



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

EUCLIDES ROSA FILHO

**Validade de Cláusula de Exclusividade no
Aprovisionamento em Canais de Telefonia Móvel Celular
Estudo de caso**

Porto Alegre, 2003

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

EUCLIDES ROSA FILHO

**Validade de Cláusula de Exclusividade no
Aprovisionamento em Canais de Telefonia Móvel Celular
Estudo de caso**

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Administração.

Orientador: Prof. Ivan Antonio Pinheiro

Porto Alegre, 2003

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)

n. autor Rosa Filho, Euclides

Validade de cláusula de exclusividade no aprovisionamento em canais de telefonia móvel celular. Estudo de caso / Euclides Rosa Filho. – Porto Alegre, 2003.

Dissertação de Mestrado – Ufrgs, Escola de Administração, 2003.

1 assunto. 2 assunto | Título.

n. classificação

TRABALHO APRESENTADO EM BANCA E APROVADO POR:

Conceito final:

Porto Alegre, de de 2003.

Professor orientador: Prof. Ivan Antonio Pinheiro

Aluno: Euclides Rosa Filho

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Ivan Pinheiro pela dedicação, disponibilidade e conhecimento, que possibilitaram a realização deste trabalho.

Agradeço também aos professores doutores Carlos Alberto Vargas Rossi, Luiz Antônio Slongo e Fernando Bins Luce pela ciência, disponibilidade, amizade e valiosos dados fornecidos, que foram vitais para as conclusões do trabalho.

Agradeço à professora doutora Neide Malard da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Brasília pela ajuda inestimável, repassando farto material jurídico para análise, e pela disponibilidade constante na troca de idéias, que foram fundamentais para a consecução do trabalho.

E finalmente, mas não menos importante, agradeço a Claro Digital, pela forma amigável e pela constante disponibilidade de seus diretores e gerentes, que de forma incansável forneceram todos os dados que lhe foram solicitados durante o período de pesquisa para elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho buscou analisar a utilização da cláusula de exclusividade no provisionamento inserida por operadora de telefonia celular no Estado do Rio Grande do Sul em contratos de credenciamento de canais de distribuição caracterizados por redes de lojas de varejo multimarcas, utilizando-se nesta análise de conceitos de marketing e jurídicos, procurando na literatura das duas ciências as assertivas que embasassem suas conclusões. Todos os aspectos disponíveis na literatura, utilizáveis a juízo do autor para justificar os prejuízos sofridos pelas operadoras entrantes no mercado relevante retro referido foram abordados, de forma a dar sustentação às premissas de conclusão do trabalho. Preocupou-se este trabalho também em demonstrar a importância do Marketing como ciência complementar do Direito, especializado na obtenção de dados e métricas capazes de alicerçar as decisões a serem proferidas pelos profissionais do Direito na solução de práticas alegadamente restritivas à concorrência ou colusórias. A demonstração se faz através da busca dos conceitos que espelhem a realidade dos mercados e fatos econômicos que clamam pela incidência de normas jurídicas, conceitos estes que explicam o uso do poder nos canais de distribuição analisados na ótica do marketing, bem como no conflito dentro destas estruturas organizacionais de mercado, que medidos, na forma sugerida no trabalho, se constituem em preciosa referência a ser utilizada pelo direito, para declarar se determinada prática é legal ou ilegal. Todos os aspectos disponíveis na literatura, que seriam utilizáveis a juízo do autor para justificar os prejuízos sofridos ou eficiências ganhas pelas operadoras que atuavam ou pelas que estavam entrando ou viriam a entrar no mercado analisado, foram abordados, algumas vezes de forma até bem sucinta. Para tanto, foram analisadas as condições de mercado, a posição dominante, o mercado relevante, para definir se era todo o Estado, ou se algum dos municípios, a eficiência alcançada na transação resultante da inserção da cláusula de exclusividade, as práticas utilizadas nos países com alta industrialização e por consequência envolvidos em mercados bem mais sofisticados e complexos para resolver problemas equivalentes, e, até mesmo, considerados os custos da operadora entrante em desenvolver alternativas comerciais aos canais obstaculizados, para avaliar a capacidade de resposta eficiente ao problema e custos atinentes ao desenvolvimento destas alternativas. Ao final, procurou-se dar uma conclusão ao trabalho, utilizando-se as métricas indicadas, de forma a concretizar a possibilidade de utilização do marketing como uma das mais eficientes ciências para metrificar coerentemente o suporte fático sobre o qual devem incidir os juízos de valor a serem emitidos pela ciência do Direito.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the use of the exclusive supplier clause included in contracts made by cellular phone operators in the state of Rio Grande do Sul when credentiaing distribution channels characterized by multi-brand retail shopping chains. Marketing and Judicial concepts were employed in this analysis and the conclusions drawn were all based on assertions contained in literature concerning these two sciences. All the aspects available in literature that could be used by the author to justify the losses suffered by the start up operators in the referred to relevant retro market were examined so as to support the premises in the conclusion of the study. This study also aimed at demonstrating the importance of the science of Marketing as a complement to that of Law and how Marketing is specialized in obtaining data and parameters/metricas which are capable of fundamenting decisions to be made by legal professionals when deciding on practices that are alleged to restrict competition or to be collusive. The demonstration is done by examining the concepts that mirror the market realities and economic facts that clamor for the presence of judicial norms. These concepts explain the use of power in the distribution channels analysed from a marketing point of view, as well as in the conflict within these organizational market structures which, if measured in the manner suggested by the study, constitute a precious reference to be used by the law in declaring if a certain practice is legal or illegal. All the aspects available in literature which could possibly be used, in the author's opinion, to justify the losses incurred or the efficiency gained by the cellular operators that were already in the relevant market, or by those that were entering or would enter the relevant market, were analysed, sometimes only very succinctly. To do this, all the following aspects were examined: the market conditions; the dominant position; the relevant market to define if it included all the state or only a few municipalities; the efficiency gained in the business as a result of the insertion of the exclusivity clause; the practices employed in highly industrialized countries that had to solve the same problems in much more sophisticated and complex markets; and even the costs involved for a start up operator to develop commercial alternatives to the channels considered off-limits, the capacity to respond efficiently to the problem and the costs incurred in developing these alternatives. At the end, an attempt is made to conclude the study using the indicated parameters/metricas so as to concretely demonstrate the possibility of using marketing as one of the most efficient sciences to coherently measure/metrificar the factual/fatico_support upon which the science of Law should base its judgement of values

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA	15
3 IMPORTÂNCIA DO ESTUDO	18
4 DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS	20
5 REVISÃO DA LITERATURA	21
5.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA DO CANAL DE MARKETING	21
5.2 ESTRUTURA DO CANAL DE MARKETING	24
5.2.1 Extensão da Estrutura do Canal.....	25
5.2.2 Intensidade da Estrutura do Canal	26
5.2.3 Tipos de Intermediários na Estrutura do Canal.....	27
5.3 O PODER EM CANAIS – OBTENÇÃO, USO E MANUTENÇÃO	28
5.3.1 As Fontes do Poder.....	30
5.3.2 O Equilíbrio do Poder	37
5.3.3 Estratégias de influência	42
5.4 O CONFLITO EM CANAIS	44
5.4.1 As Conseqüências do Conflito	47
5.5 A INTENSIDADE DE DISTRIBUIÇÃO E AS RESTRIÇÕES VERTICAIS	50
5.6 ASPECTOS LEGAIS REFERENTE À UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS EM CONTRATOS DE CANAIS	52
5.6.1 Mercado a considerar ou mercado relevante.....	56
5.6.2 Distribuição e Concentração Econômica.....	57
5.6.3 Distribuição e Integração.....	59
5.6.4 Distribuição integrada	60

5.6.5 Rede de Distribuição Exclusiva	61
5.7 CONCLUSÕES SOBRE A REVISÃO DA LITERATURA.....	66
6 PROCEDIMENTO UTILIZADO NA PESQUISA	68
6.1 DA AMOSTRA ESCOLHIDA.....	69
6.2 DA ENTREVISTA	70
6.3 DO PRÉ-TESTE DOS QUESTIONÁRIOS	71
6.4 DAS LIMITAÇÕES DO MÉTODO	71
6.5 FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS.....	72
7 NARRAÇÃO DOS FATOS	73
8 A ÓTICA DE VALIDADE DA CLÁUSULA	78
8.1 A SUSTENÇÃO DE VALIDADE PELA PROPONENTE	78
8.2 A FUNDAMENTAÇÃO DA REDE VAREJISTA	81
8.3 A PERCEPÇÃO DAS REDES DE VAREJO SOBRE A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO APROVISIONAMENTO.....	83
8.4 CONSOLIDAÇÃO DA PERCEPÇÃO DOS CANAIS	98
9 FATORES A SEREM ANALISADOS	103
9.1 AMBIENTE	103
9.2 ANÁLISE JURÍDICA DA SITUAÇÃO.....	106
9.2.1 Direito Comparado	106
9.2.2 Análise da Prática pelo Ângulo do Direito Brasileiro	109
9.2.3 Análise dos Dados Práticos Disponíveis	111
10 ASPECTOS A CONSIDERAR PARA AS CONCLUSÕES.....	116
10.1 MERCADO RELEVANTE.....	116
10.2 SENSIBILIDADE DO MERCADO A PRÁTICAS RESTRITIVAS.....	119
10.3 POSIÇÃO DOMINANTE.....	120
10.4 ÍNDICE DE FECHAMENTO DO MERCADO.....	120
10.5 DA OBSTACULIZAÇÃO DA DEMANDA	122
11 CONCLUSÕES.....	126

11.1 VALIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO APROVISIONAMENTO USADA EM CANAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE TELEFONIA CELULAR	126
11.2 OBJETIVOS COMPLEMENTARES	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136
APÊNDICE.....	140

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – DEMONSTRATIVO DE NUMERO DE ACESSOS POR REGIÃO.....	16
FIGURA 2 – DEMONSTRATIVO DE PARTICIPAÇÃO DAS REDES POR POPULAÇÃO.....	113
FIGURA 3 – DEMONSTRATIVO DE DISTRIBUIÇÃO DOS PONTOS DE VENDAS DAS REDES DE VAREJO SEGMENTADO POR REGIÃO.....	114
FIGURA 4 – DEMONSTRATIVO DO INDICE DE FECHAMENTO DO MERCADO DO MERCADO ESTUDADO.....	121
FIGURA 5 – CONCLUSÃO DO OBJETIVO DO TRABALHO	135

1 INTRODUÇÃO

A privatização dos serviços de telefonia no Brasil, ocorrida em 1998, deu início a um acelerado incremento do uso do telefone fixo e celular no país, com a universalização dos serviços e com maciços investimentos feitos pelas operadoras em infra-estrutura. Esta privatização e universalização do uso dos sistemas telefônicos deu também início a uma competição acirrada no setor, o que não ocorria até então em função do monopólio estatal. Esta competição que se instaurava fez com que as empresas que se instalavam nas regiões alocadas buscassem criar canais de distribuição efetivos para seus serviços, em um mercado que não tinha *expertise* no ramo. Para tanto, as empresas operadoras fizeram importantes investimentos em marketing e em treinamento de mão-de-obra de forma a viabilizar a prestação dos serviços e sua imediata disponibilização aos usuários finais, no ainda praticamente inexplorado mercado de telefonia, fixa e móvel.

Para fazer frente a esse desafio, as operadoras criaram seus canais e com eles suas políticas de regulação dos mesmos, usando do poder que dispunham. Entre os mecanismos criados estava a cláusula de exclusividade no provisionamento, inserida nos contratos de credenciamento de canais, com médio prazo de vigência.

A inserção desta cláusula por parte da operadora de banda A, que foi a primeira que se instalou (1990), posto que sucedeu a empresa estatal de telefonia celular, gerou inconformidade na operadora de banda B, que se instalou em fevereiro de 1999, para os canais de distribuição.

As operadoras de telefonia celular em geral se prepararam para enfrentar um recrudescimento ainda maior da concorrência direta, já que em outubro de 2002

entrou em operação a operadora da banda D de serviços no Estado do Rio Grande do Sul.

Em função desta concorrência, existente e entrante, devem as empresas operadoras do serviço estruturar seu canal, de forma a utilizar, com critério, seu poder sobre o mesmo, mantendo-os livres do assédio das demais operadoras, sem, no entanto, utilizar tal poder abusivamente, de forma a infringir disposições legais relativas à concorrência.

O conhecimento das regras elencadas na legislação vigente, bem como o uso parcimonioso do poder, de forma a não caracterizar abuso, dificultando a concorrência e o poder de escolha do consumidor, obriga as operadoras a desenvolver mecanismos de retenção mais sofisticados e, por consequência, mais adequados ao legalmente permitido.

Assim, o objetivo deste trabalho é a análise da validade jurídica da utilização de cláusulas comerciais de exclusividade no provisionamento para reter canais de distribuição, mantendo-os fidelizados às operadoras no mercado de telefonia celular no Rio Grande do Sul. Complementarmente, busca o trabalho demonstrar que é o Marketing a ciência que mais fornece aos operadores do Direito subsídios para a emissão de juízos de valor em práticas comerciais restritivas, através de métricas de avaliação do comportamento do mercado relevante, que se consitui no suporte fático à incidência das normas jurídicas que expressam o valor social dos atos inquinados ou julgados.

Na seqüência, procura-se contextualizar a atual situação do mercado de telefonia móvel celular na Região Sul do país, apresentando, de forma sucinta, o problema que deu origem ao trabalho, os objetivos desta pesquisa e a importância que justifica a realização do estudo.

No capítulo 5 apresenta-se a revisão da literatura, com a base teórica necessária para o melhor entendimento do tema, que vai embasar as conclusões que serão apresentadas a seguir, estas alicerçadas na percepção de gerentes executivos das operadoras no canal, e dos executivos do próprio canal sobre a existência, sentimento e conflito potencial das restrições impostas. Em seguimento,

apresentam-se os procedimentos usados nas entrevistas que ilustram este estudo de caso, e, ao final, destacam-se as evidências coletadas e faz-se uma análise crítica das mesmas, bem como apresentam-se as conclusões que se seguiram a esta análise.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

A contextualização é importante neste estudo de caso na medida em que se procura apresentar potencialidades do mercado de telefonia móvel celular no Rio Grande do Sul e as expectativas do governo quanto ao seu crescimento face à demanda reprimida.

O serviço de telefonia móvel celular foi implantado no Brasil em 1990 e, até 1997, só era oferecido por empresas do sistema Telebrás. Com a privatização, em 1998, iniciaram a operar no Brasil as empresas da chamada banda B, que passaram a competir com as operadoras da banda A já instaladas. O serviço de telefonia celular, a partir daí, cresceu acentuadamente em todo o País, embora em ritmos diferentes entre as regiões, tanto que hoje possui um número de usuários maior que o da telefonia fixa.

Na Região Sul, em 2000, o maior número de celulares encontrava-se no Rio Grande do Sul, com 1,2 milhões em 1999, 103% a mais que tinham Paraná e Santa Catarina. Espera-se, diante do início do esgotamento do mercado gaúcho, que, nos próximos anos, o ritmo de crescimento da base celular no Paraná e Santa Catarina seja mais intenso que no Rio Grande do Sul.

Desta forma, espera-se que, em 2005, o Paraná com 3,4 milhões de acessos deverá estar próximo do Rio Grande do Sul (3,6 milhões de acessos), enquanto Santa Catarina deverá contar com cerca de 2 milhões de acessos, segundo projeções da própria Anatel em seu Anuário de 2000.

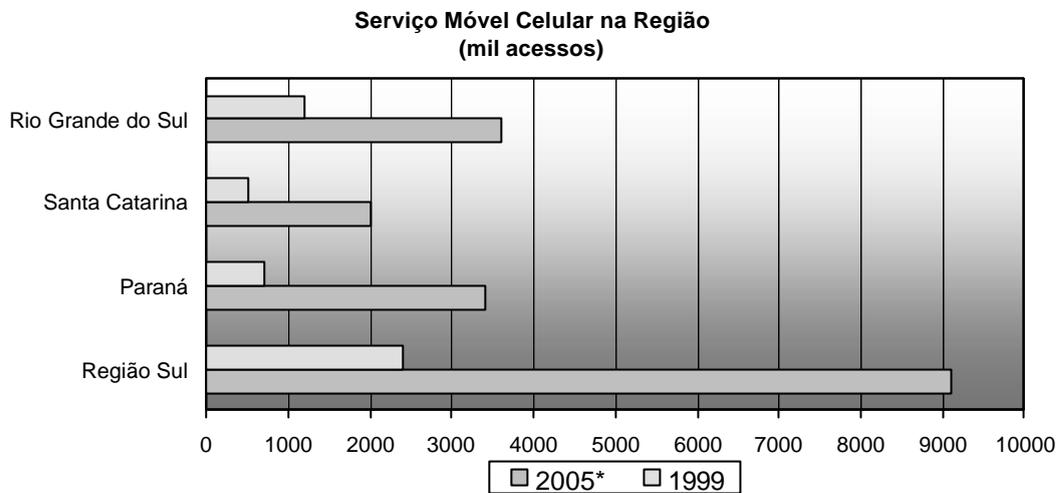


Figura 1 – Demonstrativo de Numero de acessos por Região

Fonte: Anuário da Anatel. Ano 2000.

A expectativa, hoje, é de que o mercado já comece em 2004 a emitir claros sinais de alta penetração, com redução significativa das vendas, o que deverá acirrar ainda mais a já densa concorrência, tornando a disputa por *market share* em uma importante demonstração de técnica comercial, em que as vantagens competitivas devem tornar as empresas diferenciadas em relação à concorrência.

Como se pode ver nos números referidos, a grande expectativa de penetração deveria ocorrer entre 1999 e 2002, declinando então a curva, quando se espera que possa o mercado dar sinais de alta penetração e, com isto, mudando o papel das vantagens competitivas exigidas.

Em função destas expectativas, a operadora já instalada na região 6 (Estado do Rio Grande do Sul) desenvolveu estratégias visando reduzir a demanda reprimida existente para telefonia móvel e aumentar significativamente a eficiência competitiva no acirrado mercado que se tornaria o Estado face à iminente entrada de uma nova operadora de banda B do espectro.

Dentre as estratégias adotadas, uma foi a que buscou atrelar à sua bandeira todas as redes de varejo para equipamentos eletro eletrônicos existentes na região.

A forma jurídica para tanto foi a utilização de contratos com cláusula de exclusividade no provisionamento com toda a rede de varejo multimarcas disponível no Estado, prevendo multas contratuais de até 100% da totalidade dos valores recebidos pelo canal contratado durante todo o relacionamento com a citada operadora de banda A, caso tal exclusividade não fosse respeitada durante a vigência do contrato, que era inicialmente de três anos.

