

A
**AUTONOMIA DE
VONTADE *VERSUS* LIVRE
CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO
ACERCA DA CLÁUSULA DE
EXCLUSIVIDADE NO CENÁRIO
JURÍDICO-ECONÔMICO
BRASILEIRO**

Zaqueu Hudson de Araújo Gurgel
Acadêmico do 8º período do Curso de
Direito da UFRN
Monitor da disciplina Crimes
em Espécie II

RESUMO

Os contratos têm como principal fundamento a autonomia da vontade. Inicialmente, há plena liberdade para contrair direitos e obrigações por meio da palavra. Entretanto, a vontade individual não pode ir de encontro às normas de ordem pública e aos bons costumes. Surge o dirigismo contratual, procurando proteger os interesses da coletividade. No que tange às relações econômicas, o contrato possibilitou a consolidação do capitalismo, viabilizando a concentração de capital e acordos entre empresas. O fenômeno da globalização e os princípios trazidos pela Constituição Federal alteraram substancialmente o mercado econômico. As cláusulas de exclusividade presentes nos contratos empresariais podem produzir efeitos positivos ou negativos para a economia, pois podem resultar numa extinção da concorrência, conduta vedada pelo ordenamento jurídico. Somente com a análise desses efeitos é que se pode afirmar a ilicitude de tais restrições.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Exclusividade. Livre concorrência.

“Não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, é o que melhor se adapta às mudanças.”
(Charles Darwin)

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A idéia de competição é ínsita ao espírito humano. Desde os primórdios da humanidade, há uma constante luta pela sobrevivência e para se alcançar melhores condições de vida. No campo das relações sociais, como lembra Forgioni (2005), seguindo as idéias de Lambros Kotsiris, verifica-se que a concorrência está presente desde o surgimento da civilização, uma vez que é da própria natureza humana a busca pelo crescimento, sobretudo quando se trata de interesses pecuniários e patrimoniais.

Assim, a concorrência encontra terreno fértil na seara das relações empresariais. A competição por clientela fomenta a celebração de acordos entre empresas, a fim de que se fortaleçam economicamente e possam conquistar o mercado. Todavia, percebe-se, com cada vez mais freqüência, que tais contratos, amparados sob o manto protetor da autonomia da vontade, tentam, de alguma forma, ocultar a verdadeira intenção de dominar o mercado econômico, em afronta direta ao ordenamento jurídico pátrio.

Partindo dessa premissa, o presente artigo tem como finalidade precípua discutir a inserção da cláusula de exclusividade no contexto da legislação antitruste brasileira. De início, tem-se uma abordagem clássica da autonomia da vontade e da teoria geral dos contratos. Mais adiante, verifica-se que a abrangência dessa autonomia, ao longo dos tempos, sofreu algumas mitigações, inclusive no que pertine às relações entre empresas.

2 AUTONOMIA DA VONTADE: A CLÁSSICA EXPRESSÃO DOS CONTRATOS

Consoante a doutrina clássica, o contrato constitui o melhor meio de expressar as intenções e desejos das partes em um acordo, uma vez que para sua celebração é indispensável a manifestação inequívoca dos contratantes. Dessa forma, como preleciona Maria Helena Diniz (2008), o contrato, por ser uma categoria de negócio jurídico, em regra bilateral ou plurilateral, nasce quando as vontades das partes se encontram no sentido de regular seus interesses particulares.

A criação de direitos e obrigações por meio da simples vontade é inata ao ser humano. No entanto, foi com o direito canônico, cujo fundamento era a espiritualidade cristã, que a palavra ganhou força normativa, materializando-se na obrigatoriedade das promessas, possibilitando que o consentimento das partes promovesse a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e obrigações correspondentes (RIZZARDO, 2006).

Os filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa, especialmente os chamados enciclopedistas, promoveram um grande avanço da teoria da vontade. E, posteriormente, o Código Civil francês, com nítida influência



do *Corpus Juris Civilis*, consolidou essas idéias, preceituando no Art. 1.134 que as convenções constituíam lei entre as partes contratantes – “*pacta sunt servanda*” –, esboçando o conceito mais perfeito e mais natural de justiça, decorrente do livre arbítrio humano.

