

Atualidades

VENDA DE VEÍCULOS NOVOS ATRAVÉS DA INTERNET: REFLEXOS NO CAMPO DA EXCLUSIVIDADE INERENTE À CONCESSÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

MARCEL QUEIROZ LINHARES

1. Introdução: importância e delimitação do tema. 2. O Estado regulador. 3. A tutela da concorrência por meio da intervenção do Estado na economia. 4. Os papéis das normas antitruste. 5. O regime jurídico da livre concorrência. 6. A concessão de veículos automotores. 7. A comercialização de veículos automotores através da Internet. 8. Reflexos no campo da exclusividade em face do concedente. 9. Reflexos no campo da exclusividade em face dos demais concessionários. 10. Conclusão.

1. Introdução: importância e delimitação do tema

Dentre as inúmeras transformações que a Internet vem promovendo na sociedade contemporânea assume particular interesse a revolução que este sistema tem ensejado em face dos instrumentos tradicionais de comercialização de produtos. Novas oportunidades surgiram e muitas ainda se apresentarão, o que demandará uma revisão nas regras tradicionais referentes à produção, venda e distribuição de mercadorias. Vale recordar, por exemplo, que a Internet permite ao consumidor escolher junto aos fornecedores de todo o país e até mesmo do Exterior os produtos que deseja adquirir, obtendo acesso a informações sobre os preços praticados no mercado.

O fenômeno repete-se no campo da comercialização de veículos novos. Surgem inúmeros *sites* que oferecem serviços relacionados à venda de automóveis, seja prestando informações a respeito de mo-

delos, equipamentos, preços e disponibilidade em estoque para pronta entrega, seja recebendo pedidos de compra *on line*, que são repassados às concessionárias que possuem o automóvel solicitado pelo consumidor.

Ocorre que o regime jurídico atinente à concessão de veículos automotores, definido pela Lei 6.729, de 1979, a denominada “Lei Ferrari”, contém regras que podem obstar a algumas das modalidades de comercialização pela Internet que atualmente se apresentam. Assim, e por exemplo, a concessão de automóveis é marcada pela cláusula de exclusividade. De um lado, isto significa dizer que a comercialização de veículos novos é, em regra, reservada à rede de distribuidores, não cabendo tal faculdade aos fabricantes. De outro lado, a exclusividade também se refere ao direito da concessionária de se insurgir contra a venda de veículos realizada pelas demais concessionárias a consumidor domiciliado na área reservada àquela.

Quanto ao tema vale recordar matéria publicada no jornal *Gazeta Mercantil*¹ em que se destacou a preocupação das concessionárias, manifestada no X Congresso da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores – Fenabrave, a respeito do impacto que as vendas de automóveis pela Internet já estão promovendo no campo da proteção territorial daquelas revendedoras.

O que se pretende é exatamente verificar em que medida tais serviços podem eventualmente configurar ofensa à aludida cláusula de exclusividade. Todavia, a questão não pode ser integralmente compreendida apenas em face dos dispositivos da Lei Ferrari. Também os princípios constitucionais relacionados à atividade econômica, bem como as regras constantes da Lei 8.884, de 1994, que previnem e reprimem as infrações à ordem econômica, devem ser tomados em conta.

Com esta finalidade, primeiramente o presente estudo enfrentará algumas questões relacionadas à regulação do mercado por parte do Estado, já que as normas relativas à liberdade de concorrência são instrumentos de que este se vale para desempenhar tal papel. Também se observará que as regras da defesa da concorrência assumem diversas funções, de acordo com a orientação constitucionalmente assumida no campo econômico em determinado momento, destacando-se as peculiaridades inerentes ao regime jurídico da livre concorrência tal como configurado pela Constituição Brasileira de 1988. Após tais considerações poderá ser enfrentada a questão da exclusividade na venda de veículos automotores, bem como dos reflexos que eventualmente a venda por meio da Internet possa ensejar neste campo.

2. O Estado regulador

A estipulação, por parte do Estado, de parâmetros de conduta oponíveis aos agen-

tes do mercado está intimamente ligada à noção de Estado-programador ou conformador da vida social. No campo econômico tal poder regulador manifesta-se através da imposição aos particulares de normas gerais ou de condutas específicas que restringem ou condicionam as decisões a serem tomadas pelos agentes do mercado no curso de suas atividades.² Nestas situações, a regulação econômica refere-se principalmente à fixação de condições para a entrada e saída dos agentes econômicos em determinada atividade, bem como às condições em que tal atividade se desenvolve – vale dizer, refere-se às decisões envolvendo o *quantum* de produção, as zonas ou mercados em que cada empresa atua, os preços ou retribuições que são recebidos em remuneração pela prestação da atividade etc.³

Quanto ao âmbito do presente tema,⁴ Eduardo J. Rodrigues Chirillo observa que, no que se refere à imposição de regras de

2. Também se pode aludir a *regulação econômica* no sentido de intervenção direta do Estado, ou seja, na condição de agente econômico, o que se dá quando este evoca para si o desempenho de tarefas de natureza econômica, assumindo atividades de cunho empresarial. Por isso, Fernando Herren Aguillar faz distinção entre as figuras da concentração regulatória (a) normativa e (b) operacional para distinguir as situações em que o Estado apenas fixa normas que pautarão a conduta dos agentes econômicos (letra “a”) daquelas outras em que o Estado atua diretamente na condição de empresário (letra “b”) (*Control Social de Servicios Públicos*, pp. 211-212). Distinção semelhante, ainda que sem se reportar à aludida nomenclatura, faz Eduardo J. Rodrigues Chirillo, referindo-se a Argadoña (*La Privatización de la Empresa Pública y Post-Privatización*, p. 449). Como já se antevê, tem interesse para o presente estudo apenas a regulação econômica destinada a impor balizas à atuação dos agentes que atuam no campo econômico, vez que a atuação direta do Estado-empresário não guarda pertinência com o tema ora enfrentado.

3. Eduardo J. Rodrigues Chirillo, ob. cit., p. 97.

4. Vale desde já observar que será abordada tão-somente a regulação das atividades submetidas ao regime de mercado, ou seja, à esfera das atividades econômicas em sentido estrito, desconsiderando-se, por impertinentes, questões atinentes ao controle e fiscalização de serviços públicos.

comportamento aos agentes econômicos, a atividade reguladora do Estado no domínio econômico deverá ser *conforme ao mercado* e observar o *princípio da subsidiariedade da atuação estatal*.⁵

Chirillo destaca que a intervenção estatal será *conforme ao mercado* quando atender aos princípios fixados na constituição econômica baseada em uma economia de mercado. Já, ao revés, serão desconformes as intervenções que puserem em perigo os fundamentos do regime liberal, inerentes ao sistema de mercado, alterando artificialmente a mecânica da formação dos preços e da concorrência. Em outras palavras, a intervenção estatal deverá atender ao princípio da livre concorrência, de forma a tornar mais efetiva tal liberdade. O princípio refere-se – como destaca o mencionado autor – à situação em que “qualquer sujeito pode livremente, em igual condição legal que seus competidores e em qualquer mercado, iniciar o exercício de uma atividade econômica, fixando livremente os preços e as circunstâncias de exercício daquela atividade”.⁶

Isto porque – como observa Chirillo – é por meio da competição múltipla e rival que se obtêm a melhor rentabilidade dos investimentos realizados, a incorporação de mudanças tecnológicas, bem como o atendimento dos interesses dos consumidores, já que um mercado livre garante preços mais ajustados aos bens produzidos. Portanto, através da regulação econômica o Estado deverá atuar na promoção e proteção da concorrência, o que fará afastando acordos conlusórios, monopolísticos ou abusivos,⁷ de forma a proteger os interesses dos consumidores nas situações em que a concorrência seja de difícil ou impossível verificação. Em suma, a função reguladora de um Estado fundado na economia de mercado deverá ser desempenhada de modo a incrementar a concorrência sempre

que seja possível, mas nunca pretendendo substituir o próprio mercado.⁸

De outro lado, pode-se dizer que tal entendimento é manifestação do *princípio da atuação subsidiária do Estado*, segundo o qual o Estado deve, de um lado, abster-se de desempenhar atividades que os particulares têm condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos e, de outro, também deve fomentar, coordenar, fiscalizar, a iniciativa privada, possibilitando aos particulares sucesso na condução de seus empreendimentos.

Gaspar Ariño Ortiz esclarece que o princípio da subsidiariedade da atuação estatal decorre do fato de que, ainda que se atribua ao Estado a missão de declarar quais os objetivos que deverão ser considerados como de utilidade pública, isto não implica dizer que caiba exclusivamente àquele promover tais interesses. Em verdade, o Estado é um instrumento a serviço da sociedade, cabendo-lhe estimular, coordenar e incrementar a atuação da iniciativa privada.⁹

No campo econômico a subsidiariedade da atuação estatal revela-se em dois planos. De uma parte, o Estado deverá atuar apenas diante da inércia ou ineficiência da iniciativa privada, de forma a corrigir suas deficiências. Por isso, Eduardo J. Rodrigues Chirillo observa que, por imposição do aludido princípio, caberá a atuação do Estado, no sentido de promover uma ordem concorrencial em que a liberdade de empresa não seja eliminada, apenas diante das situações em que a atividade privada seja remissa ou se encontre ausente ou, ainda, não esteja suficientemente protegida contra a manipulação da livre concorrência.¹⁰

De outra parte, tal subsidiariedade também deverá ser observada quanto à intensidade da medida interventiva necessária à satisfação do interesse visado. O princípio exige que a atuação estatal adote o

5. Ob. cit., pp. 449 e ss.

6. Chirillo, ob. cit., pp. 465-466.

7. Chirillo, ob. cit., p. 461.

8. Idem, pp. 449 e ss.

9. Gaspar Ariño Ortiz, *Economía y Estado*, p. 283.

10. Ob. cit., p. 139.

modo menos restritivo à liberdade econômica dos particulares: demanda proporcionalidade no uso dos poderes públicos, de forma que tais medidas sejam adotadas com a intensidade que permita, de um lado, a satisfação do interesse que por meio delas se busca tutelar e, de outro, promover, na medida do possível, a realização da liberdade econômica privada.