Ao se deparar com um mercado de varejo multimarcas praticamente todo atrelado a uma das operadoras, que detinha posição dominante no mercado do Rio Grande do Sul (100% de todo o mercado, já que era herdeira de um monopólio estatal), face aos contratos de credenciamento firmados com cláusulas de exclusividade, por longo prazo (em média 3 anos), obrigou-se a operadora entrante a desenvolver alternativas que possibilitassem sua reação. Assim, a par de desenvolver novos canais alternativos em regime de urgência e treiná-los, buscou a operadora que se julgava prejudicada pela estratégia a manifestação da autoridade reguladora sobre a prática adotada pela concorrente, distribuindo representação junto aos órgãos regulatórios. As autoridades buscaram, através de processos próprios, identificar a validade da referida cláusula, diante dos questionamentos levantados sobre sua utilização como prática restritiva à concorrência.

É de se frisar que as alternativas adotadas pela entrante aos canais exclusivos da operadora de banda A tomaram algum tempo para se tornar operativos, tempo este que originou a eliminação da demanda reprimida existente no Estado pelo operadora de banda A.

3 IMPORTÂNCIA DO ESTUDO.

Num contexto de competição acirrada, a necessidade de se dispor de canais de distribuição é vital na condução de qualquer operação de envergadura em qualquer mercado. A existência de um canal de distribuição bem constituído transforma-se em diferencial competitivo de difícil imitação. Este é um dos ramos de negócios nos quais os consumidores se fidelizam mais ao ponto de venda que ao fornecedor do bem ou serviço (SLONGO, 2001).

A inserção de cláusulas restritivas à concorrência, em mercados estratégicos e que se constituem em mercados de concessão, traz à sociedade de consumidores virtual prejuízo, na medida que lhe veda o acesso a produtos facilmente substituíveis.

A manutenção do monopólio sobre pontos de venda de relevante importância comercial, além do desestímulo à competição, com elevados prejuízos a outras operadoras, e impacto direto sobre a continuidade do negócio, implica também prejuízos à comunidade consumidora, que se vê privada da oportunidade de escolha e de substituição, posto que elimina a concorrência, infringindo assim expressas disposições legais e constitucionais, impondo sanções de natureza administrativa, econômica e até mesmo penal ao seu infrator. Por tais motivos, a limitação do uso desta cláusula, quando abusiva, por meios dos tribunais ou órgãos de vigilância da concorrência, transita obrigatoriamente pela sua exata compreensão e dimensão de seus efeitos e resultados. O presente estudo de caso analisa a validade jurídica da cláusula utilizada à luz dos conceitos do marketing e do Direito.

A importância deste trabalho reside também no fato de que não existe nenhum outro trabalho anterior que contemple análises como as propostas,

utilizando conceitos e ferramentas multidisciplinares, jurídicas e de marketing, e que também tenha se proposto a analisar cláusulas de exclusividade de aprovisionamento em canais de varejo multimarca num determinado mercado de telefonia móvel.

4 DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS

O objetivo principal do trabalho reside em analisar detalhadamente e compreender a cláusula de exclusividade de provisionamento existente em contratos de credenciamento de membros de canal de operadora de telefonia móvel no Estado do Rio Grande do Sul, utilizando conceitos do Direito e do Marketing, buscando a validade ou não da restrição, face aos seus resultados analisados sob a ótica do pesquisador com base no disposto na doutrina jurídica e na literatura de marketing disponível no Brasil, nos Estados Unidos e na Comunidade Européia.

Constitui-se objetivo suplementar do trabalho a comprovação de que, dada as peculiaridades do Direito, o Marketing constitui-se em valiosa fonte de evidências e métricas, capazes de viabilizar aos julgadores dos órgãos fiscalizadores das políticas concorrenciais, emitir juízos de valor correta e objetivamente embasados sobre fatos econômicos que lhe são submetidos versando sobre colusões ou práticas restritivas a concorrência.

5 REVISÃO DA LITERATURA

O objetivo deste capítulo é estabelecer uma base conceitual sobre a qual repousam as conclusões deste estudo. As entrevistas e os dados coletados neste estudo valem-se dos embasamento e foco nas disposições conceituais encontradas no Marketing e no Direito, que servirão para embasar a conclusão do estudo. A revisão é multidisciplinar (Marketing e Direito), envolvendo no Marketing os conceitos mais remotos de canal de distribuição, que vai até sua formação e definição de intensidade, por se constituírem tais conceitos em importantes elementos de compreensão das dificuldades do concorrente quando se defronta com políticas colusivas verticais em canais de relativa importância em determinado mercado relevante, e se estende até as posições doutrinárias dominantes no Direito, que levem a concluir se a cláusula em comento é dotada de validade e eficácia jurídica ou se é colusiva na sua essência.

5.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA DO CANAL DE MARKETING

Preliminarmente a todas as questões que estão sendo suscitadas neste trabalho, mister se faz conceituar o que seja canal de venda ou canal de marketing. Tal conceituação foca o assunto a ser estudado, porque é dentro deste conceito que se delinea a genética colusiva que se quer abordar.

A estratégia de canais de marketing, juntamente com os outros três Ps do composto – produto, preço, promoção –, precisa ser desenvolvida e harmonizada para atender às demandas dos mercados-alvo da organização. Dependendo da

empresa e do sistema de comercialização adotado, os canais de marketing podem desempenhar um papel relevante nos esforços da empresa para que ela tenha vantagem competitiva (BERT ROSENBLOOM, 1999).

CANAL DE MARKETING, que também é chamado de CANAL DE DISTRIBUIÇÃO, é a rede da organização que cria para o mercado utilidades de tempo, lugar e posse, que são condições que possibilitam aos consumidores dispor dos produtos quando e onde quiserem (ROSENBLOOM, 1999).

Segundo Rosenbloom, o exemplo clássico seria o caso do Volkswagen Beetle, inspirado nos fuscas dos anos 50 e 60, que se constitui num produto que conquistou a imaginação do público e, em função disso, tem grande demanda. Embora a Volkswagen seja uma empresa alemã, o novo Beetle é fabricado no México. Quando esses carros saem da linha de montagem e da porta da fábrica, eles parecem estar totalmente prontos. Mas estão? Na verdade, eles estão prontos somente quanto à utilidade de forma, a qual foi provida através do processo de fabricação. No entanto, por mais excitantes e belos que esses carros possam ser, para serem úteis aos consumidores eles precisam estar disponíveis no momento e no lugar em que estes os querem e é preciso fazer arranjos para que os consumidores possam de fato tomar posse do produto através de compra ou arrendamento. Em outras palavras, ainda é preciso acrescentar as utilidades de tempo, lugar e posse para que esses carros estejam prontos do ponto de vista da satisfação das necessidades dos clientes. É claro que um Beetle na fábrica do México tem pouca utilidade para um consumidor em San Francisco que quer um para rodar pelas ruas dessa cidade. São os canais de marketing que criam essas outras utilidades não apenas para o Volkswagen Beetle, mas também para milhões de outros produtos (ROSENBLOOM, 1999).

A criação de utilidades de tempo, lugar e posse pode resultar de canais de marketing simples ou complexos. Os mercados de carros são relativamente simples, posto que são vendidos pelo fabricante a revendedores varejistas, que, por sua vez, os vendem a consumidores. Os carros são transportados da fábrica até os *showrooms* dos revendedores por transportadores ferroviários ou rodoviários independentes, que cobram por seus serviços. Assim, os participantes deste canal

de marketing são os fabricantes, os varejistas, os consumidores e as empresas transportadoras. Porém, somente os três primeiros pertencem ao **canal de vendas**, que é uma das partes do processo de distribuição envolvida em comprar, vender e transferir a propriedade. As transportadoras, que não compram, não vendem nem transferem a propriedade dos carros, fazem parte do denominado **canal de facilitação**. Empresas de armazenagem, seguradoras, financeiras, empresas de pesquisa de mercado e vários outros tipos de empresas também participam com frequência como organizações de facilitação em vários canais de marketing (ROSENBLOOM, 1999).

Alguns canais de marketing são mais complexos que aquele usado para o Beetle. São os produtos que vão dos fabricantes aos atacadistas, aos varejistas e então aos consumidores, possuindo uma organização a mais (o atacadista) em relação aos canais de automóveis.

Os canais de vendas mais simples vão diretamente dos produtores aos clientes, como no caso da Dell Computer Corporation, que vende todos os seus produtos diretos da fábrica aos clientes. Entretanto, o canal de facilitação da Dell, que usa telefone, correio e Internet para a colocação de pedidos, bem como UPS, Federal Express e outras transportadoras para entregar seus computadores aos clientes, é mais complexo do que o seu canal de vendas.

Tanto o canal de vendas como o de facilitação são normalmente necessários para criar utilidades de tempo, lugar e posse. No entanto, tornou-se prática costumeira em marketing descrever e ilustrar os canais de marketing somente em termos do canal de vendas, porque é ele que envolve as funções de compra, venda e transferência de propriedade, no qual surgem quase todas as questões estratégicas de marketing. Por exemplo, a Volkswagen, ao montar seu canal de vendas, enfrentou questões de estratégia de marketing como identificar e selecionar os tipos adequados de revendedores para o novo Beetle, convencê-los a operar com números suficientes de carros (em especial depois que eles deixam de ser novidade), motivá-los para fazer um trabalho eficaz de promoção e venda dos carros, além de certificar-se de que eles prestam um bom serviço de assistência técnica e de garantia.

Além disso, a Volkswagen também precisou preocupar-se com muitas outras questões, como a parte do seu relacionamento continuado com os revendedores independentes, como os futuros níveis esperados de estoques, treinamento do pessoal de vendas e assistência técnica, condições de crédito, avaliação de desempenho dos revendedores e assim por diante. Em contraste, os esforços da Volkswagen para conseguir transporte, armazenagem, seguro e assuntos semelhantes, apesar de importantes, normalmente não são considerados questões estratégicas de marketing. As empresas de telefonia móvel no Brasil, por serem organizações de venda muito recentes, ainda não definiram seu canal preferencial. No entanto, pela necessidade de rápida disponibilização do produto-meio (telefone), bem como pela necessidade de um treinamento básico dos vendedores, as estruturas de venda devem ser simples e os canais de facilitação extremamente ágeis.

5.2 ESTRUTURA DO CANAL DE MARKETING

Neste capítulo, busca-se na literatura de marketing conceitos que evidenciem que a escolha de estrutura de um canal de vendas requer tempo de definição, e uma cuidadosa avaliação estratégica, de forma que a frustração do plano a determinada estrutura escolhida requer um reposicionamento que demanda tempo e, como conseqüência, prejuízo a empresas entrantes em mercados de acirrada concorrência. A estrutura do canal é formada pelas empresas e instituições (inclusive os produtores ou fabricantes e clientes finais) que estão envolvidos na execução das funções de compras, venda, ou, por qualquer forma, na transferência da propriedade de bens ou prestação de serviços (ROSENBLOOM, 1999).

A *forma* que um canal de marketing assume para executar as tarefas necessárias para colocar os produtos à disposição dos consumidores é normalmente chamada de **estrutura do canal**.

A estrutura do canal de marketing tem três dimensões básicas:

- Extensão do canal;
- Intensidade em vários níveis;
- Tipos intermediários envolvidos.

5.2.1 Extensão da Estrutura do Canal

Extensão compreende-se como o número de níveis de um canal. Com relação à **extensão**, os canais de marketing podem variar de dois níveis, sendo o primeiro dado aquele em que o produtor ou fabricante vende diretamente a consumidores (distribuição direta), até mais de dez níveis, nos quais podem existir mais de oito intermediários entre produtor e consumidores. Com exceção do Japão, canais de distribuição tão extensos são raros em países industrializados. São muito mais comuns as extensões de dois a cinco níveis.

Os fatores que influenciam a extensão do canal são baseados no cliente, como o tamanho da base, sua dispersão geográfica e seus padrões de comportamento. A natureza do produto, como seu volume e peso, perecibilidade, valor e complexidade técnica, também podem ser muito importantes. Por exemplo, produtos tecnicamente complexos, como máquinas de raios X, com frequência exigem canais com menor extensão e intensidade devido ao alto grau de suporte técnico necessário, o qual só pode ser prestado pelo fabricante. No caso específico das empresas prestadoras de serviços de telefonia móvel, a estrutura do canal, mesmo não tendo complexidade técnica, exige algum treinamento, e por isso a estrutura do canal nunca é superior a três níveis, constituindo-se na denominada estrutura *curta* de canais. Além disso, a extensão também pode ser afetada pelo porte do fabricante, por sua capacidade financeira e seu desejo de controle. Em geral, fabricantes maiores e economicamente fortes possuem maior capacidade para eliminar intermediários e usar estruturas de canal mais curtas.

Também é mais provável que os fabricantes que desejam exercer um alto grau de controle sobre a distribuição de seus produtos usem estruturas de canal mais curtas, pois, quanto mais curto o canal, mais alto o grau de controle.

5.2.2 Intensidade da Estrutura do Canal

Entende-se como **intensidade do canal** o número de intermediários em cada nível do canal de marketing. A **intensidade do canal** é usualmente descrita em termos de distribuição intensiva, seletiva ou exclusiva. **Distribuição intensiva** significa que são usados todos os intermediários possíveis no nível do canal. **Distribuição seletiva** significa que é usado um número menor de intermediários, ao passo que **distribuição exclusiva** significa o uso somente de um intermediário no nível do canal para cobrir um território definido.

Embora haja muitas exceções, em geral a **distribuição intensiva** está associada à distribuição de bens de conveniência, **distribuição seletiva** associada a bens de escolha (ou compra comparada) e **distribuição exclusiva** associada a bens especiais. Assim, canetas Bic, lâminas Gillette e cartões de telefonia celular (bens de conveniência) tendem a ser vendidos por um grande número de intermediários, particularmente no nível de varejo; eletrodomésticos, como refrigeradores, e itens de vestuário, como jeans Levi's (bens de escolha), são comercializados por um número relativamente menor de varejistas; e especialidades, como relógios Rolex ou automóveis Rolls-Royce, são vendidos por somente um revendedor em uma área geográfica específica - território (FRAZIER, G 1999).

Intensidade da Distribuição

Segundo Stern (1996), um dos elementos mais importantes do gerenciamento do canal é decidir quantos pontos de venda podem ser estabelecidos em uma dada

região geográfica. As opções variam segundo a intensidade da distribuição, se ela será exclusiva ou seletiva ou se vai ser intensiva. Com canais, quando se demanda exclusividade ou alto grau de seletividade na aproximação com o usuário, a intenção obrigatoriamente contempla uma proteção territorial, de forma a incentivar os canais a investirem na marca.

Estudos feitos por Frazier e Lessa (1996) e por Fein e Anderson (1997) comprovaram as evidências empíricas de que a proteção dos canais contra competição intramarcas faz com que os canais se motivem a investir mais pesadamente na marca da representada. As marcas destinadas a consumidores de alto poder aquisitivo tendem a se concentrar em poucos canais, porém ao ponto que retalhistas tenham compromissos confiáveis na marca. Através de contratos restritos e investimentos significativos, o fabricante pode aumentar a distribuição em alguns graus para alcançar a cobertura do mercado.

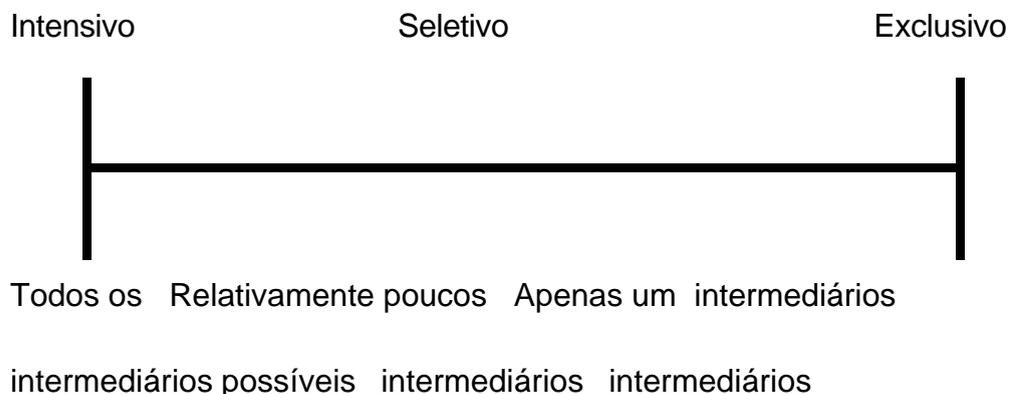
No futuro, torna-se importante determinar como as decisões de distribuição intensiva interagem com o uso de múltiplos canais. A habilidade das empresas em confiar nos múltiplos canais para uma variedade maior de produtos, mesmo quando estes produtos requeiram alto investimentos para venda, merecia ser investigada.

5.2.3 Tipos de Intermediários na Estrutura do Canal

A terceira dimensão do canal refere-se às diferentes espécies de instituições intermediárias que podem ser usadas nos vários níveis do canal. No nível de varejo, pode haver muitas possibilidades para alguns produtos. Uma barra de chocolate, por exemplo, pode ser vendida através de muitos tipos diferentes de varejistas, como docerias, mercearias, padarias, supermercados, lojas de descontos e muitos outros. Para outros produtos, como automóveis, a opção é mais limitada. Contudo, é preciso salientar que, nos últimos anos, com o crescimento da **comercialização misturada**, na qual todos os tipos de produtos podem ser vendidos em lojas tradicionalmente não-associadas a eles, os tipos de lojas que vendem vários tipos de produtos aumentaram consideravelmente. Por exemplo, óleos lubrificantes automotivos são

hoje vendidos regularmente em supermercados. Hoje se constata que os fabricantes precisam ter mente aberta ao considerar os tipos de intermediários a serem usados em suas estruturas de canal. A técnica convencional de vender determinados produtos somente através de certos tipos de atacadistas ou varejista pode não valer mais.

A especialização dos varejistas também é uma realidade que merece ser considerada. Determinadas redes de varejo que comercializam produtos de maior preço ou sofisticação investem em estruturas próprias para tanto, inclusive com estruturas de crédito capazes de suprir mesmo a necessidade de aporte financeiro pelo cliente, como os mecanismos de crédito direto. Outras redes não necessitam alta especialização, posto que se dedicam a comercializar bens de pequeno valor, com compra por impulso e fácil manipulação, não necessitando de estruturas adicionais. Com isto, renunciam a comercialização de produtos de maior valor agregado e, conseqüentemente, de maior custo, como os serviços de telefonia móvel celular.



(ROSENBLOOM, 1999 Apud Jornal of Marketing Science – vol. 2, p. 226).

5.3 O PODER EM CANAIS – OBTENÇÃO, USO E MANUTENÇÃO

Talvez seja no uso do Poder que reside o fator mais importante dentre todos os outros para entender a cláusula de exclusividade utilizada, seus objetivos e prováveis conseqüências, porque é através do uso do mesmo que se procura reduzir a competição intermarcas e, como conseqüência, seu abuso caracterizador da restrição à concorrência.