A idéia de liberdade, no entanto, veio a atingir a máxima concretização e materialização com o advento da Revolução Industrial no século XIX, uma vez que, para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das novéis técnicas de mercado, fazia-se imprescindível ampla liberdade contratual. Na realidade, conforme salienta Ferreira (2007), a transformação paulatina dos Estados agrários em Estados industriais e comerciais ocorreu graças aos pensamentos liberais, que mostravam a sociedade como sendo formada, fundamentalmente, por sujeitos livres e iguais e, portanto, aptos para expressar seus desejos e vontades por meio da palavra.

Ao tratar desse tema, Arnoldo Wald (1994) realça a importância do contrato e, consequentemente da liberdade volitiva, para a economia capitalista. O contrato constituiu o instrumento eficaz para o nascedouro do capitalismo, possibilitando a circulação de riquezas, a estruturação das sociedades anônimas, bem como contribuindo para as grandes concentrações de capital. Com o mesmo entendimento, Orlando Gomes (1998) esclarece que essas concentrações só foram viabilizadas por que, à época da consolidação do regime capitalista de produção, o contrato tinha conotação puramente individualista.

2.1 Limitações ao princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade, enquanto princípio máximo do direito contratual, compreende duas importantes vertentes: a liberdade contratual e a liberdade de contratar. Esta faz referência imediata à celebração ou não do acordo, isto é, se e quando o pacto irá ocorrer, e quais são as partes envolvidas. Por outro lado, a liberdade contratual diz respeito ao conteúdo da avença, consistindo, portanto, na liberdade de estipular, da forma como desejarem, as cláusulas que disciplinarão os interesses dos contratantes (DINIZ, 2008).

Todavia, como tem se posicionado os doutrinadores, essa liberdade não é plena, absoluta e irrestrita. Os interesses privados estão subordinados ao interesse coletivo. É necessário que a vontade particular esteja adstrita ao direito que as demais pessoas têm à parcela de liberdade que lhe é correspondente, bem como aos valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito, tais como a igualdade, a democracia, a solidariedade e a segurança (SARMENTO, 2006). Convenções que sejam contrárias à ordem pública ou aos bons costumes carecem de respaldo jurídico. Assim, repisa enfaticamente Maria Helena Diniz (2008), asseverando que os caprichos e desejos dos contratantes ficam sujeitos às normas de ordem pública, em que prevalecem os interesses da coletividade, e aos bons costumes.

Entende-se que a atuação do Estado, enquanto ente soberano, deve se posicionar na tutela dos economicamente mais frágeis e coordenar, por meio de políticas públicas, os diversos setores da vida econômico-social. Portanto, verifica-se uma inevitável ingerência estatal no conteúdo dos contratos privados, restringindo a autonomia da vontade das partes em auto-regular suas relações obrigacionais,



a fim de proteger a liberdade alheia às partes e proteger a paz jurídica de toda a sociedade (SARMENTO, 2006). É o que se entende por dirigismo contratual, que se materializa com o advento de normas imperativas, limitadoras da autonomia individual, mas promotoras da defesa do interesse coletivo. Obtemperando a progressiva intervenção do Estado nas relações privadas, Orlando Gomes (1977, p. 161) profetisa:

Num crescendo que parece irrefreável, aumentam as disposições imperativas no regime legal dos contratos e diminuem os preceitos dispositivos ou supletivos, de tal sorte que muitos temem a socialização dos contratos [...] e sua constante adaptação às circunstâncias econômicas cambiantes.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 e, em 2002, o Código Civil (art. 421, CC), solidificaram a função social do contrato como princípio norteador das relações particulares. Em outra passagem, Orlando Gomes (1986) enfatiza a inserção dos institutos de Direito Privado nas constituições, em que se encontram as proposições que lhes regem, ou seja, os princípios e dogmas essenciais para a correta e justa aplicação das normas jurídicas. É necessário, portanto, que o contrato apresente alguma utilidade social, além de não afrontar as normas de ordem pública e os bons costumes.