Deste protagonismo privado na consecução de fins comuns decorre a atribuição ao Estado da tarefa de proporcionar aos particulares técnicas e promover estímulos que orientem os setores privados da economia, segundo as linhas traçadas em determinado plano. Trata-se do aludido papel programador, por meio do qual ao Estado já não mais interessa tanto assumir o papel de produtor de bens e serviços. Ao revés, este novo Estado busca promover a coordenação e cooperação com as empresas privadas, de forma a estimular a atividade dos particulares e lhes permitindo levar adiante os programas nacionais. Como já se antevê, trata-se de intervenção do Estado no domínio econômico, tal como será melhor observado a seguir.

3. A tutela da concorrência por meio da intervenção do Estado na economia

Javier Viciano observa que, em decorrência das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, os sistemas jurídicos ocidentais adotaram uma corrente de pensamento que proclama, ainda que apenas formalmente, a igualdade e a liberdade dos indivíduos. Todavia, o autor ressalta que tais princípios não são absolutos. E foi exatamente o relativismo destes princípios que propiciou a intervenção estatal na esfera dos direitos e liberdades individuais. Tal intervenção destina-se a evitar os malefícios decorrentes dos abusos dos particulares no exercício de seus direitos e liberdades.

O mencionado autor recorda que o fenômeno se repetiu no plano econômico: de acordo com o entendimento clássico, uma economia de mercado, também fun-

dada na liberdade e na igualdade formais, somente poderia realizar-se em um ambiente de livre concorrência e sem intervenções estatais. Ainda de acordo com este entendimento, a liberdade de acesso ao mercado permitiria a multiplicidade de operadores em um mesmo mercado, que, diante da escassez de bens e de potenciais consumidores dos produtos e serviços, lutariam entre si para obtê-los em benefício próprio e em prejuízo dos demais. Como nesta luta apenas sobreviveriam os melhores, o resultado desta competição seria o progresso econômico e técnico.

Ocorre que a liberdade absoluta revelou-se incapaz de proporcionar uma efetiva igualdade entre os competidores. Vale recordar que o sistema de produção industrial em massa ensejou a saturação dos mercados, que se tornaram incapazes de proporcionar demanda suficiente para o escoamento de tamanha quantidade de bens. Isto acirrou a disputa entre os competidores, que, na luta para vencer seus concorrentes, passaram a se valer de todos os meios disponíveis a fim de garantir sua própria subsistência. E o exercício da liberdade empresarial em condições econômicas difíceis e submetida a desigualdades financeiras ensejou o abuso de poder de mercado, uma maior concentração de poder econômico, uma maior desigualdade e, em consequência, o possível desaparecimento da própria liberdade. Nas palavras de Javier Viciano, recordando Gomes Segade, “pode-se dizer que o regime da liberdade – e, portanto, da livre concorrência – leva em si o germe de sua própria destruição”.¹¹

A fim de evitar tais conseqüências indesejáveis, adotaram-se normas e formaram-se entendimentos jurisprudenciais destinados a garantir a livre concorrência, mantendo o mercado a salvo de formações monopolísticas. Javier Viciano recorda que esta atuação configura verdadeira intervenção estatal na economia, uma vez que mo-

11. Javier Viciano, *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, p. 59.

difica a livre atuação dos operadores no mercado. Porém, adverte que isto não prejudica a liberdade de empresa, já que tem por finalidade exatamente manter as regras do mercado, de forma a garantir a liberdade e a igualdade dos operadores econômicos. O que se pretende é evitar a tendência de todo sistema de livre concorrência de eliminar a competição por meio de acordos entre empresas, abuso de poder econômico e de práticas monopolísticas. Busca-se restaurar as condições ideais de mercado, vale dizer, a multiplicidade de operadores, a liberdade de acesso, a competência pelo esforço despendido.¹²

Todavia, vale destacar que as normas antitruste não se prestam a tutelar apenas o direito de liberdade empresarial. Também outros papéis são conferidos a tais regras, de acordo com a orientação constitucionalmente assumida no campo da atividade econômica, como se observará adiante.

4. *Os papéis das normas antitruste*

A garantia de efetiva liberdade e, em certa medida, de igualdade no campo econômico foi a primeira função desempenhada pelas normas antitruste. Todavia, as funções atribuídas a esta disciplina sofreram evolução, como observa Javier Viciano.¹³ De fato, as intervenções do Estado na economia, baseadas na constatação da inexistência de um sistema de concorrência perfeita, já não mais atuam apenas como instrumento de tutela da liberdade empresarial. Busca-se, igualmente, instaurar uma ordem público-econômica e alcançar um interesse geral, informado por objetivos de ordem político-econômica e político-social, tais como o incremento da oferta de emprego, a melhoria da qualidade de vida, a promoção do desenvolvimento econômico etc. Dito de outra forma, em muitas situações o objetivo inicial das normas antitruste – ou seja, a liberdade de empresa – cede espaço

diante de novos objetivos também atribuídos às intervenções promovidas pelos poderes públicos na economia.

O autor destaca que é deste multifuncionalismo atribuído às normas antitruste que decorre a adoção de normas que implicam verdadeira eliminação do princípio da livre concorrência, determinado o afastamento da incidência das normas destinadas à defesa do regime concorrencial. Este novo enfoque reconhece que muitas vezes os mecanismos tradicionais de proteção da concorrência não são suficientes para atingir determinados interesses gerais cuja tutela cabe ao Estado, os quais transcendem os meros interesses subjetivos dos operadores de mercado, cristalizados no direito de livre empresa. Disto decorre a possibilidade de que em determinadas circunstâncias o regime jurídico destinado à garantia da liberdade empresarial abra espaço para a incidência de verdadeiras exceções ao aludido regime, destinadas a proporcionar a satisfação dos mencionados interesses gerais.¹⁴

Reconhece-se a ocorrência de exceções ao princípio da livre concorrência. Isto em função da necessidade de satisfação de objetivos outros por parte das normas de intervenção na economia, e não apenas daqueles pertinentes à liberdade de empresa. Sendo assim, Javier Viciano adverte que a correta compreensão dos limites à fixação de tais exceções à regra geral – regime, este, configurado pela incidência das normas que tutelam a livre concorrência – demanda o reconhecimento das verdadeiras funções atribuídas às normas interventivas em cada sistema jurídico.¹⁵

Assim, e por exemplo, o autor observa que nos Estados Unidos a edição do *Sherman Act* em 1890, que proibia de forma absoluta todos os atos individuais ou coletivos que pretendessem restringir ou monopolizar o comércio entre os Estados da União, tinha por objetivo apenas a pro-

12. Javier Viciano, ob. cit., pp. 61-62.

13. Idem, pp. 62-64.

14. Javier Viciano, ob. cit., p. 64.

15. Ob. cit., p. 65.

teção da liberdade de empresa, ameaçada pelo poder econômico que os conglomerados econômicos haviam adquirido à época. Pretendia-se afastar a indesejável eliminação de competidores que a concorrência desleal e a concentração de poder econômico ensejaram.

Todavia, já em 1898 os Tribunais norte-americanos adotaram princípio conhecido como “regra da razão”, ou *rule of reason*, segundo o qual somente seriam contrários ao *Sherman Act* aqueles atos dos quais resultava uma desarrazoada limitação à liberdade de comércio ou de empresa para uma das partes ou para um terceiro. Como observam Eros Roberto Grau e Paula A. Forgoni, ainda que o texto do art. 1º do *Sherman Act* não tenha sofrido alteração, por força da regra da razão promoveu-se verdadeira modificação no suporte fático do dispositivo, razão pela qual o texto passou a ser compreendido de forma a que “todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em (*desarrazoada*) restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente Lei”.

Ao lado disso, os Tribunais passaram a considerar, quando do julgamento dos atos de concorrência desleal – vale dizer, atos restritivos da concorrência –, não apenas os interesses inerentes às relações travadas entre as empresas. Também são observados os efeitos que tal restrição poderia trazer sobre a estrutura do mercado, ou seja, sobre a eficiência deste sistema. Portanto, ultrapassa-se o âmbito estrito da liberdade e igualdade empresariais, questionando-se também a eficiência do sistema, que poderia eventualmente ser melhor alcançada permitindo-se determinada atuação, ainda que esta promova uma certa restrição à liberdade de empresa. Isto porque muitas vezes o benefício do consumidor – representado pelo acesso a preços baixos, diversidade de bens ofertados, incremento da qualidade dos produtos etc. – será melhor alcançado por meio de condutas que

eventualmente produzam uma restrição da liberdade empresarial. De toda forma, os Tribunais somente tutelavam a eficiência econômica quanto isto fosse compatível com os demais fins do direito antitruste.

Atualmente Javier Viciano ressalta o intenso debate mantido entre as duas principais correntes americanas, representadas pelas Escolas de *Harvard* e *Chicago*, a respeito dos princípios que devem nortear a apreciação da legalidade da atuação dos operadores privados no mercado. A despeito da influência exercida pela Escola de *Chicago* no sentido de se priorizar a eficiência do sistema em detrimento do direito de liberdade de empresa, defende-se cada vez mais que o objetivo de eficiência do mercado deve ser completado por outros, de natureza política e social.

Também na Europa as regras de tutela contra os abusos no campo da concorrência tinham inicialmente por objetivo apenas a proteção aos direitos subjetivos de liberdade empresarial. Eram normas de proteção dos operadores econômicos contra os ataques produzidos por indivíduos de sua própria classe, com o quê se pretendia a defesa de interesses inerentes à propriedade industrial. Foi apenas em um segundo momento que o enfoque sofreu alteração, de forma a se promover também a tutela de interesses dos consumidores e da economia como um todo.

Na Alemanha, por exemplo, prevaleceu entendimento no sentido de que a concorrência é um sistema voltado à promoção tanto da eficiência do mercado como da liberdade empresarial. Também em outros países europeus tal idéia é compartilhada. Assim, o direito da concorrência deixou de ser apenas um direito de classe, ou seja, dos empresários, assumindo o papel de um direito voltado à ordenação do mercado, em que se tutelam não apenas os interesses dos competidores, como também os interesses dos consumidores e o interesse público geral.