Poder representa a capacidade que um membro do canal tem de conseguir que outro membro faça alguma coisa que de outro modo ele não faria. Simplificando, *o poder é o potencial para influenciar* (COUGHLAN, ANDERSON, STERN & ANSARY, 2002)). É bastante difícil diagnosticar o poder, na medida em que se podem atingir positivos-falsos, ou seja, a apuração de fatos que parecem ter sido provocados pelo membro do canal que se quer influenciar, mas que, na realidade, teria sido inspirado por outros fatores, inclusive externos aos membros do canal. A empresa dominante, não raras vezes, é induzida em erro estratégico por estes positivos/falsos, na medida em que é levada a efetuar diagnósticos falsos do poder que tem e por conseqüência, falhar em vários empreendimentos que pensava introduzir através da influencia. Este motivo, a possibilidade do diagnóstico errôneo do poder é perigoso e impossível de ser avaliado de forma precisa, razão pela qual deve estar sempre no foco de avaliação estratégica das empresas que querem exercer a influência entre os membros de um dado canal. No caso em estudo, a avaliação passa pela verificação dos resultados atingidos pela cláusula, ou seja, o poder teria sido utilizado para restringir a concorrência, ou visava ganhar eficiência nas transações entre a operadora e o canal. O poder pode ser mau, na medida em que encerre muitas conotações negativas em seu conceito, mas, se analisado sob o prisma de potencial para influenciar, pode trazer grandes benefícios para impulsionar um canal a operar de maneira coordenada, atingindo níveis de eficiência transacional, que se projeta em benefícios sociais capazes de abrandar qualquer efeito negativo em seu uso, ou pode ser tão essencialmente mau, que os efeitos negativos de seu emprego são socialmente constatados e, por tal motivo, sua manifestação é contaminada de total invalidade ou nulidade.

Entretanto, em sua essência, o poder é uma ferramenta, e como tal é neutro. Pode-se julgar alguém por utilizar bem ou mal uma ferramenta, mas aí se está julgando sua utilização e não a ferramenta em si. No caso de canais de marketing,

estes devem trabalhar de forma coesa para atender usuários finais. Cada um dos membros tem objetivos próprios e busca seu próprio lucro. É forçoso reconhecer que a maioria dos membros do canal não cooperará para alcançar algum objetivo sistêmico, caso exista na concepção do membro do canal a idéia de obter maior rentabilidade de outra forma. Neste momento entra o poder, como forma de influenciar os membros a agir de forma coerente com os objetivos do fornecedor e de forma diferente daquela ditada por sua busca pelo lucro isolado. O conceito básico de poder é de que ele seja a imagem espelhada da dependência, e, como tal, tem cinco fontes.

5.3.1 As Fontes do Poder

As fontes do poder são: 1) recompensa; 2) coerção; 3) especialidade; 4) legitimidade; e 5) referência. Cada uma delas deve ser analisada com mais vagar, para exata compreensão do tema.

Poder de recompensa

A recompensa constitui um benefício conferido a um membro do canal, como compensação por alterar seu comportamento. Nos canais de distribuição, a grande ênfase compensatória é de origem financeira. As perspectivas de trocas, mesmo não sendo imediatas e precisas, permeiam sempre as negociações entre membros do canal. E pode-se constatar recompensas não-mesuráveis, tais como as de origem psicológica, percebíveis pelo influenciado como uma vantagem política ou de ganho credibilidade junto ao dominante, capaz de lhe ensejar lucros financeiros futuros.

Poder de Coerção

Baseia-se sempre na expectativa de que um dos membros do canal possa ser punido, caso não ceda às influências de outro membro. A coerção envolve sempre a utilização de sanção ou coerção (redução de margens, multas). A coerção é sinônimo do potencial de ameaçar outra organização pertencente ao canal, implícita ou explicitamente, contratual ou extracontratualmente. O poder de coerção é o contrário do poder de recompensa. Apesar de não deixar de ser uma recompensa negativa, não é percebido desta forma pelos membros do canal. É sempre percebido como uma agressão ou um ataque que exige defesa e nunca como ausência ou redução de recompensa. As sanções são sempre vistas como um estado patológico do relacionamento, gerando no mais das vezes conflitos, ao contrário das recompensas negativas que sofrem como reação à indiferença ou ao afastamento. A reação defensiva supra-referida, com a instalação do conflito leva a concluir que as medidas coercitivas somente podem ser implantadas por um curto lapso de tempo, posto que geram efeitos colaterais negativos de difícil contorno. Muitas vezes o usuário do poder de coerção se surpreende com a reação do alvo, que também pode ser tomada como uma coerção afetando de forma inapelável o relacionamento comercial existente.

Por este motivo é importante monitorar constantemente a percepção dos membros do canal, porque até mesmo a recompensa, se não apresentada corretamente, pode gerar a percepção de coerção com todas as conseqüências referidas no relacionamento. O parceiro de canal pode perdoar o influenciador por coerção, sempre e quando perceber que a medida sugerida pela coerção era acertada e lhe trouxe benefício. E, neste caso, o relacionamento pode sofrer benefícios no longo prazo, com relação de confiança e parceria. No entanto, na grande parte das vezes, o poder de recompensa é melhor percebido estabelecendo relações mais positivas no médio e longo prazo. No caso em estudo, o poder de coerção exercido trouxe conflito que hoje se desenrola através de procedimentos

judiciais que eliminam qualquer possibilidade de relacionamento entre o fornecedor e o canal, sem significativo desgaste de imagem e credibilidade.

Poder de Especialidade

O poder de especialidade reside na percepção, pelo influenciado, de que o influenciador possui conhecimento especial e perícia útil que o influenciado não possui. É basicamente o caso de membros do canal quando assumem a posição de peritos, deslocando-se por todo o canal. Constituem-se tais peritos especializados no núcleo da vantagem comparativa na organização da função do canal.

O valor desta perícia é tão grande que sustenta uma importante forma de canal, conhecida como franquias. Neste caso, os canais pagam taxas de arrendamento desta perícia para organizar seu negócio. Tratam como a grande vantagem competitiva na operação.

Mas a utilização do poder de especialidade em canais apresenta, no médio prazo, um problema no gerenciamento. Se o conselho dado pelo perito se esgota em um contato, dispensando o recipiente de novos aconselhamentos para funcionar, ocorre a chamada transferência da tecnologia, que reduz consideravelmente o poder do perito. Por este motivo, caso o detentor da especialidade queira manter o poder, utilizando-se desta perícia, tem três opções: a) transmitir a perícia em pequenas porções, retendo os dados vitais, de forma a manter o canal permanentemente dependente dela, b) aumentar seu investimento em aprendizado, de forma a acrescentar sempre seu patrimônio tecnológico, mantendo sempre o poder pela existência de dados novos a serem transmitidos e c) incentivar o canal a desenvolver os requisitos mínimos da perícia transmitida, de forma a criar tecnologias próprias para o seu negócio, assentada tal tecnologia nas premissas básicas da perícia transmitida de forma personalizada.

Desta forma, o canal se manteria fidelizado face ao alto custo que teria que incorrer para abandonar o investimento já feito para o desenvolvimento da perícia personalizada. Seria esta a opção mais saudável para o exercício do poder.

Na opção “a”, o inconveniente seria a desinformação do canal como um todo, posto que nenhum de seus membros teria informações suficientes para equalizar o conhecimento com os outros membros do canal. O investimento maciço no desenvolvimento de novas tecnologias (opção “b”) é o que mais resultado traz ao relacionamento, mas seu custo é alto demais para o investidor.

Utilizar o poder de especialidade também não é fácil, mesmo para empresas detentoras de alta tecnologia. As dificuldades básicas são de três naturezas: 1) para ser capaz de exercer poder de especialidade, um membro do canal deve inspirar confiança. Se isso não acontecer, outros percebem o conselho do especialista como uma tentativa de manipulação e o desprezam; 2) os especialistas costumam ter um status muito alto, sendo, portanto, muito difícil identificar-se com eles. Isto se constitui numa barreira ao relacionamento, impedindo a formação da confiança necessária; e 3) os empresários com personalidade independente e empreendedora, na maioria das vezes, não gostam que se lhes diga o que e como fazer. Julgam-se auto-suficientes e muitas vezes o são.

Por estas três premissas, resume-se a grande dificuldade em se exercer o poder pela especialidade. O receptor deve querer receber a informação, mas para isto deve haver um bom relacionamento, baseado na credibilidade emprestada pelo receptor ao transmissor da tecnologia.

No caso das operadoras de telefonia móvel, a perícia exigida é pequena e a transferência de toda a tecnologia ocorre em pouco espaço de tempo. As empresas, graças ao constante oferecimento de novos serviços, permanecem ainda com poder da especialidade em relação ao canal, mas não em relação à concorrência, o que torna ineficaz este poder na retenção de sua rede de varejo.

Poder de Legitimidade

Ser legítimo é ser visto como certo e adequado.

O poder de legitimidade origina-se do senso da empresa-alvo, de que, por algum motivo, ela é obrigada a aceitar a influencia do influenciador. Assim, o influenciador tem poder legítimo, sempre que o alvo tem um sentido de dever, de ter de cumprir a exigência do influenciador.

A característica básica do poder de legitimidade é que os tomadores de decisão sentem-se obrigados moral ou legalmente a seguir o influenciador. Esse sentido ou responsabilidade provém de duas fontes: - a lei (poder de legitimidade legal) - e das normas e valores (poder de legitimidade tradicional). Em princípio, uma fonte importante para o poder de legitimidade é o contrato que os membros do canal assinam. Na prática, tais fontes de poder muitas vezes não têm a força que deles se esperava.

Em algumas culturas, especialmente as fora da cultura anglo-saxônica, é difícil executar contratos. Muitas vezes os membros do canal não se importam de elaborá-los, mas o simples pedido de executá-los gera uma desconfiança capaz de comprometer todo o relacionamento.

Quando assinam o contrato, os membros do canal sequer conhecem os seus termos, ou prestam pouca atenção em suas cláusulas, orientando-se sempre pelas normas desenvolvidas no contexto do relacionamento, tornando normal trabalhar sobre entendimentos e não sobre normas, mesmo em sociedades com forte tradição de estrutura legal para relacionamentos comerciais. Por este motivo, é extremamente importante entender que não se deve imaginar que um contrato bem elaborado constitui-se em todo o poder de que um membro do canal precisa.

A autoridade legal legítima, proveniente da lei, é objetiva. Mas a tradicional, como acima conceituada, é mais efêmera, porque não existe sem o consentimento do alvo. Esta autoridade baseia-se em valores internalizados pelo alvo, ou seja, o alvo sente que o influenciador deve ou tem o direito de exercer influência sobre ele, e o alvo tem de aceitá-la.

Outro fator constante de atrito entre membros de canais, no uso do poder de legitimidade, consiste no pensamento impregnado entre funcionários do influenciador, de que os membros do canal devem vê-lo como um superior hierárquico, dado o poder que lhe é outorgado internamente pelo membro influenciador. Mas este tipo de autoridade hierárquica não existe e não é querido por nenhum canal de marketing. Muitas vezes as empresas se esquecem disso, potencializando conflitos quando tenta tratar a outra empresa como uma subsidiária.

O poder legítimo realmente existe nas negociações entre organizações, como em um canal de marketing, mas não se origina da autoridade hierárquica. Ele deve provir de normas, valores e crenças.

Por fim, o grau de poder de legitimidade tradicional é subjetivo. Ele existe através dos olhos do observador. Os membros do canal criam sua fonte de poder de legitimidade investindo na criação de parcerias para aumentar um senso de normas e valores comuns. Também se cria poder de legitimidade tradicional selecionando-se parceiros de canal de acordo com a compatibilidade de suas atitudes, valores e métodos operacionais.

Poder de Referência

O poder de referência surge quando A vê o B como um padrão de referência e, portanto, deseja identificar-se publicamente com B. O prestígio de um seria a mola mestra para que o outro queira identificar-se com ele. Os membros do canal com fluxo de cima para baixo almejam lidar com marcas de alto status para beneficiar sua própria imagem. Os membros do canal com fluxo de baixo para cima “arrendam” a reputação das empresas com fluxo de cima para baixo que tenham prestígio. Criar e preservar poder de referência (vg como capacidade de conferir prestígio) é um dos principais motivos para produtores restringirem a cobertura de distribuição aos pontos de venda selecionados, assim como o é para as organizações com fluxo de cima para baixo restringirem a representação a marcas selecionadas.

Por este motivo, em se tratando de canais de telefonia celular, ser reconhecido por órgãos governamentais ou organizações de consumidor como melhor operadora confere vantagem importante às operadoras para reterem seus canais.

Forma de Utilização dos Poderes

As cinco fontes de poder acima apresentadas podem ser usadas isoladamente ou em combinação para gerar efeitos de sinergia.

Por um lado, a legitimidade pode realçar a especialidade e vice-versa, a identificação pode aumentar com o uso de recompensas adequadas e, às vezes, a coerção pode ser necessária para reforçar a legitimidade.

O poder de especialidade, referência ou legitimidade também pode ser acompanhado pelo poder de recompensa que contribui para que a disposição de um membro do canal mude seu comportamento. Por outro lado, pode haver conflito entre certas fontes. Por exemplo, o uso da coerção por um membro do canal pode destruir qualquer referência que o membro possa ter acumulado perante o outro membro.

A coerção pode ter um efeito semelhante sobre o poder de especialidade, para o qual a confiança é um pré-requisito. Não se pode esquecer também que existe custo social, econômico e político associado ao uso das várias fontes do poder. Estes custos devem ser levados em conta antes da implementação de programas nos quais são incorporados.

As tentativas de influenciar também são limitadas por normas que existem dentro dos sistemas de canal. Estas normas, que também são conhecidas como “regras do jogo”, ajudam a definir um comportamento setorial adequado e podem ser até mais restritivas do que as leis comuns em determinadas situações.

5.3.2 O Equilíbrio do Poder

Como já vimos anteriormente, o poder é uma propriedade do relacionamento (COUGHLAN, ANDERSON, STERN e ANSARY – 2002). Ao enunciar um relacionamento de poder, não é suficiente dizer que “A” é poderoso. “A” é poderoso em relação a “B”, mas pode ser fraco frente a qualquer outro terceiro. “B” sempre terá suas próprias fontes de poder que terá de usar para contrabalançar ou neutralizar as fontes de poder de “A”.

A dependência nunca ocorre numa só direção. Assim como “B” depende de “A” para fornecer, “A” também depende de “B” para ter um outro tipo qualquer de utilidade. “A” e “B” são, portanto, interdependentes. Quando o tamanho da dependência dos dois membros é alta entre eles, um tem poder sobre o outro, mas, no relacionamento, o poder é equilibrado.

Para se ter uma visão completa do poder, a dependência líquida deve ser avaliada, além da dependência de cada lado. Uma alta dependência mútua é sinônimo de alto poder mútuo. Essa situação dá aos membros de canal a capacidade de criar níveis muito altos de valor agregado. Cada parte tem força de alavancagem sobre a outra. Isso pode ser utilizado para guiar a coordenação e aumentar cooperação.

A alta dependência mútua ajuda a criar e a manter alianças estratégicas de canal. Genericamente o poder alto e equilibrado é uma maneira eficaz de alcançar cooperação. Os dois lados podem levar um ao outro a criar e implementar soluções criativas e altamente positivas. O maior problema dos relacionamentos equilibrados reside na incapacidade da parte mais fraca obrigar a outra parte mais forte a investir o suficiente em ativos específicos do relacionamento. Com a ausência de pressão, a parte menos dependente minimiza os investimentos, a não ser que eles possam ser transferidos com facilidade para outro relacionamento, o que prejudica a geração de valor agregado.

Outra maneira da dependência equilibrada e alta incentivar a cooperação é bloqueando a exploração. Não há parte mais fraca no relacionamento, pois ambas são gigantes. A dependência simétrica promove o funcionamento bilateral aumentando o desejo de cada lado de adaptar-se ao lidar com o outro. A simetria na dependência significa que cada lado tem o poder de contrapeso, que pode utilizar para se proteger. É claro que a simetria também acontece quando a dependência mútua é baixa (nenhum dos lados tem muita necessidade do outro), e neste caso a combinação, muito freqüente em canais de marketing, constituindo-se base para para o gerenciamento de canais, tende a funcionar de acordo com as linhas clássicas do relacionamento econômico.

Dependência Desequilibrada

É neste fator que reside o fulcro das cláusulas colusivas ou de adesão. O desequilíbrio pode ensejar uma patologia capaz de anular qualquer política de canal. Quando não existe simetria na dependência, instaura-se o desequilíbrio, e o mesmo é percebido pelos dois lados do canal. A parte mais dependente sofre em termos econômicos e nos benefícios não econômicos. E isto é inevitável mesmo quando o membro mais poderoso não esteja a se apropriar de vantagens indevidas. É que o fantasma da exploração sempre está presente. A parte mais fraca costuma sentir sua vulnerabilidade e logo suspeita da má-fé por parte do membro mais forte no relacionamento.

Por isto, relacionamentos chamados assimétricos são mais conflituosos, menos confiáveis e menos comprometidos do que os relacionamentos de interdependência. Quando se sente vulnerável, a parte mais fraca pode tomar três medidas defensivas: 1) criar alternativas para a parte mais forte; 2) organizar sindicatos para atacar a parte mais forte; e 3) abandonar a situação e afastar-se do perigo, não procurando mais os benefícios que o membro mais forte propicia. O que se observa em estudos de canal é que a criação de alternativas ao canal mais forte é a opção mais escolhida pela parte mais fraca no relacionamento. O medo da

exploração faz com que os membros mais fracos do canal desenvolvam compensações à medida que aumenta sua dependência. O caso mais comum de dependência ocorre quando os representantes ajustam suas operações para se adequar à operação do fornecedor que vem a se tornar a parte mais forte no relacionamento, criando desequilíbrio potencialmente perigosos.

Para equilibrar o relacionamento, os representantes, no mais das vezes, desenvolvem esforços gigantescos para conquistar os clientes do membro mais forte do canal, transferindo para o agente a fidelização do cliente, e, com isto, esgrimir a capacidade de fazer com que o cliente possa ser induzido a mudar de marca, se for esta a intenção do agente. A experiência tem demonstrado aos observadores e estudiosos de canais de marketing que esta medida tendente a reduzir a dependência do agente, produz resultados muito positivos ao membro mais fraco no relacionamento assimétrico, posto que os membros que adotam esta prática aumentam consideravelmente sua margem de lucros e reduzem o poder de influência do membro mais forte.

Além desta medida, alguns membros mais fracos em relacionamentos assimétricos desenvolvem portfólios de fornecedores que lhes possibilitem ter alternativas imediatas caso haja rescisão do contrato de agência por se tornar insuportável a exploração.

