso *Schwinn*.²¹

Tratava-se, na época, do maior fabricante de bicicletas nos Estados Unidos, que vendia seus produtos a 22 distribuidores, que os revendiam a varejistas, aos quais não se proibia a venda de bicicletas de outras marcas. Os distribuidores, no entanto, só podiam vender aos revendedores autorizados por *Schwinn* para as respectivas áreas.

A Suprema Corte decidiu (*Justice Fortas*) que havia restrição vertical em relação ao território e aos varejistas. *Schwinn* não era um novo partícipe do mercado, tampouco uma pequena empresa que precisasse se proteger contra competidores agressivos. Ao contrário, como dito, era o maior fabricante de bicicletas do mercado e, como tal, não poderia arguir que o novo sistema de distribuição visava ao aumento expressivo das vendas de seu produto e, por conseguinte, maiores lucros.

A Corte distinguiu a situação em que o fabricante transfere o título e o risco do produto para o distribuidor daquela outra em que ele os retém. No primeiro caso, segundo a Corte, a restrição à concorrência é flagrante e a mera existência do acordo é ilegal. Já no segundo caso, a restrição não seria ilegal *per se*, pois se o fosse, prejudicadas seriam as pequenas empresas que não têm condições de concorrer com as grandes. Ademais, esse tipo de acordo facilita a integralização do processo de distribuição.

²¹ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States vs. Arnold Schwinn & Co. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Illinois*. Relator: Justice Fortas. Washington D.C., 12 jun. 1967. *United States Reports*, n. 388, p. 365.

A nova posição da Suprema Corte americana foi adotada dez anos depois, em 1977, no caso *Sylvania*.²²

2.2 O caso *Sylvania*

O *Sylvania*, considerado um dos mais importantes casos antitruste, nos Estados Unidos, desde *Solcony vs. Alcoa*, na década de 1940. Representa o fim da era de determinado tratamento para as restrições verticais (*Continental T.V. vs. GTE Sylvania*).

Aqui, a *Sylvania* sustentou que a “regra da razão” era preponderante sobre a *resale price maintenance*.²³ Como modelo de análise, inseriu o exame da teoria do preço na política antitruste. Distinguiu entre a *resale price maintenance* e a *nonprice restraints*, ou seja, restrições não tarifárias.

Como fabricante de televisões, a *Sylvania* detinha uma pequena fatia (1% a 20%) do mercado americano comparado à RCA (60 a 70%), à Zenith e à Magnavox.

Em 1962, abandonou sua estrutura de distribuição por meio de atacadistas independentes e passou a vender diretamente para um pequeno grupo de varejistas franqueados, os quais tinham a

²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Continental T.V., Inc. vs. GTE Sylvania, Inc. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*. Relator: Justice Powell. Washington D.C., 23 jun. 1977. *United States Reports* n. 433, p. 36. Cf. POSNER, Richard. The rule of reason and the economic approach: reflections on the *Sylvania* Decision. *The University of Chicago Law Review*, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977. Esse artigo tem uma singularidade, pois representa um novo ponto de vista do Prof. Posner, levando em consideração que o “memorial” (*brief*) do caso Schwinn foi feito por ele para os Estados Unidos.

²³ *An agreement between a manufacturer and retailer that the latter should not resell below a specified minimum price. Such schemes operate to prevent price competition between the various dealers handling a given manufacturer's product with the manufacturer generally suggesting an appropriate resale price and enforcing dealer acquiescence through some form of coercive sanction.*

liberdade para vender tais mercadorias onde quisessem e para toda classe de consumidores. A única ressalva era que a Sylvania determinava quantos varejistas poderiam trabalhar em determinada área e recomendava aos comerciantes que operassem sempre daquelas localidades previamente determinadas.

Essa estratégia funcionou. Com três anos, a participação nacional da Sylvania no mercado de televisores aumentou 5%. Em 1965, no entanto, insatisfeita com as vendas de seus franqueados em San Francisco, indicou outro comerciante para trabalhar nessa área.

A Young Brothers passou a trabalhar como segundo varejista em San Francisco. Propositadamente, ela estava localizada a apenas uma milha do outro varejista: a Continental T.V., que protestou, sem êxito, contra a localização, sob a alegação de que violava a própria política de marketing da Sylvania. Assim, não restou outro caminho para a Continental a não ser cancelar um grande pedido da Sylvania trocando pelos da Philipis.

Durante esse período, a Continental queria abrir uma loja em Sacramento, desejo a que a Sylvania atribuía ao descontentamento sobre o caso *Young Brothers*. Tendo como adequado o mercado naquela cidade, a Sylvania negou o pedido. Mesmo assim, a Continental notificou a Sylvania que estava de mudança para Sacramento. Imediatamente, a Sylvania rescindiu o contrato de franquia.