Todavia, Javier Viciano adverte que, em nome da eficiência econômica, os poderes públicos europeus muitas vezes têm

autorizado práticas de restrição da concorrência que representam verdadeira ofensa ao direito subjetivo de liberdade de empresa, constitucionalmente assegurado, ainda que de forma não absoluta. E para o mencionado autor, ao menos diante da Constituição Espanhola, as normas de defesa da concorrência, ao tutelar direitos subjetivos não-absolutos frente aos poderes públicos e aos demais competidores – tais como os direitos de liberdade de acesso ao mercado e de livre determinação do exercício da atividade –, buscam primordialmente resguardar a liberdade individual e, em consequência, estimular a concorrência entre as empresas.

Por tudo, Javier Viciano observa que o sistema antitruste europeu em regra proíbe práticas restritivas de concorrência, com exceção daquelas que melhoram a própria concorrência, beneficiam os consumidores, não supõem restrições desnecessárias ou que não eliminam completamente a concorrência entre as empresas. Assim, diante de determinados comportamentos que em tese seriam considerados ilegais procede-se a um juízo antitruste multifuncional, a fim de se verificar a ocorrência de uma das exceções que eventualmente possam autorizar tal prática. Isto ocorrerá caso a restrição de liberdade enseje um incremento na produção ou distribuição de bens, mesmo assim desde que isto represente vantagens também ao consumidor. Assim, a restrição poderia ser autorizada tendo-se em vista a busca de maior eficiência econômica. Porém, há outra condição, esta ligada à proteção da liberdade de empresa: tal restrição também não deverá revelar-se desnecessária, com o que se pretende dizer que não poderá eliminar completamente a concorrência, nem produzir limitação desproporcional ao benefício que a medida restritiva pretende trazer. Em outras palavras, ainda que a limitação à concorrência seja potencialmente benéfica sob o enfoque da eficiência econômica, não será tolerada caso esvazie por inteiro o direito de liberdade dos operadores econômicos.¹⁶

Como observam Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, de fato, o item 3 do art. 85 do Tratado da União Européia prevê a possibilidade de isenção de acordos restritivos de concorrência pela Comissão Européia. De uma parte, o *caput* do dispositivo determina que “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 suscetíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”.

Porém, e de outra parte, o item 3 destaca que tal proibição poderá ser declarada inaplicável desde que os atos acima descritos “contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte do lucro daí resultante e que (a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos e (b) não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.¹⁷

As considerações a respeito das diversas funções atribuídas ao sistema antitruste no direito comparado são úteis à medida que permitem fornecer subsídios para a melhor compreensão do tema ora enfrentado. Todavia, Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni advertem que, ainda que o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras sejam úteis na compreensão do regime jurídico que disciplina a concorrência, estas não podem ser adotadas de forma absoluta. Em outras palavras, tais fontes não podem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que se considerem as peculiaridades do mercado e do sistema jurídi-

17. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, “Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (‘Lei Ferrari’)”, *RDM* 114/264-265.

16. Javier Viciano, ob. cit., pp. 90-92.

co brasileiro, com princípios próprios que o informam, sob pena de se atingir resultados incompatíveis com o Direito Pátrio.¹⁸

É exatamente com o objetivo de apontar alguns traços característicos do regime antitruste brasileiro que se promovem as considerações lançadas adiante.

5. O regime jurídico da livre concorrência

Em seu art. 1º, IV, a Constituição Federal de 1988 enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social da livre iniciativa*. De outra parte, ao arrolar os princípios gerais da atividade econômica, o texto constitucional afirma, em seu art. 170, *caput*, que a ordem econômica está fundada na *livre iniciativa*, observando-se, nos termos de seus incisos IV e V, os princípios da *livre concorrência* e da *defesa do consumidor*, dentre outros. Portanto, mereceram tutela constitucional os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da proteção ao consumidor.

Eros Roberto Grau observa que no campo da ordem econômica o *princípio da livre iniciativa* manifesta-se como liberdade de iniciativa econômica, o qual se desdobra em liberdade de indústria e comércio, de um lado, e liberdade de concorrência, de outro. Enquanto liberdade de indústria e comércio, do princípio se pode extrair a não-ingerência do Estado no domínio econômico. Isto equivale a dizer que (a) se reconhece o direito dos particulares de explorar atividade econômica a título privado e que (b) somente serão admitidas restrições estatais à atividade privada em virtude de lei.¹⁹

De outra parte, a livre iniciativa também reclama *liberdade de concorrência*, com o quê se pretende evitar a prática de comportamentos que possam (a) limitar ou (b) falsear a igualdade de condições míni-

mas de acesso e permanência no mercado. Como destaca Calixto Salomão Filho, dá-se a *limitação* da liberdade de acesso por meio da imposição de barreiras à entrada de novos competidores no mercado. Serão *falseadoras* da liberdade de permanência as práticas predatórias, tendentes a excluir artificialmente os participantes do mercado.²⁰

No que se refere à *defesa dos consumidores* o que se tutela é a eficiência econômica, ou seja, a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor. Isto de forma a promover a distribuição, entre produtores e consumidores, dos benefícios ensejados pela aludida eficiência.²¹

Vale advertir que estes princípios não são excludentes entre si. Isto porque a proteção exclusiva da competição poderia obstar a toda e qualquer concentração econômica – leia-se “restrição de concorrência” –, desconsiderando-se que algumas práticas restritivas poderiam eventualmente proporcionar consideráveis ganhos de produtividade e eficiência, com benefícios aos consumidores. De outra parte, a tutela apenas dos interesses dos consumidores poderia levar à aprovação de concentrações que ensejem forte dominação de certos agentes sobre o mercado, o que seria extremamente prejudicial aos concorrentes.

Ocorre que – como ressalta Massimo Severo Giannini – em uma democracia pluralista o ordenamento jurídico não pode assumir como conteúdo apenas os interesses de um determinado grupo. Deverá assumir interesses de várias categorias, ou seja, heterogêneos. E com a multiplicação dos interesses públicos setoriais, refletindo anseios de todas as instâncias sociais, a legislação acaba adotando interesses conflitantes. Sendo assim, a dinâmica de um Estado pluriclasse consiste em um complexo de mecanismos de composição dos vários in-

18. Idem, RDM 114/259.

19. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, pp. 225-226.

20. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, pp. 32-33.

21. Cf. Calixto Salomão Filho, *ob. cit.*, p. 33.

teresses setoriais reconhecidos. Em outras palavras, o Estado torna-se uma sede predisposta ao desenvolvimento de processos de composição dos vários interesses públicos gerais e setoriais.²²

Neste contexto assume relevância o princípio da proporcionalidade, verdadeiro critério de interpretação da Constituição,²³ cujo papel, como recorda Marçal Justen Filho, é o de realizar, de modo mais intenso possível, a satisfação de todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Para tanto, o princípio demanda hierarquizar e ponderar valores, tanto no plano teórico como no caso concreto. Diante de determinada situação caberá ao aplicador do Direito identificar os valores a serem realizados e com que intensidade isto se dará. E, em face de valores de diferente hierarquia, caberá a adoção da conduta que trazer menor sacrifício ao valor de hierarquia inferior. Somente assim será possível compatibilizar os valores, permitindo que todos sejam realizados.²⁴

Portanto, o que se exige é a aplicação equilibrada e ponderada destes princípios caso eventualmente se apresentem em conflito. Seja como for, tais valores não poderão ser desconsiderados tanto pelo aplicador do Direito como pelo legislador infraconstitucional. Isto porque, como adverte José Afonso da Silva, os princípios contidos nos dispositivos constitucionais atinentes à ordem econômica constituem “princípios políticos constitucionalmente conformadores”,²⁵ uma vez que se prestam a explicitar as valorações e opções políticas fundamentais adotadas pelo Constituinte. Em consequência, a criação e a aplicação das

regras jurídicas infraconstitucionais referentes à ordem econômica deverão prestar atendimento a tais princípios.

A fim de garantir a aplicação de tais princípios, o art. 173, § 4º, da Constituição determinou que por meio de lei ordinária se promovesse a repressão ao “abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Em decorrência, sobreveio a Lei 8.884, de 1994, que, na esfera civil, dispõe sobre a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico”, tal como prevê em seu art. 1º.

Indo avante, os incisos do art. 21 da aludida Lei 8.884, de 1994, arrolam diversas condutas passíveis de configurar “infração da ordem econômica”, tais como: “III – dividir os mercados de serviços e produtos (...)”; “IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”; “V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”; e “X – regular mercados de bens e serviços, estabelecendo acordos para (...) dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição”.

Vale advertir que tais condutas somente serão reprováveis quando tiverem por objetivo produzir um dos efeitos apontados no art. 20 do mencionado diploma legal, ou seja, (a) limitar ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, (b) dominar mercado relevante de bens e serviços por meios que não sejam decorrentes da maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores, (c) aumentar arbitrariamente os lucros e (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

Por fim, recorde-se que nada há de ilícito na eliminação de concorrente em ra-

22. Cf. Sabino Cassese, “Lo ‘Stato pluriclasse’”, in Massimo Severo Giannini, *L’Unità del Diritto*, p. 18.

23. Por todos, cf. Paulo Armínio Tavares Buchele, *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*, 1999.

24. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 65-67.

25. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 143.

ção de vantagem competitiva, ou seja, de superioridade de um dos agentes econômicos em relação aos demais. É por isso que o § 1º do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, ressalta que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza” a dominação de mercado relevante de bens e serviços.

Como se viu, o ordenamento jurídico brasileiro oferece tutela à livre concorrência. Todavia, a condenação absoluta de todas as práticas restritivas de concorrência poderia produzir resultado diverso daquele pretendido pela Constituição. Como já se disse, a ordem econômica é fundada não apenas na proteção à livre concorrência, mas também na busca de valores outros, tais como a promoção dos interesses dos consumidores.

É por isso que o art. 54 da Lei 8.884, de 1994, permite ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE autorizar a prática de atos que, em tese, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, desde que tais atos tenham por objetivo (a) aumentar a produtividade, (b) melhorar a qualidade de bens e serviços ou (c) ensejar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Mesmo assim, os comportamentos submetidos ao CADE somente serão admitidos quando (a) os benefícios deles decorrentes também sejam sentidos de forma equitativa pelos consumidores, (b) não impliquem eliminação da concorrência relativamente a parte substancial do mercado de bens ou serviços e (c) as medidas restritivas da concorrência sejam adotadas de forma estritamente proporcional ao objetivo visado.

Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni observam que a autoridade antitruste brasileira somente pode autorizar a prática de atos restritivos da concorrência diante da efetiva presença de uma das chamadas “eficiências” enunciadas nos parágrafos do aludido art. 54. Isto equivale a dizer que no Direito Brasileiro o afastamento da regra

geral da proibição de condutas anticoncorrenciais demanda a verificação de condições bem definidas, de hipóteses expressamente reguladas pela lei, e que vinculam, portanto, o controle exercido pela autoridade antitruste. Sendo assim, os aludidos autores advertem que o Direito Brasileiro não comportaria uma regra da razão, nos moldes da *rule of reason* norte-americana, capaz de modificar a hipótese de incidência do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, o qual arrola os efeitos dos atos reputados prejudiciais à prática concorrencial.²⁶

Demais disso, ressalte-se que, como as hipóteses de autorização para a prática de atos restritivos da concorrência são excepcionais, afastando a incidência da regra geral, tais situações deverão ser interpretadas restritivamente. Como recorda Carlos Maximiliano, as disposições de caráter excepcional são estabelecidas em razão de motivos ou considerações particulares, em confronto com o quanto disposto nas demais regras jurídicas. Por isso, “não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente”. Sendo assim, são interpretadas restritivamente as disposições legais que limitam a liberdade, adotado o termo em quaisquer de suas acepções, tal como a liberdade de trabalho, profissão, indústria ou comércio, por exemplo. E esta interpretação restritiva é aplicável ainda que a limitação a direito fundamental seja estabelecida em benefício do interesse geral.²⁷

De outra parte, na esfera criminal a tutela à concorrência é promovida pelo art. 195 da Lei 9.279, de 1996, que define os comportamentos tipificados como concorrência desleal, tais como divulgar falsa afirmação em detrimento de concorrente, empregar meio fraudulento para desviar, em proveito próprio, clientela alheia, utilizar-se de marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia ou sinal de propa-

26. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, artigo cit., RDM 114/266.

27. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pp. 227 e ss.

ganda alheio, por exemplo. Seja como for, o art. 207 do mesmo diploma legal permite ao prejudicado haver indenização por perdas e danos decorrentes da prática dos atos tipificados no mencionado art. 195, ao passo que o art. 209 permite-lhe obter indenização por outros atos de concorrência desleal não previstos expressamente no texto daquela lei.

Em suma, o sistema concorrencial brasileiro tutela tanto os interesses dos competidores como a eficiência econômica em benefício dos consumidores. Pode-se dizer, portanto, que o direito antitruste brasileiro é multifuncional, no sentido de que não se presta apenas a resguardar a eficiência econômica como também os direitos subjetivos de liberdade de empresa. É por isso que Calixto Salomão Filho observa que “o constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese do reconhecimento e representação dessa pluralidade de interesses na legislação antitruste”,²⁸ razão pela qual “livre concorrência e proteção do consumidor convivem como objetivos da legislação brasileira”.²⁹

Também Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni ressaltam que o sistema antitruste brasileiro é um instrumento a serviço da realização não apenas de interesses da classe empresarial, mas também e principalmente é um meio de se promover a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social. Os mencionados autores recordam que José Alexandre Tavares Guerreiro igualmente compartilha de tal entendimento, pois que a tutela da livre concorrência sempre foi posta a serviço de um bem maior: o interesse coletivo, de ordem pública.³⁰

O que se pretende dizer é que os princípios constitucionais da ordem econômica – tais como o da livre iniciativa, livre concorrência e proteção aos consumidores

–, também tutelados no plano legal, deverão pautar toda a interpretação e aplicação das demais normas relativas à atividade econômica – e, dentre estas, as atinentes à Lei de Concessões de Veículos Automotores, de n. 6.729, de 1979.

6. A concessão de veículos automotores

A figura da concessão mercantil é reflexo de uma nova técnica de comercialização e de organização do mercado distribuidor de produtos. Observa P. R. Tavares Paes, recordando Claude Champaud, que a concessão se manifesta-se por meio de uma “convenção pela qual um comerciante coloca sua empresa de distribuição a serviço de um comerciante ou industrial, para assegurar exclusivamente, sobre um território determinado, durante um período limitado e sob fiscalização do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido”.³¹

Waldírio Bulgarelli também recorda que a concessão mercantil é resultado de novas técnicas operacionais no campo de distribuição e vendas de bens, por meio da qual se promove a criação de uma rede de distribuidores encarregados do processo de intermediação de produtos, de forma a que estes possam chegar às mãos dos consumidores.³²

O mencionado autor observa que uma das características marcantes desta figura é a cláusula de exclusividade, cujo conteúdo essencial (a) impõe ao concessionário o dever de não comercializar ou fabricar outro produto do mesmo tipo daquele indicado no contrato e (b) impõe ao concedente o dever de não vender a terceiro na zona de exclusividade estipulada em favor do concessionário.³³

Luiz Gastão Paes de Barros Leães recorda que, à medida que se alargavam os

28. Ob. cit., p. 31.

29. Calixto Salomão Filho, ob. cit., p. 32.

30. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, artigo cit., RDM 114/261.

31. P. R. Tavares Paes, *Obrigações e Contratos Mercantis*, p. 241.

32. *Contratos Mercantis*, p. 446.

33. Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 451.

mercados e se impunha a prestação de assistência técnica aos consumidores dos produtos vendidos, mostraram-se desaconselháveis tanto a venda direta ao consumidor pelo fabricante, que passaria a se valer integralmente dos recursos em benefício da produção, como também a colaboração das agências distribuidoras, eis que, ainda que formalmente autônomas, atuam por conta do produtor das mercadorias a serem comercializadas. Em face disso surgiu a nova figura da concessão mercantil. Como destaca o autor, o concessionário é o agente que superou sua função de mediador, passando a comprar para revender, em nome e por conta próprios, a mercadoria produzida. Ainda que as notas conceituais da concessão encontrem suas fontes no contrato de agência, naquela avença adquire especial ênfase a exclusividade, que assume um conteúdo bem mais amplo do que nas demais figuras negociais, de forma a se tornar seu traço essencial.³⁴

Barros Leães também destaca que no âmbito do contrato de concessão a aludida exclusividade adquire uma maior amplitude semântica, não se limitando apenas ao privilégio de vender com caráter de exclusividade, que é outorgado pelo fabricante em benefício de determinada empresa. Na verdade, o conceito significa um benefício conferido a toda uma rede de distribuidores. Além disso, atribui esse privilégio de exclusividade de venda a uma determinada área geo-econômica, denominada *área demarcada*, que passaria a constituir uma espécie de zona reservada de mercado, inaccessível aos demais concessionários.³⁵

No campo da distribuição de veículos automotores – tema a que se dedica o presente estudo – o contrato de concessão mercantil é tipificado pela Lei 6.729, de 1979, sob o título de *concessão comercial de veículos automotores de via terrestre*. Como

recorda Waldirio Bulgarelli, tal modalidade contratual representa o instrumento jurídico utilizado pelos fabricantes de veículos para a distribuição de seus produtos. Por meio das denominadas concessionárias – ou seja, empresas que se obrigam a revender os veículos, prestar assistência técnica aos seus compradores e propagar a marca do fabricante – as montadoras de veículos constituem sua rede de distribuição, valendo-se das aludidas concessionárias como suas revendedoras, já que estas compram os veículos produzidos pelo fabricante para posteriormente revendê-los. Desta forma, os fabricantes eximem-se dos gastos inerentes à manutenção de uma rede própria de distribuição, tais como encargos fiscais e trabalhistas e os custos de uma estrutura própria de manutenção e assistência técnica.³⁶

Nos termos do art. 1º da Lei 6.729, de 1979, a distribuição de veículos automotores efetiva-se por meio de concessão comercial entre produtores e distribuidores, cujo conteúdo deriva da disciplinada fixada pela aludida lei, por convenções coletivas e por disposições contratuais fixadas entre concedente e concessionário. De um lado, o inciso I do art. 2º define como produtor a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores. De outro, o inciso II do aludido art. 2º esclarece que o distribuidor é a empresa comercial que realiza a venda de veículos automotores novos e presta assistência técnica a esses produtos.

Nas relações entre *concedente e concessionário* a exclusividade (a) impõe ao concedente o dever de não promover vendas diretas de automóveis na área reservada ao concessionário, ressalvadas algumas exceções, e (b) impõe ao concessionário o dever de não promover a venda de veículos novos produzidos por outros fabricantes que não o concedente.

De fato, o art. 15 da aludida lei destaca que o concedente apenas poderá efeti-

34. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "O conceito de área demarcada na concessão comercial de veículos", *RDM* 110/17.

35. Barros Leães, artigo cit., *RDM* 110/18.

36. Waldirio Bulgarelli, "Concessão de veículos automotores terrestres", in *Problemas de Direito Empresarial Moderno*, p. 29.

var venda direta de veículos (a) independente de atuação ou pedido do concessionário quando se tratar de venda à Administração Pública, a Corpo Diplomático e a outros compradores especiais, assim definidos pelo concedente juntamente com sua rede de distribuidores, e (b) a pedido dos concessionários, que receberão do concedente valor referente à margem de comercialização correspondente à mercadoria por este vendida, quando se tratar de Administração Pública, Corpo Diplomático, frotilhas de veículos automotores e outros compradores especiais.

De outra parte, o art. 3º, § 1º, “b”, permite ao concedente vedar a comercialização de veículos novos fabricados por outro produtor.

No que atina às relações entre os *próprios concessionários* a exclusividade confere a cada um daqueles uma área de sua responsabilidade a fim de que exerçam suas atividades, sendo-lhes vedado atuar fora desta área delimitada. Todavia, permite-se ao consumidor adquirir veículos junto ao concessionário que lhe aprover.

Neste sentido, o art. 5º, em seu inciso I e § 2º, determina que será conferida ao concessionário uma área operacional de sua responsabilidade, onde desempenhará as atividades de comercialização de veículos automotores e prestação de serviços inerentes aos mesmos, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada.

Porém, caberá ao consumidor a facilidade de adquirir os produtos e serviços em qualquer concessionário, como permite o § 3º do art. 5º, bem como se assegura ao concedente a contratação de nova concessão se as condições do mercado na área demarcada assim justificarem ou se houver necessidade de prover vaga de concessão extinta, nos termos do art. 6º.