Outra medida usada por membros mais dependentes no relacionamento é organizar uma coalizão para se opor ao poder do membro mais forte. As coalizões se organizam e formam poderosos lobbies, capazes de influenciar na formação e edição de leis e decretos, reduzindo ou limitando o poder de membros de canal que exerçam por qualquer uma das fontes conhecidas o poder sobre os membros mais fracos. Outra forma é impor, na contratação com o membro mais forte, e enquanto o poder não se manifesta ou não pode ser manifestado, cláusula de arbitragem obrigatória nos contratos a serem firmados e que irão reger a relação assimétrica.

A terceira forma ao influenciado de desenvolver medidas defensivas consiste em pura e simplesmente se retirar do mercado, deixando de valorizar o que o membro mais forte oferece. Apesar de ser a medida mais difícil de ser tomada é a que mais benefício pode trazer ao membro mais dependente do relacionamento. É a

medida definitiva que se consubstancia com o redirecionamento dos recursos para outro relacionamento.

A reação mais comum, entretanto, tem sido a de tolerar o relacionamento desequilibrado, sem esboçar nenhuma reação. Este comportamento se tornou mais comum com o fenômeno conhecido como globalização, em que reorganizações societárias, através de mecanismos de fusões e aquisições, criam membros muito poderosos de canais, gerando no mais das vezes relacionamentos assimétricos.

A questão que se coloca a partir desta premissa, é se as partes mais fracas sempre sofrem e se as partes mais fortes sempre exploram. Na realidade, o que se observa é que muitos relacionamentos de dependência desequilibrada funcionam muito bem.

Normalmente, quando o mercado é estável, muitos varejistas já demonstraram beneficiar-se de um fornecedor mais dominador. Entretanto, em mercados instáveis ou imprevisíveis, os fornecedores dominadores se tornam um ativo. O varejista não tem o poder de obrigar um fornecedor dominador a ser flexível em sua reação às demandas flutuantes.

Em ambientes de mercado altamente incerto, a alta dependência *mútua* é preferível, posto que as duas partes estariam sempre motivadas a encontrar soluções para os problemas comuns que venham a enfrentar. Assim, e por isto, se diz que a os relacionamentos assimétricos nem sempre são prejudiciais. Eles podem funcionar bem, principalmente em ambientes estáveis, em que não haja muita tensão dentro do canal, e quando a parte percebida como mais forte não abusa de sua posição.

O canal pode funcionar de forma muito eficaz quando a parte mais forte trata a parte mais vulnerável de maneira mais justa. Isto faz com que se aperfeiçoe a qualidade do relacionamento, e com isto o funcionamento do canal como um todo. O problema que surge nesta fase do estudo é identificar quando o membro mais fraco no relacionamento assimétrico considera que está sendo tratado de maneira justa.

O tratamento justo tem duas formas. Uma forma de justiça é a denominada *distributiva* que diz respeito a como as recompensas do relacionamento são

distribuídas entre todos os membros. Ao avaliar a justiça distributiva, os representantes não consideram simplesmente as recompensas absolutas. Eles comparam os benefícios que obtêm do relacionamento com quatro critérios, a saber: 1) suas próprias contribuições (*inputs*) para o relacionamento; 2) os benefícios obtidos por seus colegas de canal (representantes comparáveis); 3) os benefícios que poderiam auferir em canais alternativos; e 4) as contribuições da outra parte.

Recompensas baixas (absolutas parecem justas se: 1) o representante investe pouco; 2) outros representantes também não ganham muito; 3) o representante não tem melhores alternativas para investir seu capital; e 4) o fornecedor esteja investindo pesado no relacionamento.

Em contraposição, os representantes podem não ficar satisfeitos com altas recompensas porque seu critério de comparação pode fazer com que pensem merecer ainda mais. Por isso, mesmo recompensas absolutas altas são percebidas como injustas quando 1) o representante investe pesado; 2) o fornecedor investe pouco; 3) os outros representantes têm margens muito altas de lucros; ou 4) quando as alternativas são mais atraentes.

Outra faceta importante a considerar na equidade no tratamento de membros de canais reside na *justiça de procedimento*, que trata da equidade com que a parte mais forte trata a parte mais fraca em uma base diária em seus procedimentos operacionais normais. Não pode ser confundida com a recompensa que a parte mais fraca recebe. Normalmente o tratamento de equidade é percebido como recebido pelo membro do canal quando o fornecedor se comunica bem, parece ser imparcial e está sempre aberto a argumentação e debates. Os funcionários do membro mais forte também são importantes nesta percepção. Normalmente o sentimento de equidade é percebido pela parte mais fraca quando os funcionários do fornecedor se explicam, são atenciosos e estão cientes da situação particular de cada membro do canal que são por eles atendidos. No caso da telefonia móvel celular, a relação de dependência dos canais, até 1998, era total à operadora de banda A, tendo em vista ser esta a única operadora presente no mercado gaúcho.

Posteriormente, com a entrada da Claro Digital, na medida em que esta veio a se firmar no aludido mercado, foi se equilibrando a relação, até quase se tornar

simétrica nos dias de hoje, quando, além da operadora da banda B estar presente e atuante, entra em operação a banda D, com alto poder competitivo.

Por este motivo, deve ser feita a distinção do mercado em 1999, quando era totalmente assimétrico em favor da operadora de banda A, e, em 2003, quando se torna quase simétrico em função da competição estabelecida.

5.3.3 Estratégias de influência

Transformar o potencial de influência em mudanças verdadeiras de comportamento da outra parte requer comunicação. E a natureza desta comunicação afeta o relacionamento de canal.

Os funcionários de contato da empresa fornecedora (que representam a empresa junto aos outros membros do canal) utilizam estratégias para influenciar suas contrapartes no canal. Segundo COUGHLAN, ANDERSON, STERN e ANSARY (2002), a maior parte das comunicações de canal pode ser agrupada nas seis categorias seguintes, conhecidas como estratégias de influência:

- Estratégia de Promessa: se você fizer o que desejamos, será recompensado;
- Estratégia de Ameaça: se você não fizer o que desejamos, será punido;
- Estratégia Legalista: você deveria fazer o que desejamos, porque de alguma maneira você concordou com isto (a concordância pode ter sido aposta num entendimento informal ou num contrato);
- Estratégia de Solicitação: por favor, faça o que desejamos;
- Estratégia de Intercâmbio de Informação: estabelecem-se metas, ou seja, a maneira mais lucrativa no entendimento da empresa para a contraparte conduzir seu negócio, sem, entretanto, definir claramente a intenção de influenciar de forma decisiva e aparente. Esta estratégia é evasiva. O objetivo consiste em modificar as percepções da outra parte do que é eficaz de modo que favoreça os objetivos do influenciador. Trata-se de uma forma sutil de persuasão. Caberia a contraparte decidir sobre como proceder;
- Estratégia de Recomendação: corresponde ao intercâmbio de informações, mas antevendo as vantagens financeiras capazes de serem geradas seguindo-se a recomendação. Ao contrário da estratégia

de intercâmbio de informações, a estratégia de recomendação é mais aberta e como tal mais sujeita a geração de ceticismo e contra argumentação (COUGHAN, ANDERSON, STERN e ANSARY, 2002).

A utilização destas estratégias de influência exige a preexistência de alguma fonte de poder, nas quais a estratégia se sustentará. Como regra geral, os funcionários de contato acabam utilizando as seis estratégias em cada um de seus relacionamentos, mas cada relacionamento tem um estilo, dependendo de quais estratégias são utilizadas com mais frequência. Os três primeiros estilos (de promessa, de ameaça e legalista) costumam provocar um recuo, porque são percebidos como técnicas opressivas. As contrapartes se ressentem e tendem a reagir utilizando-se das mesmas estratégias (COUGHAN, ANDERSON, STERN e ANSARY, 2002).

Em particular, o uso de ameaças provoca conflitos e prejudica o sentido de satisfação da contraparte, tanto do ponto de vista econômico quanto do psicológico. Em curto prazo, técnicas de alta pressão são eficazes. Mas elas têm efeitos prejudiciais no prazo mais longo sobre a confiança e o compromisso da contraparte.

Já a estratégia da promessa, quando percebida como recompensa, pode ser positiva, mas, se for percebida como um suborno, é tomada como insultante e antiética.

Promessas geram mais promessas. A utilização desta estratégia gera uma espiral de disputa, apesar de que, do ponto de vista econômico, pode provocar uma motivação do membro do canal e, como consequência, trazer melhoras nos indicadores econômicos, o que, por sua vez, contraditoriamente, pode evitar ou protelar conflitos. Por isso, se conclui que a estratégia de promessa, enquanto se perpetua, é uma maneira de modificar o comportamento do membro do canal, apesar de aumentar a tensão interpessoal, na medida em que pode frustrar expectativas.

As outras três estratégias de canal (pedido, intercâmbio de informações e recomendação) são mais sutis e normalmente são aceitas pelos membros do canal. Em função desta reação, estas estratégias aumentam todas as facetas da satisfação

da contraparte, tanto econômica como interpessoal, além de que não provocam impressão de alta pressão mesmo quando usadas na mesma disposição da promessa, da ameaça ou do legalismo. A estratégia da recomendação, apesar de ser a mais aberta porque declara o comportamento desejado, não ameaça a autonomia da outra parte, pois apresenta a ação desejada como uma sugestão comercial, não provocando qualquer reação negativa, porque a tendência é recebê-la como algo positivo.

As estratégias mais opressivas (legalismo e ameaças), segundo COUGHAN, ANDERSON, STERN e ANSARY (2002), são menos utilizadas, principalmente em relacionamentos de longo prazo, onde se tenha instalado o sentimento de parceria, onde o intercâmbio de informações, solicitações e recompensa se constitui na tônica diária do relacionamento, evitando as partes de ameaçarem ou fazerem solicitações sem declararem o motivo. Em relacionamentos de longo prazo, a importância de soluções positivas para as duas partes é mutuamente aceita, razão pela qual a estratégia de promessa é vista como normal e parece não gerar ressentimentos, recuo ou pressão, como costuma acontecer em canais mais convencionais. Ao se analisar este conceito no caso prático, conclui-se que, em função do desequilíbrio de poder existente, a operadora de banda A utilizou o contrato para estabelecer a cláusula de exclusividade no provisionamento, e depois veio a mantê-lo com a estratégia legalista, posto que não abria mão dos direitos que lhe foram atribuídos contratualmente. Aí reside um fator importante a ser estudado para se estabelecer a validade e eficácia da cláusula em questão, inclusive quanto aos aspectos ligados à percepção e reação dos canais envolvidos.

5.4 O CONFLITO EM CANAIS

A palavra conflito deriva do latim *confligere* que significa desavença, choque, guerra, dando conotação totalmente negativa à palavra. A importância desta análise de literatura reside no fato de que o uso da cláusula de exclusividade acarreta um

conflito, que ora grassa entre os membros do canal da operadora que adotou a cláusula em comento.

É importante ressaltar que a literatura observa que os conflitos entre organizações de um canal, diferentemente do que ocorre nos relacionamentos pessoais, pode trazer significado mais positivo, na medida em que um certo grau de conflito, controlado, na verdade fortalece e aperfeiçoa um canal.

O conflito surge quando o comportamento de um membro do canal se opõe a sua contraparte. Ele é centrado no oponente direto e o objetivo buscado é detido e controlado pela outra parte. Ele acontece quando o membro do canal vê seu parceiro como adversário ou oponente (COUGHAN, ANDERSON, STERN e ANSARY, 2002).

A explicação é que as partes interdependentes em níveis diferentes do mesmo canal tentam bloquear umas às outras. Em contraste, a competição é um comportamento no qual o membro do canal está trabalhando em função de um objetivo controlado por um terceiro. Partes concorrentes lutam contra obstáculos em seu ambiente. Partes em conflito lutam uma contra a outra. O tipo mais comum de conflito em canais é o denominado *conflito latente* (ANDERSON, 2001), que é o conflito num nível tão baixo que os membros do canal não o sentem como conflito. É a regra nos conflitos entre membros do canal, e é percebido sempre que existem condições que criaram desigualdades entre as partes. O choque ocorre inevitavelmente porque todos os membros do canal buscam seus objetivos de forma separada, com autonomia e disputando recursos limitados.

O que reduz a possibilidade de ampliação deste conflito latente é a interdependência que une os membros do canal, ou seja, cada um dos membros precisa de todos os outros para atender às demandas por prestação de serviços, e ainda para reduzir os custos em tal oferta.

O conflito latente ocorre quando se reúnem todas as condições para a controvérsia, mas as partes envolvidas não o percebem.

Conflito percebido acontece quando um membro do canal sente que há algum tipo de oposição, seja de pontos de vista, de percepções, de sentimentos, de

interesse ou de intenções. O conflito percebido é cognitivo, sem emoção e mental. É uma situação objetiva de disputa. Duas organizações percebem que estão em rota de conflito, mas seus prepostos vivenciam pouca emoção pelo fato, e o consideram como condições normais de trabalho, tendo em vista uma formação que eles consideram como prática e profissional.

Não é raro verificar-se que as organizações não consideram suas transações conflitantes, apesar de se oporem umas às outras, talvez até em questões importantes. Mas quando se envolve emoção nos conflitos, tem-se o *conflito sentido ou afetivo*, estágio no qual os participantes descrevem seu canal como conflitante porque os membros das organizações vivenciam emoções negativas, tais como tensões, raiva, frustração e hostilidade.

É o momento em que os membros do canal personalizam suas diferenças. As razões econômicas nesta fase desaparecem, cedendo lugar a sentimentos revanchistas e punitivos. Muitas opções economicamente interessantes são desprezadas, prejudicando a organização, para que uma parte possa “punir” a contraparte. Se não for rápido e habilmente referenciado, o *conflito sentido* pode em pouco tempo se transformar em *conflito manifesto*, que traz importantes mudanças no comportamento dos membros do canal.

O conflito manifesto costuma assumir a forma de um bloqueio mútuo e uma total e incondicional retirada de qualquer apoio a iniciativas partidas de qualquer dos membros do canal em conflito pela contraparte, podendo inclusive evoluir para atitudes que visem sabotar o alcance dos objetivos pela outra parte. Por estes motivos, o gerenciador de canais jamais deve relevar a existência de conflitos, especialmente os sentidos e manifestos, procurando avaliá-los para tomar as medidas cabíveis para dirimi-los sempre que sua continuidade não seja desejável ao canal como um todo.

5.4.1 As Conseqüências do Conflito

Normalmente o conflito é considerado disfuncional e, como tal, prejudicial para a coordenação e desenvolvimento do canal como um todo e para o desempenho de cada um dos membros do canal. Reforçando o entendimento de COUGHAN e outros (2002), antes referido, de que o confronto nem sempre é negativo, percebe-se na literatura uma predisposição a considerar que, na maior parte das vezes, a oposição torna um relacionamento melhor, porque evolui para uma síntese de procedimentos, que trazem uma verdadeira sinergia ao canal. É o chamado *conflito funcional* ou útil (ROSENBLOOM, 1999).

Esta espécie de conflito é comum quando os membros do canal reconhecem a contribuição de todos e entendem que o sucesso de cada parte depende das outras. Nesses canais, cada parte contribui e se opõe uma a outra, sem danificar seu relacionamento ou sua contribuição. Nestes casos, a oposição os leva a: a) comunicar-se com mais freqüência e eficácia; b) estabelecer vias de escape para expressar seus aborrecimentos sem construir conflitos manifestos; c) revisar criticamente suas ações passadas; d) projetar e implementar uma divisão mais eqüitativa de recursos do sistema; e) desenvolver uma distribuição mais equilibrada de recursos do sistema; e f) desenvolver modos padronizados de lidar com conflito futuro e mantê-lo dentro dos limites.

Atingindo tais objetivos, o conflito é dito funcional porque os membros do canal impulsionam-se uns aos outros para aperfeiçoar seu desempenho. Desta forma, visto de cima para baixo na composição do canal, o conflito é funcional quando representa o resultado natural da cooperação próxima com o fornecedor. O trabalho conjunto para efetuar uma coordenação rígida, inevitavelmente, gera disputas.

Quando os membros do canal estão comprometidos, essas disputas servem para aumentar o desempenho de curto prazo e não prejudicam o nível de confiança

no relacionamento. Relacionamentos cooperativos são inevitavelmente barulhentos e controversos. O conflito resultante deve ser tolerado e até aceito como normal.

Os membros influentes do canal sempre são dados a disputas e estão dispostos a dar e receber para levar o canal adiante. Isso deve ser constantemente lembrado por fornecedores que gostam de lidar com membros de canais fracos e que possam ser dominados.

O relacionamento pode parecer harmonioso, mas não terá seu rendimento potencial completo. Canais pacíficos nem sempre são a melhor opção para um canal, dependem muito dos motivos para a paz. Se não houver um forte fluxo de troca de idéias entre as partes, o que explicaria o baixo nível de conflito, a harmonia pode derivar da indiferença. Não há nenhuma questão entre os membros do canal que os leve a dar atenção, a dar uma opinião, ou que os faça discutir. Falta interesse. E normalmente, quando isto ocorre, a negligência é mútua. O relacionamento existe no papel e até pode gerar negócios, mas a falta de conflito ressalta a existência de uma falta de engajamento e, como consequência, fatalmente acarretará o baixo desempenho.

Por isto, estes canais precisam aumentar sua comunicação e seu nível de atividade, o que trará conflitos, que devem ser bem recebidos e não evitados. Para melhorar seu desempenho, estes canais “pacíficos” precisam importar-se o suficiente para se comunicar e cooperar e, com isto, descobrir seus pontos de atrito. E aí começarão a surgir os conflitos, que, se bem gerenciados, tão logo emergentes, podem se tornar *conflitos construtivos*. Mesmo à medida que os conflitos percebidos passam a ser observados, em que haja emoção provocada, os membros do canal podem se sentir incentivados a ter melhores resultados, caracterizando o denominado conflito funcional. No entanto, com o transcorrer do tempo, caso não haja esforço para saná-los, mesmo este tipo de conflito pode transformar-se em conflito manifesto substancial, acompanhado por frustração e tensão. Se não for controlado de imediato, o conflito manifesto tornar-se-à danoso e finalmente destrutivo das boas relações existentes até então.

Mas existem fontes de conflito que nunca são benéficas, pois resultam de uma patologia na adoção de políticas de canais que totalmente são percebidas

como negativas pelos membros menos poderosos do canal, gerando conflitos manifestos indesejáveis.

Assim, passa-se a analisar as Principais Fontes de Conflitos em Canais

Os conflitos em canais têm como fontes, segundo Rosenbloom (1973), as diferenças nos (1) objetivos dos membros do canal, (2) suas percepções da realidade e (3) as áreas que entendem ser seu domínio e nas quais devam operar com autonomia.