Assim, não há, de fato, uma eliminação total da autonomia da vontade, mas, tão-somente uma atenuação de seu alcance, uma limitação de seus efeitos. Visa-se, portanto, que os interesses dos contratantes não colidam com os interesses metaindividuais, e que haja uma constante procura por conciliar os interesses das partes com os da sociedade. Mancebo (2005), na esteira de Vicente Ráo, sintetiza que esses interesses, aparentemente tão díspares, são plenamente harmonizáveis quando as normas jurídicas são aplicadas considerando-se as necessidades e aspirações humanas, haja vista o indivíduo estar sempre convivendo com seu grupo.

Por outro lado, seguindo o pensamento de Kelsen (2000, p. 32-33), há, necessariamente, divergências entre interesse particular e coletivo, e este sempre prevalece, já que a idéia de ordem está representada no poder do Estado, *in verbis*:

A discordância entre a vontade do indivíduo, ponto de partida da exigência de liberdade, e a ordem estatal, que se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, é inevitável. [...] A liberdade do indivíduo, a qual, em última análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano.

Nesse contexto de interferência estatal nas relações de natureza privada,



a vontade negocial só estaria, em princípio, limitada às normas de ordem pública e aos bons costumes. No entanto, observa-se que há também fatores de ordem econômica influenciando e delimitando a autonomia da vontade. Na realidade, a livre iniciativa, enquanto princípio constitucional e elemento propulsor da economia, não é dotada de total amplitude ou ilimitada. Assim, o Estado, através das normas jurídicas, deve atuar protegendo os mais fragilizados economicamente, numa espécie de compensação (PEREIRA, 2006). Verifica-se, portanto, uma atuação progressiva de forças jurídicas, políticas e econômicas no instituto do contrato, retirando-lhe parte de seu caráter individualista e conferindo-lhe significativo aspecto social (FERREIRA, 2007).

3 O MERCADO ECONÔMICO HODIERNO

A atual conjuntura econômica é marcada, sobretudo, pela globalização. A interação – cada vez mais profunda e dinâmica – dos mercados influi determinadamente no fortalecimento do capital, promovendo o desenvolvimento das técnicas de produção e, como conseqüência, podendo resultar em eficiência econômica que aumente o bem-estar do consumidor.

Todavia, como ressalva Eros Roberto Grau (2007), a globalização, por ser essencialmente financeira, termina comprometendo a liberdade, gerando exclusão social, competição desarrazoada entre os indivíduos e extinção dos serviços públicos. Na mesma direção, Paulo Bonavides (2004) energicamente sumariza que a globalização econômica recolocou o capitalismo na selva, em que os gigantes da economia mundial detêm a superioridade e saem com vantagens nesse jogo ainda sem regras.

De um lado, com o intenso processo de internacionalização da economia, o Estado perde significativa capacidade de exercer o controle interno e externo, uma vez que o capital torna-se mais volátil e facilmente transita para os mais diversos lugares, proporcionando o desencadeamento de crises financeiras, que desestruturam a economia (FARIA, 1998).

Em contrapartida, para que o mercado esteja em equilíbrio e se desenvolva satisfatoriamente, gerando eficiência, é necessário que ele esteja imerso numa atmosfera de estabilidade e harmonia econômica. Os participantes do mercado precisam, portanto, concorrer com um mínimo de igualdade de oportunidades (SALOMÃO FILHO, 2000), devendo, assim, haver severa repressão ao abuso de poder econômico, que compreende uma violenta afronta à função social das atividades empresariais, pois o titular dessa posição dominante atua controlando os preços de um determinado produto em uma localidade, restringindo a liberdade de iniciativa e a concorrência.

Consoante os ensinamentos de Eros Grau (2007), o abuso de poder econômico não é somente um mero componente da realidade social, mas, especialmente, um elemento institucionalizado com força constitucional, expressamente previsto no Art.173, §4º, CF. Corroborando com esse posicionamento, André Ramos Tavares (2003) complementa, realçando a necessidade de se estabelecer a devida punição, através de legislação extravagante, para aqueles que



comprometem o equilíbrio no mercado, utilizando-se de sua força econômica.