Estas são as principais características apresentadas pela exclusividade inerente à concessão de veículos automotores. A se-

guir, o que se pretende é verificar em que medida a venda de automóveis por meio da Internet pode representar violação a esta cláusula, tanto nas relações entre concedente e sua rede de concessionárias como nas relações travadas entre as próprias concessionárias.

7. A comercialização de veículos automotores através da Internet

Conforme matéria publicada na revista *Em Rede*, da Associação Brasileira das Concessionárias *Chevrolet* – ABRAC, cada vez mais os consumidores estão se valendo da Internet para obter informações acerca dos automóveis disponíveis no mercado, consultar os preços praticados, tomar referências das concessionárias e até mesmo realizar a compra de um automóvel. Isto porque a comercialização de veículos pela Internet permite um preço ao consumidor final de 6 a 7% inferior aos métodos tradicionais de venda. O texto destaca que ao longo do ano de 1997 16% dos compradores de carros novos nos Estados Unidos consultaram um dos serviços de vendas *on line* antes de adquirir seus produtos. Demais disso, 2% do total de vendas realizadas naquele ano resultaram de pedidos repassados às concessionárias através de serviços disponíveis na Internet. O que se prevê é que atualmente mais da metade dos compradores de carros novos deverão utilizar a Internet no processo de compra. De fato, segundo o Diretor de Vendas da *General Motors*, 60 a 70% dos consumidores norte-americanos já se utilizam da Internet no processo de escolha ou aquisição de veículos.³⁷

A matéria divulgada pela ABRAC destaca que a utilização da Internet provocará um profundo impacto sobre concessionárias e fabricantes de carros. Isto porque, de posse de informações obtidas na *Web*, os compradores adquirem um poder de bar-

ganha maior junto aos revendedores, forçando uma redução nos preços de venda. Nos Estados Unidos da América as margens de lucro tendem a ser reduzidas de 6,4%, em média, para algo próximo a um ponto percentual. Em decorrência, crescem as fusões entre as concessionárias menores, que não possuem volume suficiente de vendas para suportar margens de lucro menores.

No Brasil a Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores – FENABRAVE estima que a partir de 2005 mais de 20% dos compradores de veículos no mercado brasileiro deverão recorrer à Internet antes de concluir o negócio.³⁸

Basicamente, os *sites* relacionados à venda de automóveis prestam serviços de informação ou de compra. Os primeiros apenas fornecem informações a respeito dos preços de tabela dos carros, dos opcionais disponíveis e das condições de financiamento. Já, os segundos repassam aos concessionários, mediante o pagamento de uma taxa, pedidos de compra realizados *on line*. Mais próximos da primeira modalidade parecem se encontrar os *sites* norte-americanos *GM Buy Power* (www.gmbypower.com) e *Chrysler Get a Quote* (www.chrysler.com), os quais permitem ao consumidor especificar modelos, pesquisar qual revendedor tem o veículo disponível em estoque e obter informações sobre preços. Já, no segundo grupo encontra-se o *site* *Auto-by-Tel* (www.auto-bytel.com), que possui convênio com 2.700 concessionárias, cobrando de cada uma destas uma taxa mensal de US\$ 2,500.00, repassando àquelas os pedidos de compra *on line* que recebe dos consumidores. É responsável por vendas mensais no montante de US\$ 500,000,000.00. No mesmo grupo pode ser localizado o *site* *Autoweb.com* (www.autoweb.com), que congrega 2.100 concessionárias, transferindo-lhes as consultas que recebe mediante o pagamento de US\$ 25.00 a cada contato. No Brasil os *sites* *Automovel.com* (www.automovel.com.br),

CarSale (www.carsale.com.br) e *AutoPlaza* (www.autoplaza.com.br) parecem também se enquadrar nesta segunda hipótese. Como se vê de editorial de responsabilidade do serviço *CarSale*, no aludido *site* é possível consultar modelos nacionais e importados de 35 marcas, pesquisar preços, cores e equipamentos, de forma a definir a opção de compra. O serviço acompanha todo o processo de compra até a conclusão do negócio, tendo convênio com uma rede de 200 concessionárias cadastradas, que deverá chegar a 400 até o final do ano 2000.³⁹

Adiante pretende-se apontar se a prestação de tais serviços pode eventualmente configurar violação da cláusula de exclusividade inerente à concessão de veículos. Primeiramente serão abordados os reflexos produzidos em face das relações entre concedente e concessionária. Após tratar-se-á do impacto que tais vendas podem trazer à exclusividade sob o aspecto das relações entre as próprias concessionárias.

8. Reflexos no campo da exclusividade em face do concedente

Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni destacam que o relacionamento estabelecido entre o fabricante de veículos automotores e seus distribuidores configura típico acordo vertical, na terminologia consagrada pela prática antitruste. A figura refere-se ao acordo celebrado entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes, mas se encontram em mercados situados em uma linha vertical imaginária que conduz, desde a extração da matéria-prima, passando pelas várias fases de produção e comercialização, até o consumidor final do produto. São considerados típicos acordos verticais os contratos de distribuição, fornecimento, franquia e concessão comercial, por exemplo.⁴⁰

39. Informações obtidas junto ao *site* cujo endereço é www.carsale.com.br.

40. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, artigo cit., *RDM* 114/267.

38. Informação obtida no *site* do jornal *O Estado de S. Paulo* (www.estadao.com.br).

Ainda que tais acordos tenham sido inicialmente vistos com reservas por parte das autoridades antitruste e pelo Poder Judiciário, essa posição tem sido alterada nas últimas décadas, em razão do incremento da eficiência na distribuição de produtos proporcionado pelos aludidos ajustes.⁴¹

Como se disse mais acima, em regra caberá apenas aos concessionários a venda de veículos ao consumidor final, sendo vedado ao concedente a venda direta, ressalvadas as exceções arroladas no art. 15 da Lei 6.729, de 1979. Recorde-se que o mencionado dispositivo permite ao concedente promover venda direta quando o adquirente for (a) pessoa jurídica integrante da Administração Pública, (b) Corpo Diplomático, (c) frotista de veículos automotores ou (d) comprador especial, assim definido de comum acordo com a rede de concessionários, ainda que caiba ao concessionário o valor da margem de comercialização correspondente à mercadoria vendida quando a venda direta ocorrer por indicação do concessionário.

Quanto ao tema vale recordar matéria publicada na revista *Veja*⁴² informando que a *General Motors* pretende valer-se da Internet para alavancar as vendas de seu novo modelo *Celta*. A matéria destaca que atualmente as páginas oficiais das montadoras na Internet se limitam a descrever carros, calcular preços e receber encomendas por *e-mail*. Todavia, a comercialização de veículos é sempre feita por intermédio de uma revendedora, a qual conclui o negócio junto ao consumidor final. A matéria restringe-se a afirmar que a estratégia da *General Motors* será diferente da realizada até então, mas não esclarece de que forma se pretende promover as vendas do *Celta* na Internet.

A notícia é confirmada pela Agência Estado,⁴³ segundo a qual a *General Motors*

do Brasil pretende promover a venda de seu novo modelo *Celta* também por meio da Internet. A matéria vai mais adiante ao esclarecer que a comercialização, ainda que promovida por meio da Internet, terá a participação da rede de concessionários, tal como observou o Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias *Chevrolet* – ABRAC. A matéria informa que os veículos assim comercializados serão faturados diretamente em nome do consumidor final, sem que ocorra o processo de revenda inerente às vendas tradicionais promovidas pelos concessionários. Assim, disto se infere que provavelmente o mecanismo a ser adotado pela *General Motors* será o de venda direta, todavia mediante agenciamento ou participação nas vendas por parte dos concessionários – o que garantiria a estes um valor referente à margem de comercialização.

Vale destacar que o regime jurídico decorrente da Lei 6.729, de 1979, não veda a venda direta de veículos por parte dos fabricantes. Todavia, tais hipóteses são muito restritas e se limitam àquelas revistas nos incisos I e II do art. 15 da mencionada lei. Recorde-se, uma vez mais, que o inciso I permite ao fabricante promover venda direta à Administração Pública, aos Corpos Diplomáticos e a outros compradores especiais, nos limites previamente ajustados com a rede de distribuidores, sem que caiba qualquer remuneração aos concessionários em decorrência de tais vendas. Já, o inciso II permite ao fabricante promover venda direta – porém mediante requerimento de determinada concessionária nesse sentido, a quem caberá o valor referente à margem de comercialização – às pessoas indicadas no inciso I e aos frotistas de veículos automotores.

Disto se extrai que há apenas duas hipóteses de venda direta por parte do fabricante sem que caiba qualquer valor aos concessionários: (a) venda em favor da Administração Pública e Corpos Diplomáticos e (b) venda em favor de compradores especiais, mesmo assim nas situações e nos li-

41. Cf. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *idem*, RDM 114/267.

42. Edição 1.658, de 19.7.2000, p. 126.

43. Notícia divulgada em 5.7.2000 (www.estado.com.br/agestao/).

mites ajustados com os revendedores. Nas demais situações de vendas diretas, que se processam mediante pedido dos concessionários, caberá a estes o valor da margem de comercialização. Desta forma, ressalvada a hipótese de venda direta à Administração Pública e a Corpos Diplomáticos, as demais situações ou demandarão consenso por parte dos concessionários ou estes farão jus ao valor da margem de comercialização.

Portanto, excluindo-se a hipótese de venda direta em favor da Administração Pública⁴⁴ ou de Corpo Consular sem que ocorra a participação de concessionária – situação em que se faculta tal venda sem maiores restrições –, a venda de veículos pela Internet realizada diretamente por parte do fabricante deverá observar as seguintes condições: (a) nos casos de compradores especiais, em que não haja intermediação dos revendedores, tal venda demandará acordo prévio com a rede de distribuidores, em que se fixarão as hipóteses e os limites a tais vendas; (b) nas demais hipóteses autorizadas pela Lei 6.729, de 1979, tais como vendas aos frotistas ou a compradores especiais, à Administração Pública e aos Corpos Consulares, porém desde que tais vendas sejam agenciadas pelos concessionários, caberá aos concessionários o valor referente à margem de comercialização.