Examina-se rapidamente cada um deles.

Objetivos Concorrentes: o conjunto de objetivos de um membro do canal é sempre diferente dos de outro membro do mesmo canal. Uma literatura substancial sobre a teoria dos principais e seus agentes foi criada em função do conflito entre os desejos do principal – que cria o trabalho – e o agente – para quem o principal delega o trabalho. Estas diferenças substanciais entre o que estão tentando obter e o que valorizam leva os principais a desenvolver maneiras de monitorar e motivar seus agentes. Um exemplo típico de conflito entre membros de canal de marketing diz respeito às margens na venda dos produtos. Normalmente o agente quer praticar preços com margens mais altas, procurando obter do fornecedor descontos maiores, quando o interesse do fornecedor é justamente o oposto. Ele pretende maximizar seus lucros e para isto quer que o agente pratique margens mais baixas, vendendo mais quantidade. A percepção de conflito sentido leva os membros do canal a personalizarem o conflito, tornando-os maiores que eles são na realidade e, com isto, a discrepância de objetivos pode gerar sérios conflitos dentro do canal.

Diferentes Percepções: muitas vezes, em função do foco nas suas atividades, os membros do canal têm percepções diferentes da realidade. De cima para baixo, o fornecedor tem seu foco na produção, enquanto o agente tem seu foco na distribuição. Na medida em que se caracterizam em realidades diferentes, as percepções também são diferentes. Por isso, não raras vezes, as partes são surpreendidas pelas diferenças de expectativas de cada uma, e pelas diferenças das estratégias pretendidas. Nestes casos, somente se os membros do canal cooperam para montar um quadro ampliado do assunto e das divergências é que se dirime o

conflito. A falta de informações começa a montar o círculo vicioso de personalização do conflito, tensão, frustração e destruição do relacionamento.

Conflitos de Domínio: normalmente é gerado pela divergência no entendimento do que seja a responsabilidade de cada um nos respectivos domínios. O exemplo típico é a pesquisa de mercado, em que o fornecedor acredita ser de sua responsabilidade, e o varejista acredita exatamente o contrário. Outro fator exemplificativo de conflito de domínio é o gerado pelo controle do estoque, acreditando o fornecedor que o estoque deve ser suportado em escala no mínimo média pelo varejista, ao passo que este deseja ser atendido prontamente de um armazém central do fornecedor. Conflitos desta natureza são gerenciáveis com estratégias particulares a cada caso, a cargo do gerente de canal. Uma das formas mais complexas de conflito por domínio, entretanto, é aquela que diz respeito à disputa de domínio de mercado intracanal. Cada membro do canal vê seu parceiro como um concorrente.

5.5 A INTENSIDADE DE DISTRIBUIÇÃO E AS RESTRIÇÕES VERTICAIS

A decisão de abrangência que o fornecedor deve utilizar em determinada área do mercado representa uma escolha política fundamental, porque influencia de modo substancial o sucesso que o fornecedor pode obter na implementação de seus planos de canal. Isto acontece porque a intensidade da cobertura determina quanto poder de recompensa o produtor tem em membros de canal e o quanto ele depende de suas contrapartes. À primeira vista, a questão é extremamente simples do ponto de vista do fornecedor, posto que sua força de vendas gostaria de ter liberdade para abrir tantos novos canais quanto possível. O cliente, por sua vez, adoraria ter um ponto de vendas próximo, principalmente para bens de conveniência. Desta forma, os membros do canal seriam pressionados pelo mercado a vender mais, se pelo menos alguns concorrentes do varejista tivessem o poder de vender a mesma marca. Todos estes fatores sugerem que, quanto maior a cobertura, melhor. Somente o advogado que milita em práticas restritivas à competição e o contador

preocupado em custos para atender pequenos pedidos é que poderiam apresentar restrições à idéia. Mas o problema é bem mais complexo. Os próprios varejistas objetarão vigorosamente face a sua total incapacidade de diferenciar-se e manter margens diante da concorrência devastadora intramarcas. Se não obtiverem a redução da competição, se retirarão da rede, talvez até usando a força da marca para atrair clientes que seriam desviados para outra marca. Novas empresas se negarão a compor o canal de marketing do fornecedor, a não ser que possam se utilizar da marca para atrair clientes novos e repassá-los a outras marcas. E aí fica caracterizado um sério problema de implementação de canais.

Existe várias formas de lidar com problemas de implementação criados pela distribuição intensiva. Todas elas, entretanto, são caras e de difícil implementação. A solução passa necessariamente por altos investimentos em solidificação da marca, de forma a torná-la obrigatória para o canal, além de oferecer produtos alternativos com mais margem e menos risco de formação de estoque. O canal pode também utilizar como alternativa de menor custo, usar a distribuição limitada de marcas, oferecendo um certo grau de seletividade de categoria, chegando até a oferecer exclusividade de categoria ou representação exclusiva. Em suma, a melhor maneira de aumentar a influência do fornecedor sobre o canal é limitar a cobertura.

O mesmo se aplica de maneira oposta a um membro do canal, ou seja, representar menos marcas pode aumentar a alavancagem sobre um produtor e, ao mesmo tempo, reduzir custos, sendo tal estratégia mais benéfica também ao cliente, se as estratégias de controle do fornecedor sobre os membros do canal for positiva. O preço a ser pago pode não ser maior, se a competição intramarcas fomentar a competição intermarcas de forma vigorosa. O cliente será afetado por uma menor disponibilidade do produto, mas que será um fator menos significativo para bens especializados. Por isto, diz-se que a limitação da concorrência intramarcas aumenta a competição intermarcas, desde que sejam atraídos os parceiros certos de canal, que sejam convenientemente motivados, e incitados a cooperarem intensamente às iniciativas do fornecedor. Se estas iniciativas forem bem analisadas, ou se o fornecedor utilizar com habilidade os retornos dados pelos membros do canal para aperfeiçoar as idéias, o resultado será um planejamento bem executado de

marketing, o que facilita os esforços competitivos do fornecedor em relação a outras marcas de fornecedores diferentes.

5.6 ASPECTOS LEGAIS REFERENTE À UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS EM CONTRATOS DE CANAIS

Através do Direito da Concorrência, busca o Estado de Direito definir um conjunto de regras que tem por objeto regular a vida econômica para garantir que a competição de empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas (FARIA; WERTER, 1992). Práticas colusórias são aquelas que resultam de um ajuste ou acordo que tenha por objeto ou como efeito restringir a concorrência. As práticas abusivas consistem na exploração do poder de mercado, em prejuízo da concorrência. Por isto se diz que a lei de tutela do mercado tem por finalidade reprimir as restrições à concorrência que se manifesta no campo da produção de bens e serviços, e os destinatários de suas normas são todas as pessoas, naturais e jurídicas, que possam causar estas limitações.

Deve ser ressaltado ainda que as proibições acerca de acordos entre empresas e abusos de posição dominante não se endereçam à atividade, mas ao agente econômico. Os competidores são, portanto, os sujeitos ativos das infrações em matéria de concorrência. E esta matéria é de suma importância no estudo de restrições concorrenciais, posto que a definição de empresa é vital na apuração da ocorrência do fato proibido.

A pergunta clássica, quando se depara com empresas juridicamente independentes, mas economicamente ligadas, é sobre qual destes dois aspectos deve ser adotado como critério para definição de empresa – o jurídico ou o econômico?. Se a lei expressamente prevê que as práticas colusórias só podem ser praticadas por duas empresas, pode-se chamar de empresas diferentes aquelas economicamente ligadas e juridicamente independentes. Se adotado o critério puramente jurídico, o segundo perde toda a pertinência: vão existir tantas empresas

quanto as que forem juridicamente constituídas, com seus atos devidamente registrados na Junta Comercial ou equivalente.

Na hipótese de conclusão de ajuste entre tais empresas, ocorre *ipso facto* a incidência da norma jurídica regulatória, independente de qualquer outro questionamento, porque a lei considera forma de abuso do poder econômico o “ajuste ou acordo entre empresas”. Este critério segue o “*Sherman Act*” americano, que estatui punição para *toda a pessoa* que monopolize ou tente monopolizar qualquer parte do comércio ou da indústria.

No sistema legal brasileiro, mesmo no caso de as empresas gozarem de independência jurídica, se existir entre elas vínculo de dependência econômica, ao qual caberia a alegação de que, na realidade, formam uma só empresa, tornaria inaplicável a proibição das restrições à concorrência derivadas de colusão, pois esta corresponde a acordo entre duas empresas independentes jurídica e economicamente, no mínimo. A interdependência gera distorções que normalmente afetam o livre jogo da concorrência.

No sistema contemporâneo de economia de mercado, acentua-se a tendência de concentração de empresas, devido à constituição de grupos de sociedades, caracterizados pela relação de dependência entre seus membros e pela unidade de gestão. A concentração tende a eliminar ou, no mínimo, restringir a concorrência entre empresas agrupadas. Mas caso a convenção de grupo ou a atuação combinada das empresas vise o domínio dos mercados ou eliminação da concorrência, incide automaticamente a norma inibidora. Para estes casos, tem pouca importância considerar cada sociedade uma empresa (critério jurídico) ou empresa única as diversas sociedades interligadas economicamente (critério econômico). Se o domínio de mercado ou a eliminação da concorrência decorrerem de imposições ou instruções da sociedade controladora, a conduta reprimível lhe será imputada, porque a controlada, mesmo tendo independência jurídica, não determina seu comportamento no mercado em função da influência econômica e corporativa da controladora.

Podem ser igualmente alvo da lei de abuso do poder econômico entidades informais, tais como consórcios majoritário em participações em concorrências

públicas para venda de bens ao Estado, ou até mesmo, os profissionais liberais enquanto detiverem poder sobre o mercado, capaz de lhes possibilitar práticas restritivas a concorrência, a elaboração e combinação de preços. O arcabouço legal brasileiro veda o domínio e a eliminação da concorrência por meio de ajuste ou acordo entre empresas, pessoas que lhe sejam vinculadas, *ou possuam interesse no objeto de suas atividades*.

No Direito, estes pactos nocivos à concorrência denominam-se “ententes”, termo que na acepção jurídica, significa acordo restritivo da concorrência e em língua portuguesa, traduz-se do francês como *colusão*. O *pacto* representa um meio de colusão em que o acordo de vontade das empresas participantes tem por fim *criar obstáculo, limitação ou distorção à concorrência*.

Prática concertada é a expressão mais universal e que melhor designa esta forma de trato lesivo à concorrência. São ajustes realizados por empresas que se situam no mesmo nível do processo de produção ou de comercialização (*colusão horizontal*) ou se encontram em planos diferentes (*colusão vertical*). Cabe mencionar como exemplo de colusão horizontal o pacto entre fabricantes de um mesmo produto de partilhar determinada região geográfica, de acordo com o entendimento de cada um.

Como exemplo de colusão vertical, citam-se as políticas de fornecedores de bens ou serviços, determinando a prática de preços mínimos no canal, ou estabelecendo a exclusividade de aprovisionamento. É totalmente vedada, pelo Direito brasileiro, francês ou americano como de resto em qualquer mercado legalmente regulado no mundo, a prática de entendimentos entre empresas, vertical ou horizontal, que visem ou causem, como efeito direto ou indireto, impedimento, restrição ou distorção da concorrência em dado mercado.

Estas conseqüências não têm origem apenas no que a norma legal brasileira chama de “ajuste” ou “acordo” para dominar mercados ou eliminar concorrência (colusão), podem advir também de condutas conscientemente paralelas e do abuso de posição dominante.

O *abuso da posição dominante* forma o segundo ramo das práticas comerciais restritivas, quer no Tratado de Roma, quer na legislação de vários estados-membros, na Argentina e em outras nações. O monopólio puro se caracteriza pela ausência total de liberdade de iniciativa econômica e de concorrência, pois só uma empresa controla a oferta, a procura e os preços.

De outro lado, a concorrência perfeita se distingue pela atuação no mercado de um grande número de empresas, nenhuma das quais o controla ou manipula. Situa-se entre o monopólio e a concorrência perfeita, a *concorrência imperfeita*, que hoje em dia é a expressão da realidade, posto que contém em si poderes do monopólio, cujo abuso o ordenamento legal brasileiro ordena seja reprimido.

O jogo da concorrência requer a participação de múltiplos fornecedores de bens e serviços e de uma pluralidade de adquirentes e usuários. Vale reprimir que as características da estrutura econômica do mercado geralmente são inversas (a) uma só empresa exerce o controle de mercado, e pode tolher o acesso de concorrentes, eliminá-los e determinar o preço dos produtos ou serviços que oferece ou consome (monopólio); (b) um número limitado de empresas, com esse mesmo poder de dominação do mercado e de fixação dos preços, opera à margem do mecanismo de oferta e da procura (oligopólio). No mercado composto por participantes que agem com autonomia e liberdade na consecução de seus objetivos, a concorrência denomina-se imperfeita, monopolista ou oligopolista. Chama-se concorrência efetiva se as forças do sistema de competição se acham preservadas.

Por tais motivos, as normas de proteção à concorrência ocupam-se das chamadas PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS e que vem se tornando universal, compreendendo dois grupos de infração: (a) colusão e (2) abuso de posição dominante.

5.6.1 Mercado a considerar ou mercado relevante

Quando se fala em prática comercial restritiva, tem-se de sempre considerar o território influenciado por tal prática. Os acordos restritivos da concorrência e os abusos de posição dominante são proibidos e sancionados quando prejudicam a livre competição no território nacional ou em parte dele. Para avaliar o prejuízo, em cada caso concreto é necessário saber em que mercado ou parcela do mercado as empresas se acham em situação de concorrência, o que, na expressão de Bernini (1982), “pressupõe valoração, em termos de zona geográfica e de produto (e respectiva substituibilidade) sem a qual é impossível determinar, em concreto, aqueles dados que permitam medir a ‘relevância’ do prejuízo e da restrição ocasionados pela colusão”.

De imediato, cumpre ressaltar que a verificação do prejuízo e da intensidade da restrição à concorrência significa definir o mercado sobre o qual deve concentrar-se a análise do intérprete, a fim de apurar (a) se a conduta da(s) empresa(s) recai no âmbito das proibições legais e (b) se, no caso de acordo de empresas, este, apesar de compreendido na vedação legal, possa ser relevado. Em síntese, a definição de *relevant market* representa um verdadeiro e próprio medidor do âmbito de aplicabilidade das regras de concorrência. Tal âmbito se mostrará ampliado no contexto de um *relevant market* mais restrito, ao passo que tenderá a diminuir onde, ao contrário, a definição de mercado relevante se dilate.

O exame desse mercado inclui a delimitação geográfica e a identificação dos produtos que o compõem. Sob o aspecto geográfico, às vezes, toma-se o mercado nacional em sua totalidade, e outras vezes, nas partes que possam interessar à análise. Utiliza-se o critério geográfico para delimitar o mercado em que se produzem os efeitos dos acordos pretensamente colusórios, e os abusos havidos de posição dominante, qualificador da colusão. Já o critério material é empregado para demarcar o mercado atingido pelo acordo inquinado, em função dos produtos ou serviços. A posição dominante de determinada empresa se exerce em relação a um

ou mais produtos oferecidos, e não à totalidade deles, salvo exceções teóricas. Para os fins deste trabalho, somente a demanda seletiva de telefonia celular reúne importância para análise deste item.

A posição de domínio deve apreciar-se em função de bens comparáveis, que poderiam ou deveriam ser oferecidos e não o são face ao exercício da posição dominante da empresa apontada como sujeito ativo da prática colusória. Assim, para afirmar-se que determinada empresa domina ilicitamente o mercado de um produto, é preciso haver eliminação total ou parcial da concorrência entre produtos comparáveis, destinados ao mesmo uso.

A redução parcial da concorrência constitui abuso da posição dominante caso a restrição for sensível, prejudicar a independência de competidores potenciais ou impedir ou dificultar sobremaneira o ingresso de novas empresas no mercado. As decisões sobre acordos que engendram restrições à concorrência precisam ser analisadas levando em conta a situação do mercado que constitui o contexto do fato analisado. Por outras palavras, GUYÉNOT (1971) afirma que o “nexo, mais ou menos estreito, que deve existir entre restrições acordadas e o efeito esperado, varia de um contrato para outro e conforme a posição das empresas no mercado do produto”.

5.6.2 Distribuição e Concentração Econômica

Para compreensão do alcance de determinada prática, mister se faz uma pesquisa sobre sistemas de distribuição e concentração econômica, além da delimitação do mercado relevante, anteriormente tratado.

A distribuição de um produto se processa em diversas etapas, que vai da difusão (colocação no mercado) até a aquisição pelo usuário ou consumidor final. Estes estágios se distinguem pela característica de cada uma das operações que se processam em cada um deles, e pela sucessão de agentes econômicos que tomam parte na distribuição (produtor, atacadista, varejista e consumidor).

MOUSSERON e outros (1985) discriminam dois grandes tipos de situação. Na primeira delas, a empresa independente preenche cada fase do processo de distribuição, e o produto circula do produtor ao atacadista, do atacadista ao varejista e deste ao consumidor final. É a chamada distribuição decomposta, que se caracteriza por circuitos longos. Em outras fases, certas etapas da distribuição são preenchidas pelas mesmas empresas, sendo a hipótese mais saliente aquela em que o produtor vende diretamente ao consumidor final. A outra atuação abordada por Mousseron *et al* (1985) trata da distribuição recomposta, que se caracteriza por circuitos curtos.

Os autores especializados no direito da distribuição ensinam que o traço característico nos circuitos longos reside na desarticulação, e cada fase do processo corresponde a uma empresa independente no plano jurídico e no econômico. Nos circuitos curtos ocorrem duas modalidades de concentração no setor: a descendente, promovida por empresas instaladas no alto do circuito e a ascendente, constituída por empresas situadas abaixo.

A primeira pode importar na eliminação de operadores do circuito (concentração técnica) ou na sua subordinação (concentração jurídica). Todos os autores registram que é forte a tentação do fabricante ou atacadista de eliminar os intermediários e estabelecer relações diretas com os parceiros mais adiantados no circuito comercial. A segunda modalidade de integração funcional consiste na celebração de contratos de distribuição integrada, mediante os quais o distribuidor, segundo a expressão de Farjat (1982) está praticamente a serviço exclusivo do fabricante ou do atacadista. Não é mais que uma peça do conjunto e sua sorte está ligada à sorte da marca ou à boa vontade do contratante na manutenção de sua condição de distribuidor.

A integração estrutural ocorre de dois modos: pela criação de filiais de venda ou distribuição, para funcionar como atacadistas ou varejistas, sob controle do produtor, e/ou pela organização ou captação de agrupamentos complementares de empresas.