Logo, percebe-se que o abuso de poder econômico se revela em um regime de anormalidade concorrencial, de modo que o titular da posição dominante apropria-se de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em uma situação normal (BRUNA, 2000).

3.1 Concorrência perfeita, economia de mercado e princípios da ordem econômica

Em meados do século XVIII, tinha-se claramente a idéia de que o mercado se regularia de forma perfeita e automática, sem a participação do Estado, havendo tão-somente o equilíbrio entre a oferta de bens e serviços e sua procura pelos consumidores ávidos em satisfazer suas necessidades e desejos. Nesse sentido, a doutrina liberal, apoiada nessa idéia do Liberalismo Econômico, sintetizada pela expressão "*laissez faire, laissez passer*", afirmava preempitoriamente que a livre concorrência, de forma autônoma, geraria variedade de produtos, aumentaria sua qualidade e reduziria seus preços (BARROSO, 2002). Portanto, a noção de mercado perfeito, equilibrado e eficiente seria concretizada simplesmente com a máxima liberdade de atuar no mercado. Caracterizando essa idéia inalcançável e inatingível, Petter (2005) sumariamente ensina que nesse modelo de concorrência perfeita há uma pulverização do mercado, grande substitutividade de produtos e liberdade de iniciativa, e existem muitos vendedores e muitos compradores, de modo que nenhum é capaz de, isoladamente, exercer influência sobre os demais e dominar o mercado.

Todavia, a realidade é marcada por monopólios, oligopólios e, em diversos casos, total ausência de concorrência, divergindo profundamente do modelo da perfeição. Na realidade, a livre concorrência plena é um ideal difícil de ser atingido, uma vez que seus principais requisitos são impraticáveis, ou seja, os produtos não são homogêneos ou facilmente substituíveis, nem há informação completa dos agentes econômicos (SALOMÃO FILHO, 1998).

Após o advento do Neoliberalismo, que procurou restaurar certas idéias e posições liberais dos séculos precedentes, chegou-se à conclusão de que somente a força coercitiva e intimidadora do Estado, na direção de preservar os princípios basilares, poderia regular o mercado e garantir o equilíbrio econômico (CARVALHO, 2006), pois a ele cabe guardar esses preceitos fundamentais e atingir o interesse comum.

3.1.1 Ordem econômica constitucional

A Carta Maior de 1988 expressamente delinea que a livre concorrência é princípio da ordem econômica (art. 170, IV, CF) e que o abuso do poder econômico deve ser coibido pela lei (art. 173, § 4º, CF). Portanto, o atuar do Poder Público sobre a esfera econômica deve pautar-se no sentido de legitimar o Estado Democrático de Direito, minimizando os efeitos das arbitrariedades individuais existentes nas atividades empresariais (SILVA, 2006) e da típica inclinação à concentração de mercados presente no sistema capitalista.



Por outro lado, como salienta Eros Grau (1993), o princípio de liberdade de concorrência deve ser sopesado com o princípio da livre iniciativa – é a liberdade de obter lucro por meio da liberdade de comércio e indústria sendo moldada e suavizada pela repressão ao abuso do poder econômico e pelo direito à livre concorrência. Miguel Reale (1992), por sua vez, salienta que, embora diferentes, ambos os princípios se complementam. A livre iniciativa revela a liberdade individual, a livre escolha das atividades econômicas e, tem a si vinculada, a idéia de desigualdade, haja vista que cada participante do mercado terá sua maneira própria de agir. A livre concorrência, por sua vez, relaciona-se com a disputa pela clientela seguindo as próprias regras do mercado econômico, de modo que a ingerência estatal só seria possível para coibir abusos e preservar a liberdade de concorrer.