9. Reflexos no campo da exclusividade em face dos demais concessionários

Mais acima ressaltou-se que o inciso I do art. 5º da Lei 6.729, de 1979, exige como inerente à concessão a fixação de uma “área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades”. Por sua vez, em seu § 2º o mencionado art. 5º destaca que ao concessionário caberá a “comercialização de veículos auto-

motores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e a prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada”.

Aparentemente, o dispositivo impede qualquer concorrência entre concessionárias de uma mesma marca, já que proíbe ao concessionário a comercialização de veículos fora de sua área de atuação, seja diretamente, seja através de prepostos. Neste sentido, o dispositivo poderia configurar ofensa às normas constitucionais que tutelam a iniciativa privada, em especial ao art. 170, IV, que alberga a livre concorrência, e ao art. 173, § 4º, que impõe ao legislador ordinário o dever de afastar os abusos de poder econômico que levem à dominação de mercados e à eliminação da concorrência.

De fato – e como adverte Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “a cláusula de exclusividade, aplicada em vários contratos (venda, fornecimento, mandato, agência ou representação comercial, concessão comercial), é obviamente um pacto de limitação à concorrência, pelo quê sempre suscitou dúvidas a respeito de sua legitimidade”.⁴⁵

Vale recordar que o egrégio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade de lei que impunha restrição geográfica ao estabelecimento de farmácias, por infração ao princípio da livre concorrência. Do julgado extrai-se que: “A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, art. 170, inciso IV e parágrafo único, c/c o art. 173, § 4º)”.⁴⁶ Do voto do eminente Min. Maurício Corrêa extrai-se que “a limitação geográfica im-

44. Tal situação perde relevo diante das peculiaridades inerentes à aquisição de bens por parte da Administração Pública, que, como se sabe, se submete ao regime jurídico imposto pela Lei 8.666, de 1993.

45. Artigo cit., RDM 110/17.

46. RE 199.517-SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 4.6.1998, DJU 13.11.1998, p. 608.

posta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio da liberdade de iniciativa econômica privada garantida pela Carta Federal (...)."

Novamente se manifestando sobre tema idêntico ao do aludido julgado, o egrégio Supremo Tribunal Federal uma vez mais decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo legal que gerava limitação territorial ao estabelecimento de farmácias, por "redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo da CF)".⁴⁷

No plano infraconstitucional, limitação à concorrência dessa natureza também poderia encontrar óbices na Lei 8.884, de 1994, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica. Uma interpretação literal do § 2º do art. 5º da Lei 6.729, de 1979, poderia levar à conclusão de que se pretende dividir mercados de produtos e serviços por meio da demarcação de áreas restritas para atuação, impedindo o acesso de outras empresas concorrentes àquela área. E tais imposições são incompatíveis com o regime jurídico imposto pela Lei 8.884, de 1994, especialmente tendo em vista o disposto em seu art. 21, III, IV e V.⁴⁸

47. RE 203.909-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14.10.1997, DJU 6.2.1998, p. 2.720.

48. A redação do dispositivo é a seguinte: "Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes

Ocorre que, como se viu mais acima, o sistema antitruste brasileiro excepcionalmente permite a restrição da concorrência quando disto decorram maior produtividade, maior qualidade de bens e serviços e maior eficiência tecnológica e econômica, desde que tais benefícios também sejam compartilhados pelos consumidores, não impliquem eliminação de concorrência de parte substancial do mercado e sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados, conforme determinam os incisos do § 1º do art. 54 da Lei 8.884, de 1994.

Isto porque o sistema concorrencial brasileiro é multifuncional, no sentido de que, além da tutela da concorrência enquanto manifestação da liberdade empresarial, também resguarda interesses outros, como os dos consumidores. Assim, determinado ato restritivo da concorrência não ofenderia o ordenamento jurídico desde que atendesse aos parâmetros definidos pelo aludido art. 54.

Sendo assim, resta verificar se a limitação de concorrência imposta pela Lei Ferrari resguarda os interesses dos consumidores. Uma interpretação literal do § 2º do art. 5º, em destaque, levaria à conclusão de que o dispositivo também representa ofensa a interesses desta categoria, tutelados tanto no plano constitucional, pelo art. 170, V, como na esfera legal, por meio da Lei 8.078, de 1990, uma vez que lhes restringe a liberdade de escolher o fornecedor dos produtos que desejem adquirir.

Como se sabe, a industrialização e a massificação das relações contratuais tornaram a liberdade contratual mais aparente do que real: a desigualdade substancial entre as partes permitiu que a autonomia contratual de uma das partes – do consumidor, no caso

de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)."

– fosse tolhida pelo poderio econômico da outra. O fenômeno também se manifestou quanto à liberdade de escolha do outro contratante. De fato, Cláudia Lima Marques recorda que “a concentração das empresas e os monopólios, estatais ou privados, reduziram a liberdade de escolha do parceiro”.⁴⁹

Disto surgiu a necessidade de intervenção estatal nas relações obrigacionais – o que se deu através da edição de normas de natureza cogente que tutelam a liberdade contratual da parte mais frágil e restauram o equilíbrio substancial das posições de poder contratual das partes.⁵⁰ Uma das mais expressivas manifestações desta figura foi a edição do Código de Defesa do Consumidor. Tal diploma, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado,⁵¹ determina a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, por meio da compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico.⁵²

No que atina à aquisição de veículos automotores, a primitiva redação do art. 5º, I, da Lei 6.729, editada ainda em 1979, restringia a liberdade do consumidor quanto à escolha do concessionário contratado, vez que lhe vedava adquirir veículos fornecidos por revendedor localizado fora de seu domicílio. Ocorre que tal postura feria os princípios básicos que, a partir da Constituição Federal de 1988, passaram a fundamentar a ordem econômica, dentre os quais o da defesa do consumidor. Sendo assim, em 1990 sobreveio a Lei 8.132, que, alterando o disposto no aludido art. 5º, consignou que “o consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta Lei em qualquer concessionário”.⁵³

Por estas razões, Luiz Gastão Paes de Barros Leães destaca que as mudanças operadas na Lei 6.729, de 1979, por força da mencionada Lei 8.132, de 1990, reconfiguraram a noção de área de exclusividade ou área demarcada.⁵⁴ A questão envolve a distinção entre duas situações de fato, bem definidas pelo direito antitruste norte-americano: (a) os *closed territories*, que são considerados ilícitos, e (b) as *areas of primary responsibility*, em regra lícitas.

Como destaca o aludido professor da USP, a primeira orientação (*closed territories*) está relacionada com a idéia de um privilégio, de um direito de exclusividade a uma determinada área geo-econômica (área demarcada), que constituiria uma “zona reservada de mercado”, inviolável e impenetrável pelos demais concessionários de uma mesma marca. Este entendimento foi o inicialmente adotado pela Lei 6.729, de 1979, ao estabelecer uma “área demarcada” como elemento inerente à concessão – área, esta, em que o concessionário tinha o direito exclusivo de negociar com os consumidores ali domiciliados. Tanto é verdade que na hipótese de violação desta área, destinada com exclusividade a determinada concessionária, esta teria direito de exigir parte da margem de comercialização das vendas ali realizadas por terceiros, tal como dispunha o antigo § 2º do art. 5º da Lei 6.729, de 1979.

Ocorre que – como adverte Barros Leães – esta idéia de exclusividade como um direito absoluto representa ofensa a princípios básicos da ordem econômica, tais como os da livre iniciativa e da livre concorrência. Sendo assim, em oposição ao conceito de *closed territories* a Lei 8.132, de 1990, instituiu a idéia de “área operacional de responsabilidade do concessionário”, ligada à noção de *areas of primary responsibility*, mencionada mais acima. De fato, e como se viu, o diploma em apreço permitiu ao consumidor adquirir bens e serviços em qualquer concessionária.

49. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 119.

50. Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 327.

51. Art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

52. Art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

53. Lei 8.132, de 1990, art. 5º, § 3º.

54. Barros Leães, artigo cit., *RDM* 110/16-21.

Por isso, o mencionado autor conclui que “as modificações introduzidas pela Lei n. 8.231/90 no art. 5º da Lei n. 6.729/79 produziram significativa alteração no conceito de exclusividade, concebido na legislação anterior de maneira cerrada, em rigorosa correlação com a idéia de zona territorial, assegurada, numa espécie de monopólio, ao titular da respectiva concessão comercial. Com a inserção da idéia de área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades, a exclusividade, embora inerente ao contrato de concessão comercial, deixa de privilegiar os interesses do concessionário para atender aos interesses concertados do concedente, dos consumidores e dos demais concessionários”.⁵⁵

Assim, o direito a uma área demarcada deixou de ser absoluto, sujeitando-se à liberdade de escolha assegurada aos consumidores tanto no plano constitucional como no legal.

Portanto, caberá sempre ao consumidor a faculdade de adquirir seus produtos por meio do concessionário que preferir, restaurando sua liberdade de escolher a pessoa com quem contratará. Isto lhe permite optar pelo fornecedor que lhe apresente os melhores preços e condições de pagamento – regras básicas de uma economia de mercado fundada na livre concorrência e na livre iniciativa, tal como previsto nos arts. 170, IV, e 1º, IV, da Constituição Federal.

Por tudo, Waldirio Bulgarelli destaca que, ainda que a tendência da Lei 8.132, de 1990, não tenha sido de efetivamente proteger o consumidor, ao menos não ofende os direitos deste. Isto em decorrência da nova redação que o diploma atribuiu ao art. 5º da Lei Ferrari. Seja como for, o mencionado autor observa que o aludido diploma legal resguarda os interesses dos consumidores, à medida que não permite a superposição dos interesses de concedentes e con-

cessionários sobre os interesses dos consumidores.⁵⁶

Assim, a interpretação do § 2º do art. 5º da Lei 6.729, de 1979, deve ser efetivada de modo sistemático, levando-se em consideração os demais dispositivos daquela mesma lei e, principalmente, os dispositivos constitucionais atinentes à ordem econômica. Ao permitir aos consumidores adquirir produtos e serviços nas concessionárias que lhes ofereçam as melhores condições de preço, prazo e atendimento, a nova redação do art. 5º da Lei 6.729, de 1979, atribuída pela Lei 8.132, de 1990, tornou possível uma interpretação compatível com os novos ditames da ordem econômica insculpidos pela Constituição Federal de 1988. De fato, mais acima restou claro que o art. 170 da Constituição, em seus incisos IV e V, determina que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deverá observar os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor. Ora, a anterior redação conferida ao art. 5º da aludida lei expressamente vedava qualquer concorrência no setor de venda de automóveis de uma mesma marca, afrontando o interesse dos consumidores, que eram obrigados a se submeter aos preços e condições impostos pelo revendedor de seu domicílio.