A questão controvertida era analisar se a cláusula de localização era lícita ou ilícita.

Em primeira instância, a *District Court* condenou a Sylvania a uma indenização superior a 1,5 milhão de dólares.

Em apelação, a *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, por maioria, deu provimento ao recurso da Sylvania. A Corte concluiu que essa restrição de localização tinha menos potencial lesivo para a concorrência que as restrições que invalidaram o *Schwinn Case*

e deveria ser julgada pela regra da razão. Em face da controvérsia, foi aceito o *writ of certiorary*.

Em julgamento histórico, a *Supreme Court* afastou o precedente do *Schwinn Case* (ilícito *per se*) e, por maioria, decidiu que a Sylvania poderia, sim, procurar por melhores e mais eficientes distribuidores, tendo em vista a concorrência entre os diferentes fabricantes de televisores. Sob a alegação de que tais restrições verticais reduzem a chamada concorrência na empresa (*intra-brand competition*), mas promovem e incrementam a concorrência fora da empresa (*inter-brand competition*), a Suprema Corte aderiu à tese de que o fabricante deve procurar atingir o *máximo de eficiência* na distribuição de seus produtos.

Em seguida, serão analisados os dois casos decididos na União Europeia: *Consten-Grundig* e *Pronuptia-Schillgallis*.

3 ANÁLISE DOS CASOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU

3.1 O caso *Consten-Grundig*

Trata-se, também, de caso relacionado à divisão de mercado que pode gerar efeitos danosos ao relacionamento vertical.²⁴

A empresa Grundig era fabricante de rádios, gravadores e televisores, tendo como representante exclusiva para França a empresa Consten, encarregada da venda desses produtos, sendo-lhe vedada representar outras empresas da Alemanha, bem como a comercialização de produtos concorrentes.

²⁴ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Consten & Grundig vs. Commission*. Application for Annulment of the Decision of the Commission of 23 September 1964 under Article 85 of the Treaty (Iv/A-00004-03344 ‘Grundig-Consten’). C-56/64 e 58/64. Relator: Juiz Trabucchi. Luxemburgo, 13 jul. 1966. *ECR*, Edição especial inglesa. 1966. p. 299.

A par disso, a marca “Ginta”, de propriedade da Grundig, era utilizada exclusivamente pela Consten, como forma de proteger a representação exclusiva das importações paralelas.

A relação negocial entre Grundig-Consten passou a incomodar os concorrentes que queriam vender os produtos.

A European Court of Justice considerou violada a disposição do § 1º do art. 81, tendo determinado às empresas que deveriam se abster de qualquer medida que pudesse dificultar ou impedir terceiros a adquirir os produtos abrangidos pelo contrato de revenda feito pela Consten-Grundig.

As denominadas isenções previstas no § 3º não foram aplicadas ao caso em questão, pois, apesar de alguns benefícios reconhecidos pela decisão (diminuição de preços ao consumidor), a proteção territorial absoluta foi considerada prejudicial para a realização do mercado comum, dificultando ou impedindo a liberdade de circulação.

3.2 O caso *Pronuptia de Paris vs. Schillgallis*²⁵

A rede Pronuptia vendia e alugava vestidos de noiva, trajes de casamento e demais acessórios relacionados a núpcias. O caso envolvia contrato de franquia.

O franqueador, Pronuptia de Paris, concedia ao franqueado o direito exclusivo de utilizar a marca em determinado território de venda, além de assessoria especial que envolvia o contrato de franquia. O retorno se dava por meio de pagamento de *royalties*.

²⁵ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemanha. Concorrência – Contratos de licenciamento franchise. C-161/84. Relator: juiz Joliet. Luxemburgo, 28 jan. 1986. *ECR*, Edição especial inglesa. 1986. p. 353.

O caso teve início quando Mrs. Schillgallis, franqueada da Pronuptia em algumas cidades da Alemanha, como Hamburgo e Hanover, questionou o método de pagamento de *royalties* adotado pela franqueadora, alegando, posteriormente, que o acordo de franquia violaria do disposto no art. 81, § 1º, do Tratado.

A questão cingia-se, na verdade, em determinar se os acordos de franquia de distribuição, principalmente na questão territorial, violavam o disposto no 1º do art. 81 do Tratado.

Desta feita, a *European Court of Justice* decidiu, ao contrário do caso *Consten-Grundig* que as isenções do § 3º do art. 81 eram aplicáveis ao caso.