Assim, conforme acurado pensamento de José Afonso da Silva (2006), a Constituição trouxe uma série de princípios, dentre eles a defesa do consumidor e do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e pessoais, que manifestam a preocupação por justiça social, de modo a trazer um pouco de humanidade ao capitalismo. Logo, a Carta Maior não afasta absolutamente o sistema capitalista de produção, mas procura temperá-lo, moldá-lo com os ditames da justiça social e da solidariedade (SARMENTO, 2006).

Corroborando com esse posicionamento, Luís Roberto Barroso (2002), ao tratar da ordem econômica constitucional ensina que o princípio da livre concorrência é corolário imediato da liberdade de iniciativa e revela a escolha constitucional por uma economia de mercado, sem olvidar os aspectos de justiça e bem-estar social, trazidos a lume pelo Constituinte.

3.2 Violações à livre concorrência

A tutela da livre concorrência passa, de sobremaneira, pela análise dos atos de concentração, isto é, condutas que promovem a redução de disputas no mercado econômico, como a estipulação de preços predatórios, a prática de cartéis e outros acordos, frente aos princípios constitucionais. Assim, alguns pactos entre empresas podem vir a ser considerados práticas concentracionistas, haja vista que promovem o aumento do poder econômico desses contratantes, resultando em uma vantagem indevida sobre os demais competidores (FORGIONI, 2005).

O capítulo II da Lei Antitruste traz um rol exemplificativo de infrações à ordem econômica, que compreende as hipóteses de violação mais frequentemente observadas no mercado. Em uma visualização superficial, são fundamentalmente quatro as infrações previstas no art. 20 da Lei 8.884/1994 visando tão-somente à repressão do abuso do poder econômico, seja através da dominação de mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros ou outras práticas danosas (SILVA, 2007). No entanto, além dessas infrações gerais, o art. 21 da referida lei mostra, de forma exaustiva, embora não taxativa, diversas outras condutas caracterizadas como infração à ordem econômica que podem ser encaixadas nos tipos básicos e tentam abarcar todas as possibilidades de violações à livre concorrência.

É habitual a subdivisão das condutas anticompetitivas em horizontais, verticais e conglomeradas, considerando a forma de restrição à concorrência e o



modo como aparecem no mercado. Diz-se horizontal, a prática que procura minimizar ao máximo a concorrência em um mesmo nível de mercado, por meio de acordos de preços, cartéis ou pactos entre empresas e entre associações profissionais. Tais acordos se relacionam, sobretudo, ao preço, qualidade e quantidade de produtos, e objetivam a elevação do poder de mercado, isto é, a criação de condições favoráveis ao exercício do poder econômico sobre determinada parcela do mercado. As práticas verticais, por sua vez, estão presentes nas relações entre fornecedores e vendedores, no decorrer da cadeia produtiva, e compreendem a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais, os acordos de exclusividade, a venda casada, dentre outras práticas abusivas. Assim, os agentes econômicos envolvidos atuam no processo produtivo ou na distribuição de produtos. Por fim, as condutas conglomeradas são aquelas que não se enquadram nas práticas anteriores, uma vez que os agentes econômicos envolvidos atuam em mercados totalmente diferentes (FORGIONI, 2005).

É de grande importância ressaltar que essas condutas de concentração, em si próprias, não geram efeitos danosos à economia, uma vez que possibilitam a redução de riscos e custos, tornando as empresas mais sólidas e aptas a competir no mercado. Contudo, tais práticas quando abusivas e erroneamente utilizadas corroboram de forma considerável para a concentração do mercado e, conseqüentemente, geram ineficiência, prejudicando os agentes econômicos, os consumidores e a economia em geral. Nessa perspectiva, tais condutas nocivas à ordem econômica devem ser submetidas à apreciação dos órgãos de controle da concorrência (art. 54, Lei Antitruste), a saber: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), que, conjuntamente, desempenham funções específicas para a efetiva defesa da concorrência.