Destaque-se – como o faz José Afonso da Silva – que os princípios previstos no art. 170 da Constituição deverão orientar a interpretação das normas infraconstitucionais no âmbito da esfera econômica. De fato, os princípios informadores do regime econômico oferecem os valores que deverão nortear a correta compreensão do ordenamento jurídico. O autor destaca que tais princípios constituem os “critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso

56. Waldirio Bulgarelli, “O sistema de área demarcada no regime de distribuição de veículos automotores de via terrestre, perante as Leis 6.729, de 28.11.1979, e 8.132, de 26.12.1990”, in *Questões Atuais de Direito Empresarial*, p. 51.

55. Barros Leães, artigo cit., *RDM* 110/19-20.

submetido à sua jurisdição, como todo intérprete e aplicador do direito objetivo”.⁵⁷

Assim, a correta interpretação dos aludidos dispositivos será aquela que, atendendo aos princípios constitucionais da ordem econômica, permita ao consumidor adquirir o veículo que desejar perante a concessionária que lhe aprovar. Quando muito, o que restaria vedado seria a atuação direta de determinada concessionária, através da criação de filiais ou envio de vendedores à área de concessão de outra revendedora autorizada. Esta última hipótese configura o que a jurisprudência denomina de *venda ativa*.

De fato, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça esclarece que o art. 5º da Lei 6.729, de 1979, não veda “a simples venda de mercadoria a consumidor domiciliado além dos limites fixados, que procura a concessionária em sua base de comercialização”. O que restaria afastado seria a postura ativa, configurada pelo “estabelecimento de filial, agência ou escritório de vendas” ou “envio de vendedores ao setor de outra igual, a fim de ofertar seus veículos”.⁵⁸ Portanto, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça destaca que a incidência do disposto no § 2º do art. 5º da Lei Ferrari exige a comprovação de que a venda foi realizada por intermédio de representantes comerciais, filiais, escritórios de vendas ou por meio do envio de vendedores à área reservada a outra concessionária. Em outras palavras, deve restar demonstrada a postura ativa da concessionária desenvolvida na área de outras concessionárias, no sentido de promover a captação de clientela alheia.

Nesse sentido tem reiteradamente julgado o egrégio Superior Tribunal de Justiça ao observar que “a proibição contida nos arts. 5º, § 2º, e 17, II, da Lei 6729/79 não veda que a concessionária realize vendas a clientes residentes fora da sua área de atuação, mas apenas que adote uma postura ati-

va nesse sentido”.⁵⁹ Ou quando esclarece que “a vedação contida no art. 5º, *caput* e § 2º, da Lei n. 6.729/79 diz respeito ao exercício de atividades tendentes à captação da clientela dentro da área reservada a outra concessionária. Está fora se seu alcance, portanto, a aquisição de veículo por consumidor domiciliado em outra área”.⁶⁰ Por tudo, já se decidiu que “está fora do alcance da vedação contida no art. 5º da Lei n. 6.729/79 a aquisição de veículo por consumidor domiciliado em outra área”.⁶¹ Por todos, confirmam-se também os REsp 88.585-SP⁶² e 83.678.⁶³

Também o egrégio Tribunal de Justiça do Paraná já se manifestou sobre o tema, destacando que os consumidores “não estão obrigados a portar atestado de residência para exibir no ato de aquisição do veículo, nem podem ser forçados a adquirilos nesta ou naquela revendedora”.⁶⁴

Comentado o regime jurídico do contrato de franquia na Comunidade Européia, Miguel Maria Tavares da Cunha destaca que, a despeito de a cláusula de exclusividade territorial ter por efeito uma repartição de mercados – o que é vedado pelo art. 85, n. 1, alínea “c”, do Tratado da Comunidade Européia, o Regulamento 4.087, de 1988,⁶⁵ da Comunidade isenta em seu art. 2-a os acordos que contenham tais cláusulas, devido às vantagens que promovem para os diversos agentes envolvidos: franqueador, franqueado e consumidores.⁶⁶

59. REsp 167.100-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 12.5.1998, DJU 31.8.1998, p. 79.

60. REsp 37.822-SP, rel. Min. Torreão Braz, j. 27.6.1994, DJU 22.8.1994, p. 21.266.

61. REsp 31.088-SP, rel. Min. César Rocha, j. 18.12.1997, DJU 27.4.1998, p. 165.

62. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 8.9.1997, DJU 17.11.1997, p. 59.517.

63. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 5.12.1997, DJU 23.3.1998, p. 88.

64. Acórdão 3.978, 4ª C. Cível, Ap. 1.245, rel. Des. Jorge Adrighetto, j. 12.11.1986.

65. O diploma disciplina a figura da franquia.

66. Miguel Maria Tavares da Cunha, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Européia: a Franquia de Distribuição*, p. 317.

57. Ob. cit., p. 158.

58. STJ, REsp 3.836, rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

Todavia, a admissibilidade de uma cláusula nestes termos nos contratos de franquia não é incondicional, “porquanto não se pode estabelecer a proibição para os franqueados de venderem os bens ou prestarem os serviços objecto da franquia a utilizadores finais, pelo facto de estes (não) residirem em certos locais. Se uma cláusula desta índole for inserida num contrato de franquia, então a isenção concedida pelo Regulamento 4.087/88 não será aplicável (art. 5º, alínea ‘g’), e a liberdade contratual das partes cederá perante o valor da liberdade de concorrência”.⁶⁷

Indo até mais adiante, a Suprema Corte Norte-Americana considerou indevida indenização exigida em face de um distribuidor da *Sony* que promoveu a venda de produtos fora de sua área territorial, em detrimento dos interesses de determinado distribuidor a quem havia sido concedida exclusividade relativamente à região onde o consumidor se localizava.⁶⁸

Por tudo, não é vedado à concessionária vender seus produtos para fora de sua área de concessão. O que se evita é que determinada revendedora promova a instalação de filiais, agências ou envie vendedores seus para a área de outra concessionária, de forma a praticar venda ativa.

Portanto, a questão que se põe é saber se os serviços oferecidos através da Internet, que auxiliam ou promovem a venda de veículos, quando tais vendas sejam realizadas por concessionárias em favor de consumidores localizados além da área de responsabilidade reservada àquelas⁶⁹ restariam

vedados pelo regime jurídico decorrente da Lei Ferrari e do sistema antitruste brasileiro.

Pode-se dizer que os *sites* que apenas promovem informações aos consumidores a respeito das características dos veículos, dos preços praticados pelos revendedores, bem como das disponibilidades de estoque destes distribuidores, sem que haja a formalização de pedido *on line* de compra, não representam maiores problemas. Nesta hipótese o serviço apenas fornece informações ao consumidor que lhe permitirão entrar em contato com o revendedor que dispuser do veículo pretendido e oferecer o melhor preço. Trata-se de venda passiva, já que será o consumidor que procurará a concessionária que disponha do produto e do preço por ele desejados, ainda que tais informações tenham sido obtidas junto à Internet. Aliás, tal modalidade de informação não difere muito da publicidade promovida pelas concessionárias em jornais de ampla circulação, que levam aos consumidores localizados nas mais diversas regiões do país informações a respeito dos produtos, dos preços, das condições de pagamento que ofereçam, bem como os meios através dos quais o consumidor poderá entrar em contato com tais revendedoras. A iniciativa de compra, nestes casos, caberá sempre ao consumidor.

Tal entendimento também promove a aplicação do art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, o qual destaca que ao consumidor é assegurado o direito à educação e divulgação sobre o consumo, de forma a assegurar sua liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

Em comentários sobre o dispositivo José Geraldo Brito Filomeno traz exemplo que destaca o benefício trazido ao público consumidor pelas pesquisas realizadas pela Secretaria de Defesa do Consumidor de São Paulo a respeito dos produtos da chamada *cesta básica*, com divulgação diária, por meio das quais comparam-se os preços dos aludidos produtos nos diversos supermer-

67. Miguel Maria Tavares da Cunha, ob. cit., p. 321.

68. Cf. Miguel Maria Tavares da Cunha, ob. cit., p. 321.

69. As vendas realizadas pela Internet a consumidores localizados dentro da área de responsabilidade da própria concessionária que promoveu tais vendas perdem interesse para efeitos do presente estudo, já que certamente não representam ofensa à cláusula de exclusividade territorial imposta pela Lei Ferrari.

cados da Grande São Paulo. Desta forma informa-se o consumidor a respeito dos preços mais baratos, de forma a melhor exercer sua liberdade de escolha.⁷⁰

Situação diversa refere-se aos *sites* que recolhem pedidos de compra *on line*, repassando-os aos concessionários conveniados. Nestas situações o consumidor opta por determinado produto que apresente as características, inclusive de preço, que lhe interessem. Tal informação é repassada à concessionária conveniada que disponha do produto, a fim de que esta entre em contato com o aludido consumidor.

O confronto desta situação com a interpretação tradicionalmente conferida, tanto pelos tribunais como pela doutrina, ao art. 5º da Lei Ferrari poderia levar à conclusão de que esta modalidade de comercialização representaria venda ativa, uma vez que o concessionário promoveria venda de veículos a consumidores localizados fora de sua área de responsabilidade valendo-se de terceiros que realizam a captação de propostas de compra, nos moldes aproximados do contrato de agência ou representação comercial.

Tal posição é assumida pela Associação Brasileira de Distribuidores *Volkswagen*, que em nota referente ao *site CarSale* destacou que tal serviço representaria ofensa às normas da Lei Ferrari, já que permitiria a venda de veículos fora da área demarcada dos concessionários através da intermediação de terceiros.⁷¹

Todavia, ao que se infere, as situações fáticas que ensejaram a interpretação tradicional emprestada ao tema são diversas da que ora se discute. O desenvolvimento tecnológico e os mecanismos de promoção de vendas existentes ao tempo da formação desta corrente hermenêutica não tinham em mente esta nova realidade. Assim, talvez a

solução da questão demande não apenas o confronto desta nova situação com a tradicional interpretação conferida ao art. 5º da Lei Ferrari – cuja aplicação à presente situação talvez se revele insatisfatória –, mas exija o enfrentamento do tema à luz dos princípios que informam o regime concorrencial brasileiro.