5.6.3 Distribuição e Integração

A compreensão destes dois mecanismos de marketing são essenciais à definição do conceito de Distribuição integrada, que é o modelo adotado pelas empresas que participam do cenário atendido pelo presente trabalho. Como viu-se anteriormente, distribuição compreende o conjunto de fases pelas quais passa um bem de produção até o consumo. As etapas variam de acordo com a unidade ou multiplicidade de empresas que atuam no processo de escoamento. A totalidade dos estágios denomina-se “circuito de distribuição”, que Mousseron *et al* (1975) definem, tanto do ponto de vista da mercadoria, como dos comerciantes. Sob a primeira perspectiva, “é constituído pelo caminho que um bem percorre, partindo do produtor para chegar ao consumidor”. Sob o segundo aspecto, “é a seqüência das empresas que garantem a distribuição de um bem e o encaminham ao seu consumidor” (MOUSSERON *et al* 1975).

Nos circuitos denominados “longos”, em que existem vários intermediários na circulação da mercadoria, desde o produtor até o usuário final, a distribuição decompõe-se em quatro tempos (difusão, atacado, varejo, e consumo), em que operam agentes econômicos distintos. A introdução do bem no circuito de distribuição (difusão) pode ser efetuada pelo produtor, através de sua própria força de venda, ou por especialistas em distribuição (difusores). A integração dos circuitos de distribuição opera-se de duas formas: a) pela concentração descendente, que são, segundo Mosseron *et al* (1975), os fenômenos de integração do aparelho comercial produzidos por iniciativa das empresas situadas no alto do circuito (fabricantes e varejistas), e b) concentração ascendente é feita por iniciativa e sob o impulso de operadores situados abaixo do aparelho de distribuição, cujo poder de compra acumulado permitirá, tanto a eliminação como a subordinação dos elementos situados acima.

A concentração de circuitos de distribuição que inspira maiores cuidados ao legislador é a descendente, pois neste tipo o fabricante ou atacadista elimina o intermediário em posição inferior. Na chamada integração técnica completa dos circuitos de distribuição (venda direta do fabricante ao consumidor), as transações

efetuem-se nos estabelecimentos comerciais do produtor, ou através de força de venda assalariada ou vinculada à empresa prestadora de serviços de venda terceirizada, ou ainda, mais modernamente, via Internet. A integração técnica incompleta mais comum consiste na venda do produtor aos varejistas, eliminando os atacadistas. A integração técnica mista combina as duas modalidades acima referidas. Em alguns casos, as atividades de produção e comercialização se processam na mesma unidade econômica; noutros, as vendas se efetuam em uma ou mais unidades econômicas, criadas e mantidas para este fim.

Nesta organização, em que as vendas se realizam através de estabelecimentos em nome do produtor, as sucursais ou filiais não se integram na empresa, mas fazem parte da própria empresa, em unidade jurídica. Haveria integração somente nos casos em que a lei atribuísse personalidade jurídica própria aos estabelecimentos. Como o Direito brasileiro ainda não admite a separação de patrimônios, os estabelecimentos não se consideram sujeitos de direito (pessoas jurídicas coletivas), nem gozam de autonomia (responsabilidade pelas obrigações assumidas), constituindo-se em meras unidades de negócios da empresa titular, não se caracterizando neste caso a integração.

5.6.4 Distribuição integrada

O distribuidor integrado é um comerciante independente que compra a fim de revender as mercadorias remetidas pelo fornecedor e por isso se constitui no objeto da cláusula de exclusividade em estudo. Nisso opõe-se a outros intermediários do comércio, tais como os representantes comerciais, que vendem produtos em nome e por conta do fabricante, apesar de serem independentes.

Nesta parte do mercado, segundo Leloup (1982) as relações de força entre produtores e distribuidores cada vez mais são definidas pela natureza dos produtos. Segundo o autor,

[...] no domínio dos produtos de grande consumo, de rotação rápida, os grandes distribuidores impõem a sua lei aos produtores; no de outros

produtos, ao inverso, muitos pequenos distribuidores buscam a proteção do produtor para se beneficiarem com uma política comercial dinâmica, uma insígnia conhecida, um aprovisionamento que permita acompanhar as flutuações da moda, muito mais rapidamente difundidas que outrora pelo que chamamos de *'mass media'*. Mas o traço comum a essas diversas situações reside, finalmente, nas relações de concorrência entre distribuidores. São as relações (horizontais) de concorrências ente distribuidores que provocam comportamentos, que se dão a conhecer na relações (verticais) entre produtores e distribuidores.

O direito da concorrência ocupa-se das relações de força entre os contratantes, dos efeitos de seus acordos sobre o funcionamento normal do mercado e dos abusos de posição dominante (individual ou coletiva). A *colusão* permite a conquista ou consolidação de posição dominante, e esta, por sua vez, favorece a colusão entre a empresa dominadora e a dominada, quer estejam no mesmo estágio do processo econômico, quer em etapas diferentes.

Na distribuição integrada, o fabricante determina as condições em que o revendedor desenvolverá sua atividade (volume, metas, estoque, preço) bem como disporá no contrato sobre o uso de sua insígnia e nome comercial. Por estabelecer vínculos fortes e privilegiados entre o fabricante e seus distribuidores, a integração ocasiona transformações nas relações de cada um deles com seus concorrentes; extingue a concorrência no nível dos distribuidores, para trazê-la ao nível dos produtores.

Na integração mediante acordos de distribuição, varia o equilíbrio de forças entre os contratantes, em conformidade com a espécie da cláusula contratual utilizada: a) aprovisionamento exclusiv; b) aprovisionamento preferencial (*agrégation*); d) fornecimento exclusivo; e d) aprovisionamento e fornecimento recíprocos.

5.6.5 Rede de Distribuição Exclusiva

O fabricante pode controlar a revenda de seus produtos até o consumidor final por meio da criação de uma rede de distribuição.

Esta cadeia é formada por representantes comerciais, ou por revendedores independentes. Os primeiros promovem a celebração de contratos por conta do representado numa determinada zona geográfica (ou não) ou círculo de pessoas. São intermediários especializados que colaboram com os produtores no estabelecimento da relação com os consumidores. Apesar de se integrarem na organização comercial dos representados, o vínculo de dependência econômica não os priva da autonomia jurídica, ou seja, da prerrogativa de organizarem livremente sua atividade comercial. A atuação dos representantes comerciais por conta dos representados está indicada no nome do contrato específico: representação comercial, ou seja, representação de interesses e não no sentido jurídico de prática de atos em nome dos representado, exceto quando estes, em caráter acessório ou complementar da promoção do fechamento dos negócios, lhes atribuem poderes para o ajuste dos contratos, através de cláusulas acessórias ao contrato.

A função dos representantes comerciais coincide com a dos comissários, que são mandatários sem representação para a realização de negócios mercantis em seu próprio nome e por conta dos comitentes, segundo a legislação brasileira. Os representantes comerciais agem em nome dos representados, quando recebem poderes para celebrar contratos, como os comissários investidos de poderes para contratar.

Já os revendedores independentes ou concessionários compram bens aos produtores para revendê-los em uma zona determinada (ou não). Por isso diz-se haver uma grande afinidade entre o contrato de agência (representante) e o de concessão comercial, principalmente em razão da dependência econômica em que se encontram relativamente à outra parte. No entanto, existem traços jurídicos acentuados também entre os dois tipos de contratos: no *contrato de agência*, o agente atua por conta de outrem, estando desautorizados a fechar contratos e estando liberado de suportar estoques; no *contrato de concessão comercial* o concessionário atua por conta própria. É proprietário dos bens que distribui, comprando do concedente os produtos para revender e, por isso, suporta pessoalmente os riscos da atividade e da formação de estoques.

A retribuição do agente consiste no pagamento de uma *comissão*, que é a retribuição pela atividade desenvolvida no interesse do principal. Já em relação ao concessionário, não se fala em remuneração, mas sim em *lucro*, que consiste na diferença entre o preço de compra e o preço de revenda dos produtos. A intervenção do concessionário nas operações de venda, ao contrário do que sucede com o agente, abrange a conclusão da operação, assinando, inclusive, o contrato final da operação por sua conta e risco e em seu nome. O agente meramente encaminha o pedido ao produtor, para que este concretize a operação, que termina na aproximação exitosa das partes.

Por isso diz-se que os revendedores independentes e os agentes integram-se nas empresas fornecedoras dos produtos ou serviços e, por este motivo, são passíveis de suportar eventuais acusações de se concertarem de fato, posto que se organizam numa unidade econômica para venda do produto ou serviço. Tanto um como outro são suscetíveis de convolarem acordos capazes de restringir a concorrência, posto que economicamente formam um canal de distribuição dependente do fornecedor.

Saliente-se, a bem da satisfação de aspectos práticos da questão, que existem autores no Direito, muito bem embasados, que negam a possibilidade de existir pactos anticoncorrenciais no relacionamento dos canais de marketing formados por representantes comerciais ou agentes com seu fornecedor, porque os representantes comerciais ou agentes atuam somente na qualidade de auxiliares dos fornecedores, formando um todo econômico e, como tal, impossibilitados da prática de atos restritivos à concorrência por serem a própria empresa ou no mínimo uma extensão da própria empresa, resguardada sua identidade jurídica independente. A Comissão das Comunidades Européias, adotando este princípio, considera que os contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais (ou agentes) não são visados pela proibição concernente aos acordos entre empresas considerados restritivos da concorrência.

Ainda assim, por cautela, é indispensável, que o agente efetivamente promova a celebração de negócios por conta da empresa representada, em *nome desta*. Com exceção da garantia do *del credere*, nenhum outro risco resultante da

celebração do contrato pode ser assumido pelo agente, sob pena de assemelhar-se ao varejista independente e como ele possa ser tratado no âmbito da lei de defesa da concorrência. O agente, na visão dos juristas da comunidade européia, não possui independência econômica frente ao fornecedor, independentemente do tamanho de sua empresa e, por isso, pode aceitar cláusulas contratuais de restrição à concorrência nos contratos com seus representados.

No entendimento da Comissão das Comunidades Europeias, a proibição relativa aos acordos entre empresas capazes de reduzir a concorrência atinge somente contratos de representação firmados com comerciantes economicamente independentes em relação ao fornecedor. A Comissão argumenta que, no caso dos contratos de exclusividade desta natureza, a restrição à concorrência consiste tanto na restrição da oferta, quando o vendedor se vincula a fornecer determinado produto exclusivamente a um só comprador, quanto na redução da demanda, quando o comprador se vincula a adquirir exclusivamente de um produtor ou fornecedor. Tais restrições são suscetíveis de ocorrer dos dois lados, quando a vinculação de exclusividade são recíprocas, o que não ocorre no caso estudado.

Diante da lei brasileira, os contratos de representação exclusiva, concluídos com os comerciantes independentes jurídica e economicamente (varejistas e atacadistas), pertencem à categoria dos acordos entre empresas, sujeitos a aprovação e registro pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cabe ao órgão verificar se o acordo examinado tem por resultado a mera especialização do canal, ou se a intenção reside na dominação do mercado ou na eliminação total ou parcial da concorrência (FARIA, 1992).

Segundo o citado autor, não se consideraria cláusula restritiva de concorrência quando os acordos entre as empresas têm apenas o efeito de especializar a distribuição. Contudo, esta consequência não importa o reconhecimento da licitude do acordo se este prejudicar a liberdade de escolha dos consumidores ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado.

A legislação americana, por sua vez, é muito mais restritiva. Finkelstein (1982) sintetiza a validade das redes de distribuição exclusiva naquele mercado da seguinte forma:

Se o contrato não veda ao concessionário vender os produtos concorrentes, a anulação não é possível nos termos do artigo 3 da Lei Clayton. Embora tais acordos hajam sido atacados por violação da Lei Sherman, os tribunais americanos insiram na necessidade de colocá-los no seu contexto econômico. Assim, por exemplo, um fabricante pode muito bem montar uma rede de distribuição exclusiva. Entretanto, sua validade depende da existência de concorrência suficiente e da disponibilidade de produtos semelhantes no mercado(COUGHLAN, ANDERSON, STERN, EL-ANSARY, 2003).

Para apurar a existência de infração às leis que regulam a concorrência, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América emprega o teste da “substancialidade quantitativa”, que consiste em determinar se a rede de distribuição exclusiva causa lesão à parte substancial do comércio, prescindindo-se da demonstração de efeitos contrários à competição econômica que o contrato tenha produzido. Outro teste utilizado pela Comissão Federal de Comércio Norte Americana resume-se à investigação das prováveis conseqüências econômicas decorrentes da rede de distribuição exclusiva. Em alguns casos foram utilizados ambos os testes. No acórdão Tampa Electric, admite Finkelstein, a Suprema Corte começa a analisar a validade dos contratos de concessão exclusiva à maneira dos tribunais franceses. Após ter-lhes examinado os efeitos anticoncorrenciais possíveis a longo prazo, a Corte decidiu que os contratos sob litígio cumpriam uma função social útil.

A lacuna do direito antitruste francês foi preenchida pela expedição de circulares ministeriais, que fixaram os limites do controle das relações comerciais de cunho exclusivo. Os tribunais inspiraram-se nessas circulares que aumentaram a previsibilidade das soluções e dispensaram os juízes de proceder análises, para as quais não se encontravam preparados.

Além disto, o direito francês se opõe ao americano, dado que oferece um quadro analítico preciso para a apreciação das cláusulas de exclusividade. Os tribunais franceses adotaram a “regra da razão”, que permite pesar as vantagens sociais das convenções de exclusividade e os efeitos anticoncorrenciais que possam delas resultar.

Já os tribunais brasileiros, que também aplicam um direito que muito se inspira no francês, segue a mesma tendência. O direito norte-americano é muito

mais severo com referência à análise dos aspectos envolvendo a validade e eficácia das convenções entre empresas.

5.7 CONCLUSÕES SOBRE A REVISÃO DA LITERATURA

A revisão de literatura apresentada neste trabalho transita com bastante ênfase nos conceitos que, a critério do dissertante, embutem o gênese de todas as cláusulas restritivas à concorrência, quais sejam (1) a existência do poder em canais, com suas conseqüências (2) o conflito originado do exercício deste poder e (3) a constatação dos fatos econômicos que concretizem o fenômeno da colusão, constituindo-se no suporte fático sobre o qual deve incidir a norma jurídica. Cumpre salientar que a Ciência Econômica e, portanto, o Marketing, analisa o fato econômico, sem ter nenhuma preocupação em emitir juízo de valor, que se constitui obrigação e prerrogativa do Direito.

O poder, apesar de ser uma ferramenta, e como tal não ser nem boa nem má, mas necessária, traz em seu bojo uma inafastável e perigosa ameaça às práticas comerciais ao redor do mundo, as quais podem apresentar patologias causadas pela assimetria ou dependência desequilibrada entre seus membros, associada a uma busca desenfreada do lucro e da vantagem competitiva .

Na constatação de tais desequilíbrios, sempre se apura a existência de uma parte mais fraca, que se torna dependente e, como tal, pode ser explorada ou ignorada pelo membro dominante. Quando a parte prejudicada busca desenvolver práticas defensivas, muitas vezes se inicia a instauração do conflito, que a princípio pode passar despercebido pelas partes envolvidas, diante da força ou desprezo da parte dominadora na relação comercial.

Mostra a literatura, entretanto, que, em determinado momento do relacionamento, tal conflito passa a ser percebido, e como ele se perpetua e se auto-alimenta, logo passa a ser manifesto, representando uma ameaça à unidade do canal, se não bem gerenciado. E como o conflito teria nascido para combater uma

prática vedada em lei, e se constituindo em justa reação a esta imposição, provavelmente, nos casos de colusão, não poderá ser administrado sem a ruptura do relacionamento de forma litigiosa.

Neste trabalho procurou-se analisar a cláusula como a gênese do questionamento, o conflito manifesto e as consequências mercadológicas para avaliar se a cláusula em estudo seria válida ou não.

6 PROCEDIMENTO UTILIZADO NA PESQUISA

O trabalho foi desenvolvido utilizando como método o “Estudo de Caso”, composto de pesquisa exploratória e explanatória, conduzida sobre evidências coletadas através de documentos, observação direta e entrevistas.

O estudo de caso, resiste até hoje, apesar de que parte considerável da doutrina entenda que tenha caráter meramente exploratório, funcionando apenas como uma técnica de coleta de dados, ou quando tenha objetivo explanatório para guiar conclusões na análise de evidências coletadas ao longo de um processo de planejamento do Estudo.

Justifica-se a adoção do método estudo de caso para este trabalho, tendo em vista que o que se busca é compreender e criticar posições mercadológicas tomadas por determinado *player* do mercado de telefonia celular no Estado do Rio Grande do Sul, baseando-se em exames de documentos, registro de arquivos, pesquisa e observação (ROBERT YIN, 2001).

Várias fontes de evidência foram consideradas no desenvolvimento deste trabalho, tanto documentais quanto eletrônicas, evidências estas contidas nos registros da empresa de telefonia e nos processos judiciais supra-referidos, até o momento da decretação de processo tramitando em sigilo de justiça.

Também houve participação efetiva dos gerentes e executivos de contas da Claro Digital que tenham tido contato direto com o canal e que participaram ativamente na validação das escolhas dos dirigentes de canais a serem entrevistados, bem como na formulação das perguntas a serem feitas e nas respostas obtidas nas aludidas entrevistas junto à amostra escolhida.

Para a realização das entrevistas planejadas utilizou-se questionário elaborado em conjunto com a administração de canais de venda de varejo (varejo multimarcas e agentes autorizados) de uma das operadoras envolvidas no litígio em estudo (a Claro Digital). A premissa resultante da aplicação do questionário à amostra especial do canal de venda indireto permitiu aferir a percepção destes canais quanto à utilização de cláusulas de exclusividade e suas conseqüências no mercado e na concorrência.

6.1 DA AMOSTRA ESCOLHIDA

A amostra escolhida para as entrevistas nos canais multimarcas (lojas de varejo) foi formada por (1) dirigente (diretor ou gerente) das empresas escolhidas que se encontravam, à época analisada, credenciada por qualquer uma das operadoras com ou sem a cláusula de exclusividade, e (2) por dirigentes de outras redes de varejo não envolvidas no conflito, posto que não existiam enquanto redes de canais de operadoras de telefonia celular, mas que hoje desempenham papel relevante no mercado, que são os agentes autorizados da Claro Digital.

Na entrevista com os agentes autorizados, buscou-se coletar dados que pudessem revelar a importância estratégica da decisão tomada pela operadora da banda A e sua repercussão no mercado de sua atuação e de sua concorrente durante os quatro últimos anos.

Os questionários aos agentes autorizados da Claro Digital foram entregues a uma população de aproximadamente 70 agentes reunidos em convenção de vendas. Explicado o conteúdo da cada pergunta pelo gerente de vendas indiretas da Claro Digital, foi-lhes dado um prazo de dois dias para as respostas. Somente 10 deles apresentaram respostas. Nenhum dos questionários apresentava identificação do respondente.