Em diversos julgados, os tribunais têm atentado para a situação da ordem econômica hodierna¹, sob o prisma dos dispositivos constitucionais, enfatizando

¹ A título de exemplo, jurisprudência do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Medida Cautelar nº. 2000.01.00.000454-3/DF. 5T. Relator Des. Selena Maria de Almeida. J. 22/10/2001. DJ. 09/04/2002. p. 265: DIREITO ECONÔMICO. VENDA CASADA E CRIAÇÃO ILEGÍTIMA DE DIFICULDADE A CONCORRENTE. FORNECIMENTO DE TONERS E REVELADORES. MULTA DO CADE. ART. 3º, INCISO VIII DA LEI 8.158/91. ART. 2º, I, G, DA LEI 4.137/62. ART. 173, § 4º, DA CF/88. 1. Consideram-se formas de abuso econômico: dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa (art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62). 2. Constitui infração à ordem econômica qualquer conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, tais como: subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de outro ou à aquisição de um bem (art. 3º da Lei 8.158/91). 3. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observa o princípio da livre concorrência (CF, art. 170). 4. A lei reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, CF/88). 5. Não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça o seu papel no mercado. 6. Tendo sido praticados centenas de condutas antijudiciais na vigência das Leis 4.137/62, 8.158/91 e 8884/94, incidem todas as normas protetoras da livre concorrência. 7. A decisão administrativa apontou que, por meio de prática abusiva de venda casada, a XEROX dificultou a instalação de novos concorrentes



a participação dos órgãos de controle da concorrência, bem como a necessidade premente de reprimir as diversas atitudes anticompetitivas no mercado, conforme as diretrizes legais. Nesse diapasão, é fundamental reafirmar a finalidade da legislação antitruste brasileira no sentido de garantir a livre competição entre os diversos agentes econômicos, e não proteger apenas os interesses individuais desses competidores.

4 EXCLUSIVIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA

As cláusulas de exclusividade são comumente encontradas nos acordos e revelam a intenção das partes contratantes em não celebrar o mesmo tipo de negócio com terceiros. Logo, no mercado econômico todas as empresas serão, de alguma maneira, direta ou indiretamente, afetadas por essa restrição, pois as que se beneficiaram com o pacto restritivo ficarão impossibilitadas de contratar com as demais (SALOMÃO FILHO, 2006).

Como visto alhures, não se pode conceder liberdade plena, absoluta e irrestrita à vontade dos pactuantes, haja vista a necessidade de ordem pública em proteger os economicamente hipossuficientes. Por outro lado, verifica-se que a exclusividade é, em algumas situações, importante para o mercado econômico, uma vez que fortalece as empresas, tornando-as mais competitivas e aptas a permanecerem na luta pela clientela.

Analisando o caso do possível conluio entre as emissoras de televisão e os clubes de futebol na transmissão dos jogos do campeonato brasileiro², o Conselheiro do CADE Celso Fernandes Campilongo (2001) assim se posicionou:

Restrições contratuais, baseadas em cláusulas de exclusividade, tanto podem ser usadas para sustentar conduta anticompetitiva e o abuso de poder econômico quanto para justificar melhoras e eficiências na prestação do serviço acordado. O instituto da exclusividade surge como uma técnica de organização do mercado e das atividades comerciais, cuja finalidade é assegurar a obrigação assumida por uma das partes ou ambas, de contratar somente com

no mercado, ameaçando a sobrevivência das pequenas e médias empresas regionais que procuravam disputar parcela do mercado de toner, fotoreceptor e revelador. 8. O poder econômico, em si, não é *contra legem*, o exercício do poder econômico com o fim de sua preservação ou manutenção de posição no mercado não é ilegal; o será se for exercido abusivamente, nos termos antes definidos na legislação de regência. 9. Ação cautelar improcedente.

² Processo Administrativo nº. 08012.006504/97-11, o CADE apura uma possível formação de cartel pelo Clube dos Treze e pelas emissoras de TV e existência de cláusula de exclusividade imposta nas transmissões dos jogos. Segundo o Parecer da SDE, emitido em abril/2008, a Rede Globo cometeu infração à ordem econômica, ao desempenhar participação efetiva na negociação dos jogos, abusando do seu poder de mercado, em detrimento da livre concorrência.



a outra, no tocante a determinado bem ou serviço. De fato, a exclusividade é fator que aponta para o conteúdo monopolístico de determinadas transações comerciais.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que, em tese, os pactos de exclusividade são contrários aos princípios que regem a economia de mercado, limitando a concorrência, prejudicando o desenvolvimento natural dos agentes econômicos. A exclusividade constitui, portanto, um elemento caracterizador do abuso de poder econômico, haja vista que promove a existência de um capitalismo sem riscos, dando ensejo a realização de transações no mercado com mais segurança jurídica e econômica para os contratantes (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 455).