Sendo assim, vale recordar que a delimitação de áreas de responsabilidade em favor dos concessionários representa, em certa medida, restrição à concorrência. É verdade que o sistema antitruste brasileiro permite excepcionalmente a prática de atos dos quais resulte uma certa limitação à concorrência. De fato, mais acima pretendeu-se apontar que o sistema concorrencial brasileiro é multifuncional, no sentido de que se reconhece a tutela não apenas do direito de liberdade de concorrência, como também interesses outros como os dos consumidores. Portanto, em tese e excepcionalmente se admite a restrição da concorrência com vistas a tutelar direitos dos consumidores. Resta saber quais interesses estão sendo efetivamente buscados quando se proíbe a venda de veículos por meio de *sites* que repassam às concessionárias pedidos de compra realizados *on line*.

Como reiteradamente noticiado nos meios de comunicação, a Internet tem proporcionado novas formas de comercialização, com inegáveis benefícios para o consumidor. No campo da comercialização de veículos tal sistema permite ao consumidor localizar o automóvel com as exatas características que deseja, não mais restando obrigado a se contentar com os veículos disponíveis no concessionário de seu domicílio. Também lhe proporciona acesso aos melhores preços praticados pelas concessionárias de todo o país. Certamente há benefícios ao consumidor e também ao mercado, eis que permite o acesso a um mecanismo de vendas que traz maior eficiência econômica ao sistema.

De outro lado há o interesse de alguns concessionários que resistem a tal modali-

70. Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, pp. 114-115.

71. Comunicado ASB-0109/00, de 17.5.2000.

dade de venda. Isto porque, com a difusão deste sistema, as concessionárias que desejarem se manter no mercado deverão reduzir suas margens de lucro, de forma a acompanhar o preço praticado pelas mais competitivas. O que não é interessante para as concessionárias acostumadas a praticar preços mais elevados. Nestas situações, o argumento da observância quanto à área de exclusividade é utilizado como escudo contra um sistema de vendas que se revela benéfico aos consumidores, ainda que não o seja integralmente para alguns revendedores.

E tal pretensão não se encontra entre os objetivos buscados pelo sistema antitruste brasileiro. Já se disse mais acima que o art. 54 da Lei 8.884, de 1994, somente autoriza atos restritivos da concorrência quando disto decorram benefícios também aos consumidores ou se proporcione maior eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Portanto, o que se pretende dizer é que tal modalidade de venda de automóveis pela Internet representa situação nova, para além das hipóteses já enfrentadas pela doutrina e jurisprudência, e que, portanto, também demanda soluções novas. Em outras palavras, talvez o deslinde da questão não deva se ater à possibilidade ou não de subsunção da presente situação às hipóteses já enfrentadas pela jurisprudência quando da aplicação do art. 5º da Lei Ferrari. É necessária a análise do tema em face dos dispositivos constitucionais e legais que definem o regime jurídico da livre concorrência.

Por fim, vale recordar – como o fazem Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni – que a imposição de exclusividade territorial para a venda de veículos é uma exceção, uma restrição à regra geral da livre concorrência e da livre iniciativa, cujos limites e possibilidades encontram-se estritamente definidos na Lei 6.729, de 1979. Tratando-se de uma exceção, os dispositivos da Lei 6.729 que importarem restrição de concorrência não admitirão interpretação extensiva. É por isso que os autores esclarecem que a interpretação extensiva do pre-

ceito levaria à violação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.⁷²

10. Conclusão

Uma posição mais tradicional quanto ao significado da área de responsabilidade atribuída aos concessionários permitiria concluir pela possibilidade de prestação de alguns serviços de vendas pela Internet apontados acima. Assim, e por exemplo, pode-se cogitar de venda direta ao consumidor final promovida pelo fabricante que, mediante prévio acordo com sua rede de distribuidores, realizaria o pagamento do valor da margem de comercialização ao revendedor do domicílio do consumidor adquirente, nos termos do art. 15 da Lei 6.729, de 1979. Soluções que representassem vendas diretas sem prévio ajuste com a rede de concessionários ou que desconsiderassem a necessidade de pagamento de uma margem de comercialização poderiam configurar tanto violação das regras fixadas no mencionado art. 15 como também abuso de poder econômico.

Já, no plano das vendas realizadas pelos concessionários também seriam admissíveis os *sites* que se limitassem a prestar informações sobre os veículos, tais como sobre os preços praticados e sobre os modelos disponíveis em estoque nas concessionárias, porém sem que se permitisse a formalização de pedidos de compra *on line*. Isto poderia configurar uma conduta ativa do concessionário no sentido de captar clientela alheia, ainda que por meio de terceiros.

Situação diversa é a dos serviços prestados pelos *sites* que aceitam pedidos *on line*, repassando-os para as concessionárias cadastradas, as quais entrarão em contato com o consumidor. Tal hipótese parece não encontrar respaldo na atual interpretação atribuída ao art. 5º da Lei 6.729, de 1979, eis que tais serviços poderiam ser assimi-

72. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, artigo cit., RDM 114/271.

lados à atuação de prepostos das concessionárias que estariam promovendo a captação de clientela na área reservada com exclusividade a outrem.

Ocorre que os princípios e regras que fundamentam o regime jurídico antitruste brasileiro não permitem atos restritivos de concorrência que não levem à maior eficiência econômica ou ao desenvolvimento tecnológico ou, ainda, que não permitam repartir os benefícios daí decorrentes com os consumidores. Trata-se de restrição à livre concorrência que parece não encontrar respaldo diante da sistemática antitruste.

Recorde-se que o regime jurídico antitruste brasileiro busca tanto a garantia da liberdade de concorrência como a tutela dos interesses dos consumidores e a maior eficiência econômica. Não há espaço para o mero interesse econômico, e não jurídico, dos agentes do mercado, no sentido de garantir maiores lucros às custas da eficiência do sistema, da concorrência e dos interesses dos consumidores.

Como se viu, a Constituição Federal de 1988 expressamente tutela os princípios da livre iniciativa, da liberdade de concorrência e da defesa do consumidor. No plano infraconstitucional, a Lei 8.884, de 1994, visa a prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica, o que se fará tendo em vista os aludidos princípios constitucionais, tal como exige seu art. 1º. Por fim, o art. 54 do diploma legal em destaque não autoriza práticas restritivas da concorrência que não representem maior eficiência econômica na produção e distribuição de produtos e que não proporcionem benefícios aos consumidores.

Por fim, vale lembrar – como o faz Fran Martins – que o direito comercial é um direito elástico, no sentido de que a consagração de novos usos e práticas nas transações comerciais demanda a adaptação e aceitação por parte desse ramo do Direito. É por essa razão que o direito comercial é capaz de renovar-se constantemente.⁷³ No mesmo

sentido, observa Alfredo de Assis Gonçalves que as normas do direito comercial não podem embarçar a atuação do empresário. Em verdade, devem permitir a realização imediata dos negócios empresariais.⁷⁴

Não resta descartada a hipótese de que, mediante uma análise mais aprofundada sobre o tema, talvez se possa chegar à conclusão de que também o regime jurídico imposto pelos princípios constitucionais atinentes à ordem econômica e as regras constantes da Lei 8.884, de 1994, vedariam a prestação de tais serviços em que há o repasse de pedidos formulados *on line*. Todavia, mesmo assim esta nova realidade não deve ser interpretada à luz das situações passadas que levaram ao atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito da exclusividade inerente à concessão de veículos automotores.

Em verdade, a situação ora enfrentada demanda uma manifestação do papel regulador do Estado no sentido de, ponderando os diversos objetivos buscados pelo sistema de defesa de concorrência brasileiro, separar com maior precisão as condutas que verdadeiramente representam tutela de interesses legítimos em face do ordenamento jurídico daquelas que transbordam para o campo da concorrência desleal ou da restrição indevida da concorrência.

Enquanto isto não ocorre, caberá à jurisprudência verificar quais os comportamentos que não guardam consonância com os fundamentos do sistema concorrencial.

Referências bibliográficas

ABRAC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS CONCESSIONÁRIAS *CHEVROLET*. Revista *Em Rede* 28. Maio-junho de 2000 (www.abrac.com.br).

73. Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, p. 37.

74. Alfredo de Assis Gonçalves, *Direito Comercial – Apontamentos*, p. 100.

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I. Coimbra, Almedina, 1998.
- BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. "O conceito de área demarcada na concessão comercial de veículos". *RDM* 110. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- BULGARELLI, Waldirio. "Concessão de veículos automotores terrestres". In: *Problemas de Direito Empresarial Moderno*. São Paulo, Ed. RT, 1989.
- . *Contratos Mercantis*. São Paulo, Atlas, 1998.
- . "O sistema de área demarcada no regime de distribuição de veículos automotores de via terrestre, perante as Leis 6.729, de 28.11.1979, e 8.132, de 26.12.1990". In: *Questões Atuais de Direito Empresarial*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra, Almedina, 1987.
- CASSESE, Sabino. "Lo 'Stato pluriclasse'". In: GIANNINI, Massimo Severo. *L'Unità del Diritto*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- CHIRILLO, Eduardo J. Rodrigues. *La Privatización de la Empresa Pública y Post-Privatización*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Européia: a Franquia de Distribuição*. Coimbra, Almedina, 1998.
- FORGIONI, Paula A., e GRAU, Eros Roberto. "Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 ('Lei Ferrari')". *RDM* 114. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- GIANNINI, Massimo Severo. *L'Unità del Diritto*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito Comercial. Apontamentos*. Curitiba, Juruá, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- , e FORGIONI, Paula A. "Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 ('Lei Ferrari')". *RDM* 114. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Dialética, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Ed. RT, 1999.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado*. Madrid, Marcial Pons, 1993.
- . *La Regulación Económica*. Buenos Aires, Depalma (p. 99).
- PAES, P. R. Tavares. *Obrigações e Contratos Mercantis*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

ROPOPO, Enzo. *O Contrato.* Coimbra, Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as Estruturas.* São Paulo, Malheiros Editores, 1998 (pp. 32-33).

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía.* Valência, Tirant lo Blanch, 1995 (p. 59).