O modelo do contrato de franquia que forma a base da rede de distribuição da Pronuptia melhorava a produção e distribuição dos produtos, pois o franqueado tinha investimento bem menor que teria para abrir sua própria rede de varejo, contando, além do nome e da reputação estabelecidos pelo franqueador, da sua competência, *know-how* comercial e de marketing, que permitiria atingir maior volume de negócios a baixo custo.

O franqueado, no caso, em razão da condição imposta pela exclusividade territorial e de sua proximidade com o mercado, podia fazer previsões de vendas futuras, o que beneficiava o franqueador para planejar melhor sua produção e garantir o abastecimento regular dos produtos.

Foi ressaltado, ainda, que a rede Pronuptia enfrentava a concorrência de outros fabricantes e fornecedores de outros países, bem como o fato de que os próprios franqueados competiam uns com os outros.

Por fim, todas as hipóteses do § 3º foram aplicadas ao caso.

4 O PONTO DE INTERSEÇÃO ENTRE OS CASOS APRESENTADOS

Depreende-se certa semelhança, no que se refere apenas ao resultado final, entre os casos *Schwinn e Consten-Grundig* e *Sylvania e Pronuptia*, pois o fundamento é diverso.

Como ensina Katalin Judit Cseres, o objetivo do direito da concorrência na Comunidade sempre foi a integração de mercados.²⁶

Acordos que dividem o mercado comum a qualquer limitação territorial e que restringem o comércio entre os países têm sido considerados danosos, pois violam o sentido primordial do mercado europeu.

Principalmente, nas décadas de 1960 e 1970, quando havia a necessidade de fortalecer a integração europeia, a proteção às importações paralelas e a proibição estrita da restrição territorial era justificável.

No caso *Consten-Grundig*, Richard Wish²⁷ lembra que, inicialmente, foi defendida a tese de que a proibição do art. 81 (1) não se aplicaria às restrições verticais, mas apenas às horizontais, mas o que como foi visto não foi seguido pela Corte.

No tocante à *Pronuptia-Schillgalis*, o professor da King's College ressalta que a Corte distinguiu entre dois tipos de restrição: a que estabelece padrão comum e protege direitos de propriedade intelectual e a que divide o mercado territorialmente e estabelece preço de revenda. A primeira não é proibida, sendo atingida pelas isenções do § 3º.²⁸

²⁶ Cf. CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2005. A autora ratifica, na p. 246: *Market integration became an aim in itself and it is still a relevant objective of EC competition*.

²⁷ WISH, Richard. *Competition law*, p. 590.

²⁸ WISH, Richard. *Competition law*, p. 610.

Após o caso *Pronuptia*, Wish ensina que vários casos individuais foram julgados, como isenções às restrições territoriais, que culminaram com a publicação de um bloco de isenções específicas para franquia.²⁹

João Bosco Leopoldino afirma que com esse caso “pode-se dizer que foi introduzida a regra da razão, nos moldes do direito americano.”³⁰

Atualmente, a ótica de proteção da integração de mercados recebe inúmeras críticas, pois não leva em conta eventuais benefícios econômicos.

Nos Estados Unidos, a questão é diversa. Posner chegou a propor, após o caso *Sylvania*, que fosse aplicada a toda restrição vertical uma nova regra, qual seja, a da legalidade *per se* (*per se legality*).

Os tribunais, formalmente, não endossaram esse ponto de vista, mas as decisões, desde 1977, indicam que a aplicação da regra da razão em “restrições verticais de não preço” quase se equipararam com a proposta da *per se legality*. As decisões têm presumido que tais restrições são feitas para aumentar a *eficiência* e devem ser permitidas, salvo circunstâncias extraordinárias.

Anos depois da *Sylvania Decision*, em 1997 (*State Oil Company vs. Barkat V. Khan and Khan & Associates, Inc.*), em caso que se discutia se o acordo entre fornecedor e comerciante fixando preço máximo de venda consistiria ilícito *per se* ao art. 1º do *Sherman Act* ou se deveria ser analisada sob a égide da *rule of reason*, a Suprema Corte ratificou seu entendimento.

A Corte entendeu que o Congresso americano por meio do *Sherman Act* pretendeu que seriam ilegais (*outlaw*) somente as

²⁹ WISH, Richard. *Competition law*, p. 611.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, p. 88.

restrições não razoáveis. Assim, no direito antitruste americano o exame à luz da regra da razão deve ser determinante em casos da espécie. Ou seja, deve ser levado em conta: o exame criterioso da estrutura da indústria; a análise do comportamento e das peculiaridades da empresa; a aferição do poder de mercado das partes na relação; a duração da prática e as razões por que foi adotada; e o grau de concorrência no mercado. Esses fatores são imprescindíveis à verificação da abusividade da conduta vertical.