No entanto, em determinados casos, a existência da exclusividade é condição imprescindível para a organização e racionalização dos produtos no mercado, uma vez que, unidas, as empresas obterão os requisitos necessários para comercializar seus produtos e competir no mercado. Logo, nessa situação específica, a exclusividade atua como instrumento fomentador da concorrência, proporcionando maior interação e competitividade entre as empresas.

Paula Forgioni (2005), sintetizando esse raciocínio, elenca, genericamente, algumas possíveis vantagens advindas de práticas concentracionistas, a saber: incremento do maquinário e do processo técnico, redução de gastos, diminuição dos riscos no processo de produção e na obtenção de capitais líquidos, além do fortalecimento das empresas frente a seus fornecedores e em relação ao Estado. Assim, verifica-se que tais benefícios têm notável importância econômica, de modo que há melhor planejamento de custos e investimentos, e garantia de previsibilidade de mercado por um tempo determinado.

Desse modo, é necessário ponderar os efeitos negativos e positivos da exclusividade sobre o mercado. Para tanto, é de suma importância determinar a parcela do mercado em que atuam os agentes econômicos, a fim de que se chegue a alguma conclusão acerca de prejuízo para a concorrência. Ou, em outras palavras, é necessário a delimitação do mercado relevante, isto é, do mercado pertinente a cada situação específica (BRUNA, 2001). Portanto, deve-se verificar quais são os produtos envolvidos (fator material), quem são os consumidores e os fornecedores e onde eles atuam (fator geográfico), uma vez que a legislação antitruste brasileira apenas considera ilícitas aquelas condutas que trazem efetivo prejuízo à concorrência, possibilitando sua exclusão total ou parcial.

Enfim, apoiando-se em Siqueira, o referido conselheiro do CADE (Processo Administrativo nº. 08012.006504/97-11), conclui afirmando que é imprescindível verificar a razoabilidade econômica da conduta e assevera que há quatro requisitos para a cláusula de exclusividade ser válida: 1) o acordo precisa contribuir para melhorar a produção e diversificação de produtos, e proporcionar progresso técnico e econômico; 2) o consumidor tem de auferir vantagens razoáveis (diminuição de preço, melhor qualidade de produtos, maior variabilidade); 3) a restrição deve ser indispensável para a concretização dos objetivos almejados pelo contrato; e 4) não se pode excluir parcela importante do mercado. Logo, se o acordo de exclusividade



não trazer possibilidade de excluir a concorrência, não deve ser considerado um ato contrário à ordem econômica.

É necessário, portanto, antes de tudo, sopesar os eventuais prejuízos à livre concorrência³ com as potenciais eficiências para o mercado, tendo sempre como prisma o interesse público, a fim de se poder caracterizar uma conduta predatória. Assim, deve-se utilizar a razoabilidade – a regra da razão –, perquirindo-se a real necessidade da cláusula de exclusividade, frente aos efeitos, nocivos ou benéficos, no mercado econômico.

5 CONCLUSÕES

A autonomia da vontade, enquanto autêntica expressão da liberdade, tem bastante força na seara das relações particulares, equiparando-se às leis. Entretanto, verifica-se que essa liberdade não pode ser ilimitada, sendo fundamental a atuação do Estado em proteger os que se encontram em situação de vulnerabilidade.

No campo das relações empresariais, é fato que os contratos foram imprescindíveis para a consolidação do sistema capitalista e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da economia de mercado. Todavia, não se pode olvidar que, na conjuntura econômica atual, marcada, sobretudo pela globalização, a atuação do Estado deve ser mais incisiva no sentido de proteger os interesses da coletividade, tendo como norte os princípios constitucionais.