Os questionários propostos foram respondidos pelo dirigente do agente autorizado que tivesse vivenciado o problema na época em que ocorreu a

celebração do contrato de exclusividade no provisionamento, e/ou que tivesse convivido na relação durante o início dos conflitos com os canais que se insubordinaram à cláusula.

No tocante às redes de varejo multimarcas, foram solicitadas entrevistas com o executivo principal de compras de todas as redes de varejo que atuam em Porto Alegre, na Grande Porto Alegre, ou no interior do Estado do Rio Grande do Sul.

Concordaram com as entrevistas apenas executivos de três redes multimarcas, mas que, pela expressividade das mesmas e pela semelhança das respostas, foram consideradas suficientes.

Os executivos respondentes eram gerentes de compras de redes com aproximadamente 110 lojas, localizadas na Grande Porto Alegre, regiões de Santa Maria, Uruguaiana, Pelotas, Passo Fundo e Caxias do Sul. Saliente-se que em todo o Estado do Rio Grande do Sul, segundo levantamento efetuado pela operadora Claro Digital, existiam em dezembro de 2002 aproximadamente 1.023 pontos de venda, representantes de diversas redes de varejo. Como os respondentes representavam aproximadamente 10% da totalidade das lojas existentes, e suas respostas guardaram coerência entre si, considerou-se a amostra apropriada ao trabalho.

6.2 DA ENTREVISTA

Nas entrevistas com os gerentes das redes multimarcas, os dados foram colhidos através de questionário (em anexo) e as entrevistas foram focais, tendo durado aproximadamente uma hora, conduzidas de forma espontânea e informal, servindo as perguntas formuladas como mero roteiro de condução do depoimento do entrevistado. As entrevistas visavam servir de suporte testemunhal à assertiva de que a exclusividade nas redes de varejo se constituía muito mais uma conveniência das partes contratantes que uma busca de eficiências repassáveis ao consumidor.

As perguntas em sua maioria se inspiravam em capítulos da doutrina de Marketing que tratam do Poder em canais e visavam obter dos entrevistados sua percepção sobre a eventual existência de vantagem competitiva na adoção da cláusula e se a eficácia buscava facilitar e melhorar ao usuário a oferta de produtos e serviços.

6.3 DO PRÉ-TESTE DOS QUESTIONÁRIOS

A versão preliminar do questionário, destinado tanto à rede de varejo multimarcas quanto aos agentes autorizados da Claro Digital, foi submetida ao gerente de vendas indiretas de Agentes Autorizados e Varejo da aludida operadora e a três executivos de contas da mesma operadora, vinculados à região com o maior número de Agentes Autorizados (região da Grande Porto Alegre, região da Serra e região Sul) ou a varejistas de maior significado participativo no mercado na época da ocorrência dos fatos litigiosos, para verificar o grau de entendimento das perguntas pela média dos respondentes.

6.4 DAS LIMITAÇÕES DO MÉTODO

Segundo Gil (1999), um dos grandes riscos do estudo de caso é a generalização dos resultados apurados, posto que uns poucos estudos fornecem uma base frágil de dados para análise.

Por este motivo, alerta-se que as conclusões deste trabalho não poderão ser estendidas para outras empresas de telecomunicações, em outras regiões do Estado, ou para empresas de outros setores de serviços, mas as conclusões atinentes ao suporte fático que sofre a incidência da norma jurídica reguladora das normas da concorrência terão sempre a mesma repercussão sempre que o fato econômico suporte tal incidência.

Além disso, o fato de o autor ser ex-funcionário da Claro Digital, se, por um lado, pode ter facilitado o acesso aos dados e possibilitado uma observação direta mais contundente, por outro lado, pode ter ensejado um resultado viciado com viés proveniente de conhecimentos obtidos somente de dois dos três lados envolvidos no processo.

6.5 FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Uma vez analisados os dados obtidos, os resultados e as conclusões foram transcritos em relatório circunstanciado, e toda a documentação utilizada na análise foi arquivada e se encontra à disposição de qualquer parte interessada, e as entrevistas efetivadas foram gravadas, com as fitas arquivadas com seu conteúdo nos arquivos paralelos deste trabalho.

7 NARRAÇÃO DOS FATOS

Durante o ano de 1998, a operadora de Banda A de telefonia celular no Estado do Rio Grande do Sul celebrou com a grande maioria das redes de varejo multimarcas das várias regiões do Estado Contratos de Distribuição, com o objetivo de:

[...] regulamentar o relacionamento comercial de distribuição de serviços, onde o Distribuidor, pessoa jurídica independente, se comprometia junto à operadora a realizar para esta, em retribuição à remuneração ajustada, e durante o prazo de vigência do contrato, todas as atividades vinculadas a promoção e comercialização do Serviço Móvel Celular, bem como as tarefas relacionadas com a contratação desse Serviço entre a operadora e o cliente, as relações com este último e sua correta assistência e quaisquer outras atividades conexas, necessárias ou convenientes à execução do objeto do contrato dentro do Estado do Rio Grande do Sul.

O contrato tinha prazo de 48 meses e previa cláusula de exclusividade no provisionamento. Note-se que naquela data a operadora da Banda A no Estado era praticamente a única operadora, posto que a operadora da Banda B, sua única concorrente, ainda não iniciara suas atividades. Apesar de já ter vencido a licitação efetivada pela União Federal, poucos dias após o início das atividades da operadora concorrente (Banda B), em meados de 1999, firmou a antiga operadora novo contrato, ainda durante a vigência do primeiro contrato, prevendo desta vez uma cláusula de exclusividade no provisionamento vazada nos seguintes termos:

[...] o distribuidor se compromete a exercer, em caráter exclusivo, as atividades que lhe couberem nos termos do presente contrato, no que se refere ao Serviço Móvel Celular em relação a outros serviços de telefonia. Por conseguinte, não poderá promover a execução, a venda de serviços de telefonia ou a venda de aparelhos celulares de outras operadoras diferentes da contratante ou de empresas vinculadas à mesma, ou ainda de quaisquer concorrentes da contratante, razão pela qual o Distribuidor obriga-se a não distribuir bens ou serviços que não aqueles prévios e expressamente

autorizados pela Contratante, ou de qualquer forma ter interesse em qualquer outro tipo de bens e serviços de telefonia celular.

E prosseguia o contrato:

O Distribuidor reconhece que não possui quaisquer reservas ou exclusividade de atuação em territórios definidos, razão pela qual a Contratante poderá a qualquer tempo formalizar com terceiros contratos iguais ao presente e/ou prestar diretamente os serviços atinentes ao objeto deste instrumento, sendo que em tais hipóteses poderá eventualmente o Distribuidor sofrer eventuais limitações em razão da melhor competitividade e eficiência dos pontos de venda de outro distribuidor ou da operadora. Nesses casos, nenhuma indenização a qualquer título poderá ser exigida a Contratante ou ao outro distribuidor. Concorde ademais em conduzir seus negócios de modo a evitar conflitos com terceiros, e em envidar todos os reforços para resolver amigavelmente eventuais conflitos com tais terceiros, submetendo-os à arbitragem, caso necessário.

Como se vê, o novo contrato oferecido pela operadora da banda A tornava mais abrangente a cláusula de exclusividade, e fora firmado (a) ainda na vigência do contrato anterior e (b) foi colocado quando um concorrente se instalava no mercado do Rio Grande do Sul, por força de recente concessão, que fundamentalmente buscava incrementar a concorrência, em benefício do consumidor final.

Era neste contrato que iniciava a se esboçar uma reação à competição recém iniciada, tornando mais abrangente e explícita a cláusula de exclusividade em comento.

O instrumento vigente a partir de 1999 (segundo contrato), expressamente previa:

[...] seria considerada causa para rescisão ou resolução do contrato, a venda, comercialização ou desenvolvimento de uma atividade análoga à promoção de serviços de Telefonia Móvel Automática, efetuada pelo Distribuidor ou por qualquer de seus sócios ou parentes até 3º grau, administradores ou Pontos de Venda sob seu controle. Essa transgressão ensejará, ademais, a penalidade prevista na cláusula 15 do contrato firmado (estipulava multa rescisória equivalente a 100% dos valores recebidos pelo canal durante todo o prazo do relacionamento com a operadora).

A nova operadora, entendendo ser imprescindível para sua penetração no mercado contar com a rede de varejo, que na época amalhava por volta de 1000

pontos de venda¹, cobrindo praticamente todo o Estado do Rio Grande do Sul, e dispostas estrategicamente em todas as regiões, com a quase totalidade de seus habitantes fidelizados em uma ou em outra das redes existentes, iniciou insistente contato junto às áreas comerciais destas empresas, buscando colocar seu produto junto ao público consumidor.

Tais contatos, no primeiro momento, restaram infrutíferos, dado o temor que a cláusula resolutória inspirava nos varejistas. Com base nesta receptividade extremamente baixa e enquanto procurava desenvolver cenas alternativas, buscou a operadora entrante argumentos jurídicos capazes de elidir a incidência da regra, por força de legislação protetiva à livre concorrência.

Em correspondência da Claro Digital aos varejistas, através do Cartório de Títulos e Documentos de Porto Alegre, o entendimento foi manifestado de forma contundente, ameaçando tomada de medidas judiciais que a empresa entendia cabíveis, para compelir o varejista a cessar a prática comercial entendida pela operadora como lesiva à legislação que regula a concorrência. Uma das redes em telecomunicações, tendo analisado o conteúdo da notificação, entendeu que a prática poderia ser imputada como ilegal e, como tal, notificou a operadora da Banda A (Telefonica Celular), através do mesmo cartório de Títulos e Documentos de Porto Alegre, sobre sua intenção de cumprir integralmente o contrato firmado, exceto no tocante à exclusividade de aprovisionamento, que seria afastada por trazer em seu conteúdo dispositivo passível de questionamento.

De imediato iniciou tal rede a operar também com telefones celulares da Claro Digital, junto com os aparelhos e serviços da concorrente. Tal situação foi logo modificada por notificação recebida pela rede em questão (Arno Palavro & Cia. Ltda.) da Telefonica Celular dando conta que a operadora não concordava com o entendimento e, mantida a decisão pelo lojista, iria considerar rescindido por justa causa o contrato vigente, com a incidência de todas as cominações nele previstas. De imediato, suspendeu a validade da senha utilizada pela rede para habilitar telefones celulares na operadora da banda A.

¹ Dados levantados pela Clara Digital em 2000.

A disposição da rede notificada em manter o procedimento anteriormente adotado, nos termos de contranotificação imediatamente entregue à Telefonica Celular, iniciou um contencioso entre as duas empresas que, após várias notificações e contranotificações judiciais e extrajudiciais, culminou com a distribuição de ação de Rito Ordinário de Rescisão Contratual cumulada com Cobrança de Multa ajuizada pela Telefonica Celular contra Arno Palavro & Cia. Ltda., proposta perante a 6ª Vara Cível de Porto Alegre, onde se encontrava em tramitação até a data de conclusão deste trabalho (processo nº 00108215410), iniciando-se conflito manifesto no canal da operadora de banda A.

Posteriormente, a Telefonica Celular propôs, pelos mesmos motivos e como consequência no mesmo procedimento adotado pela operadora de banda B e pela rede de varejo, a mesma ação contra Lojas Volpato Ltda que tramita na 3ª Vara Cível de Porto Alegre, e que também se encontra nesta data em fase de instrução no momento da conclusão deste trabalho (processo nº108215402), realizando-se as perícias requeridas pelas partes envolvidas.

Como não poderia deixar de ser, as duas ações propostas têm conteúdo semelhante, argumentando a operadora que não identificava nos contratos firmados qualquer prática colusória, posto que tal procedimento era comum no mercado e não teria representado nenhum embaraço, por qualquer forma o crescimento comercial da Claro Digital ou da rede de varejo, e que todo o contratado teria que se esteiar no princípio do *"pacta sunt servanda"*, ou seja, de que as partes se subjugam às cláusulas contratuais que livremente contrataram.

Tal assertiva, exposta de forma bastante resumida, foi contestada pelas redes de varejo, através de um mesmo procurador (as duas partes se fizeram representar nas duas ações pelos mesmos procuradores), alegando que os interesses do coletivo se sobrepujariam ao dos particulares, e, em razão disto, os princípios do direito econômico que regiam as práticas concorrenciais teriam que ser aplicados ao caso em tela, especialmente em função dos prejuízos que a prática poderia acarretar aos consumidores finais.

Tanto a petição inicial quanto a contestação serão abaixo examinadas com maiores detalhes, na análise dos fatos e da prática. Esta seria, em breves palavras,

a narração dos fatos ocorridos, até a presente data, e que passam a seguir a ser analisados à luz dos princípios legais e de marketing que regem a matéria.

8 A ÓTICA DE VALIDADE DA CLÁUSULA

8.1 A SUSTENÇÃO DE VALIDADE PELA PROPONENTE

Entenda-se, aqui, preliminar e sucintamente o conceito de validade do ato jurídico. Identifica-se o ato como válido se reúne os requisitos identificados em lei para se constituírem. Tais requisitos seriam: agente capaz, o que *in casu* teria ocorrido; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Voltando ao caso estudado, a Telefonica Celular, proponente da cláusula nos contratos firmados com as redes varejistas no Rio Grande do Sul, havia inserido o desiderato em contratos firmados em 1999, quando se realizava a licitação da denominada banda B da telefonia celular, quando ainda ninguém adjudicara o espaço do Rio Grande do Sul para operar a banda B de telefonia celular.

O embasamento de validade e eficácia jurídica e sustentabilidade mercadológica da cláusula foi exposto pela interessada em petição inicial de ação ordinária indenizatória proposta contra Arno Palavro & Cia. Ltda. (processo 00108215410 da Sexta Vara Cível de Porto Alegre) e Lojas Vopato Ltda. (processo 00108215402 da Terceira Vara Cível de Porto Alegre-RS), onde, resumidamente, ao esgrimir suas pretensões, embasou a validade do pedido indenizatório na rescisão unilateral e imotivada de contrato, ao não aceitar, sem embasamento juridicamente sustentável na opinião da proponente, uma obrigação que assumira dentro de contrato válido e eficaz.

Em extenso arrazoado, a Telefônica Celular explica a forma através da qual foi formalizada a operação (Contrato de Distribuição), e justifica a existência da cláusula, por ser a mesma da essência do contrato, que não poderia subsistir sem a mesma. Informa que foi a cláusula em questão objeto de negociação específica, em uma relação de natureza comercial, resultando a mesma de um consenso entre os contratantes que melhor espelhava o interesse dos mesmos quando da assinatura do contrato. Afirma ainda na inicial da ação retrorreferida, que a cláusula de exclusividade explica-se basicamente porque:

- a) em sede de doutrina e mesmo na modalidade de distribuição é admitida, desde que expressamente pactuada pelas partes;
- b) ela enseja eficiência transacional como incremento nos treinamentos e participação nos lucros, além de ser imposição de forte regulamentação da ANATEL e do contrato de concessão;
- c) haveria analogia do contrato de distribuição em si e a lei de Representação Comercial e de Distribuidoras de Veículos Automotores, as quais autorizam a exclusividade.

Para sustentar a premissa transcrita na letra “a” supra, a operadora de telefonia celular defende a tese de que a cláusula de exclusividade em contratos é instrumento rotineiro em relações de distribuição de produtos e serviços, sendo francamente admitida em sede de doutrina e jurisprudência, dependendo da finalidade pretendida pelas partes. Define ainda, a aludida operadora na sua peça vestibular, a tese de que a exclusividade seria inerente ao próprio instituto da distribuição, através de contrato no qual uma pessoa assume a obrigação de revender, com exclusividade e por conta própria, mediante retribuição, mercadorias de certo fabricante em zona determinada. Em defesa de seu entendimento, coleciona a citação de vários julgados dos tribunais brasileiros, que confortariam a tese.

Ainda para embasar a validade da utilização da cláusula, a empresa afirma ser a mesma uma “exigência das condições de mercado e da regulamentação legal da telefonia móvel no país”. Não cita qual a regulamentação legal invocada, mas esta assertiva encontra sérias dificuldades de ser confrontada com os textos legais.

Diz mais ainda a empresa na sua peça vestibular que a cláusula se prestava mais à finalidade pretendida pelas partes quando da contratação, ou seja, o objetivo de alcançar uma forte parceria, uma sinergia que atingisse até mesmo a expressão de *affectio societatis*. Esta vontade das partes, no entendimento da proponente da cláusula, seria o embasamento maior da validade e eficácia no plano jurídico da cláusula contestada.

A Telefônica Celular fala mais ainda na sua peça preambular que a concepção da cláusula preexistira, inclusive ao ingresso da concorrência no mercado e, como tal, era exigência inafastável na relação. Invoca, por isso, o princípio jurídico de manter a estabilidade nas relações comerciais, com base no pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos, que perseguiriam, na busca de seus objetivos sociais, os negócios que melhor lhes conviessem na busca do lucro. Portanto, o contrato firmado decorreria da livre manifestação de vontade das partes e, por consequência, seria objeto de negociação específica, não podendo, ser rescindido unilateralmente por qualquer das partes sem que isto acarretasse ruptura do acordo como um todo, sujeitando a parte infratora à indenização cominada em sentença.

Diz mais a Telefonica Celular na mesma peça, que a Lei Geral das Telecomunicações e regulamentos da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que institue a responsabilidade solidária entre as operadoras e seus agentes por qualquer ato na prestação de serviços, legitimaria a cláusula em comento, constituindo-se nos requisitos legais de validade da disposição.

Além disso, diz textualmente a Telefônica Celular que a cláusula de exclusividade acaba servindo de proteção contra a concorrência desleal, evitando que a ré pudesse utilizar, por exemplo, do treinamento que recebem os funcionários da autora para aliciar na venda de produtos/serviços de concorrentes da Celular CRT (Teoria do *free rider*).

A empresa acrescenta que a cláusula em análise propicia uma melhoria na prestação de serviços *aliada a diminuição de custos e encargos*, não só em benefício das partes contratantes, mas *também do próprio consumidor final* (Teoria da Eficiência Transacional).

Desta forma, a Telefônica Celular buscou no Direito e no Marketing o embasamento da validade da cláusula sob análise, por entender que ela era comercialmente conveniente, legalmente permitida, e não feria nenhum interesse difuso, representado pelos consumidores.

Resumidamente, a Telefônica Celular focou nestes três esteios a defesa da validade da cláusula.

8.2 A FUNDAMENTAÇÃO DA REDE VAREJISTA

Em sua contestação aos feitos identificados no Capítulo 8 acima, as redes de varejo atacadas pela Telefonica Celular delimitaram sua defesa.