5 CONCLUSÃO

Após as considerações feitas ao longo deste trabalho, verifica-se que a análise do direito da concorrência (relações de mercado, poder econômico e abuso desse poder) não pode ficar limitada a uma legislação imposta.

A regra da razão é corolário do que seja, hoje, uma “boa política antitruste”, vale dizer, a regulamentação da concorrência (fenômeno de direito econômico), mediante efetiva política econômica, é uma forma de garantia do equilíbrio do mercado e de efetividade de direitos.

A análise do direito comparado, partindo do estudo de suas singularidades, é importante instrumento para o aperfeiçoamento de uma cultura da concorrência.

O estudo dos casos abre perspectivas de interpretação e de evolução dos sistemas. Tais instrumentos viabilizarão, mediante a direção do comportamento dos agentes econômicos, não apenas a preservação, mas a condição do mercado.

Só assim o direito da concorrência será visto como uma forma viável de concretizar políticas econômicas fundadas no equilíbrio de mercado com a valorização da livre e sadia competição entre as empresas, tendo sempre como norte a efetivação e a valorização de direitos no Estado Democrático.

Vertical restraints on Competition Law: case studies in light of the rule of reason and illicitness *per se* in the United States and the European Union

Abstract: The analysis of comparative law, based on a study of its singularities, is an important instrument for developing a culture of competition. A study of four of the most relevant cases in comparative law (*Schwinn* and *Sylvania*, in the United States and *Consten-Grundig* and *Pronuptia* in Europe) opens up perspectives for interpretation and for system evolution, from the perspective of the rule of reason and illicitness *per se*, whereas the references is always the effectuation of rights in the context of the Democratic State.

Key words: Competition Law. Vertical restraints. Rule of reason. Illicitness *per se*.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas comunidades européias*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BRAULT, Dominique. *Droit et politique de la concurrence*. Paris: Economica, 1977 *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Antitrust Act, de 2 de julho de 1890. *United States Statutes at Large* (Título 15 do United States Code, Cap. I, §§ 1º ao 7º), v. 26, p. 209, 1891.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Continental T.V., Inc. vs. GTE Sylvania, Inc. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Relator: Justice Powell. Washington D.C., 23 jun. 1977. *United States Reports*, n. 433, p. 36.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Northern Pacific Railway Co. et al. vs. United States. Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington. Relator: Justice Black. Washington D.C., 10 mar. 1958. *United States Reports*, n. 356, p. 1.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States. Appeal from the Circuit Court of the United States for the Eastern District of Missouri. Relator: Justice White. Washington D.C., 15 maio 1911. *United States Reports*, n. 221, p. 1.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States vs. Arnold Schwinn & Co. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Illinois. Relator: Justice Fortas. Washington D.C., 12 jun. 1967. *United States Reports*, n. 388, 1967.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States vs. Joint Traffic Association. Appeal from the Circuit Court of Appeals for the Second Circuit. Relator: Justice Peckham. Washington D.C., *United States Reports*, n. 171, 24 out. 1898.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Planejamentos, direito tributário e segurança jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 11, p. 5-21, nov. 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GELLHORN, Ernest. *Antitrust law an economics in a nutshell*. 4. ed. St Paul: West Publishing, 1994.

ILÍCITO *per se*. In: BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

LANDE, Robert H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 23, p. 39-65, 1996.

MALARD, Neide Teresinha. Práticas verticais restritivas da concorrência. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 47, n. 183, p. 121-133, jan./jun. 1994.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

PITTMAN, Russell. Competition policy in the United States. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 24, p. 95-116, jul./dez. 1996.

POSNER, Richard. The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania Decision. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977.

RÉCASSENS SICHERS, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación de derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

RUIZ, Nuno. A política de concorrência da Comunidade Europeia: o desafio da globalização e do alargamento. *Revista Debates*, São Paulo (Centro de Estudos Konrad-Adnauer-Stiftung), n. 15, 1998.

RULE of reason. In: BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

SALOMÃO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Consten & Grundig vs. Commission. Application for Annulment of the Decision of the Commission of 23 September 1964 under Article 85 of the Treaty (Iv/A-00004-03344 'Grundig-Consten'). C-56/64 e 58/64. Relator: Juiz Trabucchi. Luxemburgo, 13 jul. 1966. *ECR*, Edição especial inglesa, 1966.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof, Alemanha. Concorrência –

Contratos de licenciamento franchise. C-161/84. Relator: Juiz Joliet. Luxemburgo, 28 jan. 1986. *ECR*, Edição especial inglesa, 1986.

WISH, Richard. *Competition law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2005.

Enviado em 10 de setembro de 2010.

Aceito em 15 de dezembro de 2010.