As cláusulas de exclusividade presentes em alguns contratos empresariais são, *a priori*, contrárias ao ordenamento jurídico, pois impedem a livre concorrência e a progressão natural do mercado. No entanto, os efeitos de tais restrições podem ser positivos, possibilitando que as empresas reúnam melhores condições de competir no mercado. Assim, somente com a análise do caso concreto, ponderando-se os resultados no mercado econômico, é que se pode afirmar se o pacto de exclusividade é ou não lícito.

Em suma, a ingerência do Estado na autonomia da vontade individual, possibilitando a quebra dos contratos, poderia ser, em uma análise meramente superficial, considerada desarrazoada e arbitrária. No entanto, quando for verificada a abusividade da cláusula de exclusividade, trazendo prejuízos para o mercado, a interferência estatal é permitida, haja vista que a harmonia do mercado é de interesse coletivo, não podendo ficar subordinada irrestritamente aos desejos de alguns.

³ Na prática, a verificação desses efeitos ocorrerá *in casu*. Somente com a determinação do mercado relevante e análise pormenorizada de todos os aspectos econômicos, jurídicos e políticos, poder-se-á confirmar se haverá ou não danos ao mercado econômico. Em diversas situações, o CADE constatou que não há efeito predatório para a livre concorrência. E, dessa forma, a cláusula de exclusividade é válida, como por exemplo, na averiguação de denúncia de abuso de posição dominante contra a Companhia Cervejaria Brahma (Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55, Relator: Conselheiro Ruy Santacruz), e também na análise do mercado relevante mundial e nacional de sistemas de climatização de interiores de veículos (Ato de Concentração nº 08012.003604/2000-18, Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto).



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 14, p. 3-28, jun./ago. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Chandre de Araújo Costa e Rede Globo, Bandeirante, TVA e CBF. Processo Administrativo nº. 08012.006504/97-11, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Voto. 3 out. 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_Processo001.pdf>. Acesso em 20 set. 2008.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, José Eduardo. O debate sobre a reforma constitucional. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 ago. 1998

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Orlando. A agonia do direito civil. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**. v. 10, 1986.



_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Procedimento jurídico do estado interventivo. In: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, 4/1993, São Paulo, Malheiros.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipalla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEREIRA, Camila Suriane; FERNANDES, Louise Santos. A evolução da tipologia contratual e a constitucionalização do direito civil: o conceito pós-moderno de contrato. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, n. 20, p. 21-36, jul./dez. 2006.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. O plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: _____. **Temas de direito positivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos



concorrenciais. In: BUENO, Hamilton; MARINS, Sandro G. (coords.). **Representação comercial e distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 444-468.

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

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 221-253.

SILVA, Célio Alexandre Porta da; OLIVEIRA, Gleick Meira. Livre concorrência. **Revista Direito e Liberdade**. v. 5. n. 1. Mossoró: ESMARN, 2007. p. 215-227.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo, Sugestão Literária, 1994.

WILL AUTONOMY *VERSUS* COMPETITION FREE: A STUDY ABOUT EXCLUSIVINESS CLAUSE IN BRASILIAN ECONOMIC-LEGAL SCENARIO

ABSTRACT

The contracts have as main basis the autonomy of the will. Initially, there is full freedom to contract rights and obligations by means of the word. However, the individual will cannot go of meeting to the order public norms and morals rules. The regulation of contracts appears to protect the collective interests. About economic relations, the contract made possible the consolidation of the capitalism, enabling capital concentration and agreements between companies. The globalization phenomenon and the principles brought for the Federal Constitution had modified



the economic market substantially. The exclusiveness clauses appeared in contracts can produce positive or negative effects for the economy, because they can result in an extinguishing of the competition, behavior forbidden for the legal system. Just analyzing these effects, it is possible to affirm if the restrictions are illegal or not.

Keywords: Will autonomy. Exclusiveness. Competition free.

Artigo finalizado em outubro de 2008.