Em rápidas linhas, o entendimento das redes, convergente até pela escolha do mesmo advogado, é diametralmente oposto ao da operadora de telefonia celular. A rede varejista entende que a cláusula feriu princípios de ordem pública, no momento em que a nova operadora se instalou no Rio Grande do Sul, por força de contrato de concessão do governo federal. Ambas as redes chamam a atenção para o fato de que o primeiro contrato de distribuição firmado com a autora da ação (Telefônica Celular) o fora em 1998, com validade de três anos, expirando-se, portanto, em 2001, mas, antes deste prazo, ainda no primeiro ano de vigência, buscou a operadora em questão renová-lo, estendendo o prazo para 2002. Tal atitude, no entendimento das redes varejistas, bem demonstrava a má-fé da operadora, que buscava, no arrazoado contestatório, cercear o acesso da Claro Digital no mercado gaúcho, posto que o aditivo contratual estendeu o prazo de exclusividade em mais um ano, quando a concorrência já se instalara ou se achava em fase de instalação. A invalidade da cláusula de exclusividade que, no contrato firmado em 1998, era latente, posto que não havia concorrência, tornou-se efetiva com a entrada em operação da Claro Digital.

As rederes esgrimem ainda a tese de que os contratos impostos, por serem pré-elaborados, constituíam-se em contratos de adesão, em que uma das partes,

por mais fraca, face ao desequilíbrio de poder então existente, adere sem lhes discutir cláusulas e condições. Na sua argumentação transcrevem trechos do contrato firmado onde a Telefonica Celular teria exposto sua intenção de manter e aumentar mercado. Invocam, de forma expressa, a disposição contida no Contrato de Concessão de Serviço Móvel Celular, firmado em 1997 entre a União Federal e a Telefonica Celular, que determinava à concedente, de forma cogente, “assegurar a justa competição na prestação de serviço” (cláusula 22 – letra G) e à concessionária o direito de explorar o serviço móvel celular na sua respectiva área de concessão, por sua conta e risco, *mas em regime de justa competição*, nos termos da cláusula quarta do contrato de concessão retrorreferido.

A redes varejistas lembram finalmente, que o mesmo contrato de concessão, em sua cláusula 25^a - letra C -, outorga ao usuário do serviço de telefonia móvel celular o direito de obter e utilizar o serviço, *com liberdade de escolha*. Tais dispositivos, insertos dentro do contrato de concessão firmado entre a União Federal e a Telefonica Celular, seriam, no entendimento das redes varejistas que propugnavam em juízo a assertiva que embasava seu entendimento, de que a cláusula de exclusividade feria preceitos de ordem pública. Afirmam também que os contratos firmados entre as redes e a Telefonica Celular NÃO poderiam ser enquadrados como contratos de concessões entre as partes signatárias, por lhes refugir as características jurídicas de tais contratos.

Defendem-se alegando que tais contratos traziam em seu bojo vínculos contratuais complexos e atípicos. Tal cláusula, desde que admitida pelo ordenamento jurídico, poderia até estar presente nos aludidos contratos, mas que, no caso em tela, não seria permitida, por expressa disposição legal, refletida no contrato de concessão firmado entre a Telefonica Celular e a União Federal.

As redes explicam ainda que a missão própria das redes comerciais varejistas, que seria a de oferecer ao consumidor a maior gama possível de produtos e serviços, distintos apenas na origem, fazia com que elas se diferenciasssem dos comerciantes especializados em nichos de mercado ou em determinado produto ou serviço, em que a exclusividade pode ser parte essencial do negócio, como ocorre nas formas puras de representação comercial, concessão mercantil ou franquia.

Este seria, em curtas palavras, o cerne da defesa de Lojas Volpato Ltda. e Arno Palavro & Cia. Ltda., réis, nos autos dos processos supra referenciados.

8.3 A PERCEPÇÃO DAS REDES DE VAREJO SOBRE A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO APROVISIONAMENTO

Apresentadas as razões das redes no processo, busca-se a percepção dos gerentes de outras redes sobre a cláusula de exclusividade.

Buscou-se entrevistar representantes de redes de varejo, apresentando a todos eles questionário que oferecia um roteiro, permitindo-lhes, entretanto, livre raciocínio dos assuntos que lhes eram submetidos e dissertação dos mesmos na ordem que bem lhes aprouvesse, caracterizando uma entrevista curta que pudesse oferecer subsídios para a condução do trabalho, quando associada a outros documentos e dados coletados.

O questionário, remetido com antecedência, era composto de 22 questões (anexo).

Assim, apresentam-se, o resumo das respostas elaboradas livremente pelo expositor, e as observações feitas pelos profissionais do varejo.

O questionário apresentado buscou informações e avaliações sobre a percepção da cláusula de exclusividade pelas redes varejistas, e o impacto da mesma sobre a fidelização do canal. As respostas apresentadas variaram muito pouco entre si, mas importantes informações depreenderam das entrevistas realizadas.

PERGUNTA Nº 1 – A cláusula de exclusividade no provisionamento trouxe sensíveis reduções de custos nos processos de vendas empregados por este canal de venda?

Resumo das Respostas: - Dois dos três entrevistados negaram qualquer redução de custos nas redes de lojas provenientes da cláusula de exclusividade. Apenas um deles concordou que a exclusividade teria proporcionado redução de custos, na medida em que a operadora de telefonia móvel teria despendido valores expressivos na confecção de estandes e *banners*, além do deslocamento de pessoal especializado para treinamento dos funcionários da rede. Todos os demais negaram tal vantagem, por entenderem que as mesmas seriam também oferecidas pela outra operadora.

PERGUNTA Nº 2 – A eventual redução de custos se refletiu no preço final do produto (telefone celular ativado), de forma a representar uma vantagem competitiva que teria beneficiado diretamente o consumidor final?

Resumo das Respostas: Todas as respostas convergiram no sentido de que nenhuma das reduções de custos beneficiou o consumidor final, posto que o telefone celular ativado era percebido tanto pelos entrevistados quanto pelo público como *commodities*, e como tal não sofreria variação de preço significativa entre uma operadora e outra.

PERGUNTA Nº 3 – Caso não tenha havido vantagem competitiva importante repassada diretamente ao consumidor final, a que você atribuiria este fato?

Resumo das Respostas: A ausência de repasse da vantagem competitiva teria provindo da percepção do mercado de que as variações de preço praticamente inexistiam entre uma e outra operadora, e, portanto, o mercado teria se ajustado aos preços praticados, não exigindo das redes comerciais vantagens adicionais. Todas as respostas convergiram para esta conclusão.

PERGUNTA Nº 4 - As margens de lucro da operadora de telefonia celular, na sua avaliação, podem ter aumentado em função da existência desta cláusula?

Resumo das Respostas: Todos os entrevistados foram taxativos em afirmar que, apesar de não estar documentado face à impossibilidade de comparar, houve aumento de vendas na operadora de banda A, que pode extinguir a demanda reprimida, isoladamente, pela falta de acesso da operadora concorrente ao mercado atingido pelas redes comerciais que teriam pactuado com uma das operadoras a cláusula em apreço.

PERGUNTA Nº 5 – Você acredita que, com a referida cláusula vigente e atuante no seu tipo de canal, a vantagem competitiva da operadora aumenta significativamente, face à importância relativa e extensão de sua rede de lojas no mercado em que atua?

Resumo das Respostas: De novo, neste item, houve unanimidade nas respostas, indicando a existência de significativa vantagem competitiva em decorrência da exclusividade pactuada.

PERGUNTA Nº 6 – Você, ao analisar a cláusula, suas consequências e impactos, e com base na experiência vivida, poderia definir quem teria sido o maior beneficiário da cláusula?

Resumo das Respostas: Todas as respostas dadas foram no sentido de apontar a operadora da banda A como a maior beneficiada da exclusividade acertada.

PERGUNTA Nº 7 – E quem teria sido o maior prejudicado?

Resumo das Respostas: Nesta questão não houve unanimidade nas respostas. Enquanto uma delas aponta a operadora concorrente como a maior prejudicada, por entender que o consumidor na época não distinguia perfeitamente a diferença entre as operadoras, outros dois entrevistados apontaram a operadora rival e o consumidor, tendo em vista que o serviço que a Claro Digital na época, por

ser digital, oferecia maior qualidade, pelo menos dentro da Grande Porto Alegre. Mesmo assim, constatou-se que, ao apontar o consumidor, tal indicação em absoluto revelava convicção dos entrevistados. A ênfase maior, mesmo entre estes dois entrevistados, ao indicar o maior prejudicado, era no sentido de mencionar a operadora concorrente que ficava privada de acessar o mercado através de importantes meios de vendas que eram as redes.

PERGUNTA Nº 8 – Algum cliente teria reclamado o não oferecimento de aparelhos da concorrência em seus processos de venda?

Resumo das Respostas: Nenhum dos entrevistados teria sido acessado por seus vendedores de ponta sobre a existência de reclamações de clientes por não existir oferta dos equipamentos da operadora Claro Digital em suas lojas.

PERGUNTA Nº 9 – Em commodities, o seu cliente, na sua avaliação, compra somente a marca que suas lojas ou rede de lojas oferecem, ou ele busca encontrar a marca de sua preferência em lojas ou redes concorrentes, quando não encontra a sua?

Resumo das Respostas: Um dos entrevistados frisou de que, no passado, os clientes eram muito mais fidelizados na loja do que nos produtos. Mas acentuou que esta fidelização tende a desaparecer, com os clientes buscando mais preços e condições de pagamento do que marcas. Todos, de forma unânime, informaram que nenhum cliente compra hoje eletrodomésticos sem fazer detalhada pesquisa de preços e condições de pagamento, inclinando-se sempre pela loja que lhe oferecer melhores condições. Disseram ser quase inexistente a fidelização à marca da loja na escolha de bens móveis duráveis.

PERGUNTA Nº 10 – Na sua avaliação esta cláusula de exclusividade no provisionamento trouxe algum prejuízo a sua loja ou rede de lojas?

Resumo das Respostas: Dois dos entrevistados demonstraram não ter percebido qualquer prejuízo, exceção feita no início das operações da Claro Digital, quando, por existência da cláusula com uma das operadoras, perderam a oportunidade de negociar com a entrante. Um dos entrevistados aponta de forma incisiva que o acordo de exclusividade, por ter sido negociado centralizadamente fora do Estado, trouxe prejuízos à rede no Rio Grande do Sul, sem dar maiores detalhes, que também não lhe foram perguntados, por entender-se que tal pergunta fugiria ao escopo do trabalho.

PERGUNTA Nº 11 – A cláusula de exclusividade ampliou os negócios entre as partes?

Resumo das Respostas: Para dois dos entrevistados, a cláusula de exclusividade não ampliou por qualquer forma os negócios entre as partes, que transcorreram dentro da normalidade para operações da espécie. Para um dos entrevistados, a cláusula, por propiciar mais confiança à operadora, possibilitou de início que esta aumentasse seus investimentos nas lojas, com estandes, cores, promoções, treinamento de funcionários, atenção dos promotores de venda aos lojistas e seus funcionários, incrementando vendas e a parceria.

PERGUNTA Nº 12 – A cláusula em referência melhorou a confiança entre as partes?

Resumo das Respostas: Para um dos entrevistados, a exclusividade efetivamente acrescentou confiança entre as partes contratantes, melhorando as relações. Para os demais, tal aumento de confiança não existiu.

PERGUNTA Nº 13 – A cláusula melhorou a predisposição à cooperação entre as partes?

Resumo das Respostas: Um dos entrevistados, confirma que a existência da cláusula aumentou a predisposição à cooperação entre as partes. Para os demais, tal aumento não foi constatado, tendo sido a cláusula em comento totalmente neutra para tal fim.

PERGUNTA Nº 14 – Foi sentido que a vigência da cláusula contribuiu para reforçar o sentimento de que as duas partes passaram a ganhar mais do que se não existisse tal cláusula?

Resumo das Respostas: Dentro do quadro supra-informado, um dos entrevistados foi enfático em confirmar que as partes efetivamente se tornaram mais parceiras com a existência da cláusula. As outras duas partes entrevistadas negaram tal sentimento.

PERGUNTA Nº 15 – A inserção da cláusula contribuiu para uma relação mais amistosa entre as partes?

Resumo das Respostas: Uma das partes enfatizou o aumento de confiança recíproca advindo da assinatura de contrato com a inserção desta cláusula, na medida em que demonstrava a confiança que a cadeia de lojas depositava na operadora, o que teria estimulado a reciprocidade. As outras duas entrevistadas negaram qualquer incremento na relação entre as partes contratantes, vendo apenas como uma contingência normal do negócio entabulado.

PERGUNTA Nº 16 – A cláusula foi importante para o estabelecimento de uma rotina salutar à redução do tempo nas negociações?

Resumo das Respostas: Duas das entrevistadas negaram a vantagem questionada. Uma delas, de forma débil, referiu que talvez esta vantagem tenha ocorrido, mas não foi vital para o processo de venda. Todas elas enfatizaram que as

rotinas nas lojas de departamentos são fortemente incentivadas e guarnecidas pela matriz corporativa.

PERGUNTA Nº 17 – A cláusula de exclusividade teria motivado uma redução do uso do poder entre as partes contratantes e aumentado ou diminuído a barganha?

Resumo das Respostas: Os três entrevistados afirmaram que a existência da cláusula com as penalidades impostas pelo descumprimento desencorajaram a troca de bandeira entre as operadoras de telefonia celular. Um delas acredita que até hoje sua empresa não se abre a negociações com outras operadoras em função da existência de pesadas sanções a que se sujeitam os lojistas que não se submeterem à exclusividade contratada. Nenhum dos entrevistados referiu a redução do poder de barganha, por entender que o mercado de celular não apresenta grandes diferenças de preços ou de condições de pagamento. Reconhecem, entretanto, que os lojistas que optaram por denunciar a cláusula de exclusividade e enfrentar judicialmente a estipulante da cláusula em estudo, tiveram ganhos na lucratividade, na medida em que ganharam mais incentivos da operadora concorrente.

PERGUNTA Nº 18 – Você pensa que a cláusula de exclusividade contribuiu para reforçar os laços futuros nos seus relacionamentos com o fornecedor (operadora)?

Resumo das Respostas: Um dos entrevistados reconheceu que no primeiro momento houve um reforço dos laços de relacionamento. Os demais entrevistados, entretanto, negaram esta contribuição, e informaram que todas as cadeias varejistas consideram normal, no mercado de telefones celulares, um relacionamento com apenas uma das bandeiras, e vêem nisso uma prática normal do comércio analisado.

PERGUNTA Nº 19 – Você estaria disposto a recomendar a ampliação dos negócios com esta operadora (a estipulante da cláusula de exclusividade), nas mesmas condições?

Resumo das Respostas: Um dos entrevistados foi peremptório na negativa em recomendar novas operações com este condicionante. Os demais sequer consideraram possível a renovação da cláusula, mas, se ofertada, não aceitariam ou o fariam desde que não corressem risco legal de sofrer constrição judicial para pagamento de multas por eventual não cumprimento e, cumulativamente, tivessem vantagem mais expressiva que a conquistada nas vezes anteriores. Tais vantagens advêm da acirrada concorrência hoje existente, que permitiria às redes aumentar seu poder no canal e obter, em função disto, mais vantagens financeiras.

PERGUNTA Nº 20 – Em negócios futuros, em igualdade de condições (qualidade e preço), você daria preferência ao fornecedor que lhe exigiu cláusula de exclusividade no provisionamento?

Resumo das Respostas: Se não houvesse a vantagem financeira referida na resposta nº 19 supra, dois dos entrevistados jamais fariam o negócio com quem quisesse inserir a cláusula no contrato a ser firmado. O outro entrevistado não aceitaria em nenhuma hipótese, mesmo se houvesse vantagem financeira.

PERGUNTA Nº 21 – As atuais relações com este fornecedor são suficientemente boas para que você fale bem dele a outros comerciantes?

Resumo das Respostas: Dois dos entrevistados representavam empresas que ainda mantinham contratos de exclusividade com a operadora. Um deles não tem nada contra a operadora, e daria bom testemunho a seu favor. O outro dos que mantém contrato não recomendaria a operadora se consultado fosse. O terceiro entrevistado não mais mantém contrato com a referida operadora, por opção em descumprir a cláusula de exclusividade.

PERGUNTA Nº 22 – Esta cláusula é normal no tipo de canal que caracteriza sua empresa?

Resumo das Respostas: Duas das respostas foram no sentido de reconhecer que em, vendas de aparelhos celulares habilitados, a fidelização a uma bandeira foi assimilada pela rede varejista. Outro dos entrevistados, entretanto, alegou que sua empresa jamais tinha trabalhado antes sob exclusividade no provisionamento e que esta prática não estava sendo bem assimilada entre os representantes das lojas.

Estas foram as conclusões dos entrevistados, reportadas de forma livre pelo entrevistador, já que, como se afirmou-se anteriormente, as perguntas não foram respondidas uma a a uma na ordem apresentada, mas serviram como roteiro para a apresentação da argumentação e ponderação dos entrevistados.

Já os Agentes Autorizados da Claro Digital, que funcionam sob total dependência da operadora, como se suas empresas subsidiárias fossem, recebem desta, gratuitamente, softwares de gestão, acompanhamento contábil e financeiro, assistência no tratamento de dados, de cobrança, de comunicação visual, bem como treinamento técnico e operacional. E em resposta a questionário semelhante, apresentaram respostas diferentes.

A seguir apresenta-se a análise das respostas obtidas entre os agentes autorizados:

PERGUNTA Nº 1 – A empresa já trabalhava com telefonia celular quando foi credenciada pela Claro Digital?

Resumo das Respostas – Apenas quatro dos entrevistados trabalhavam com celulares, mas não vinculados a outra operadora contratualmente. Atuavam como meros revendedores de aparelhos celulares, sem, entretanto, habilitá-los numa ou

noutra operadora. Todos os demais entrevistados não tinham qualquer experiência com telefonia móvel celular.

PERGUNTA Nº 2 – A cláusula de exclusividade no provisionamento representou alguma diferença na negociação ou foi uma decorrência natural do ajuste?

Resumo das Respostas – Todos os entrevistados responderam que a cláusula de exclusividade foi uma decorrência natural do ajuste e que já esperavam, concordavam e alguns até queriam a sua inclusão, para beneficiarem-se de subsídios e treinamento.

PERGUNTA Nº 3 – Por quê?

Resumo das Respostas – A decorrência natural provinha do desejo do entrevistado em integrar-se à rede da operadora e havia decisão empresarial neste sentido, razão pela qual ninguém questionou ou procurou negociar a cláusula em estudo.

PERGUNTA Nº 4 – Esta cláusula de exclusividade trouxe redução nos processos de vendas empregado por esse canal, ou foi muito mais empregada para garantir retorno dos investimentos de treinamento feitos pela operadora?

Resumo das Respostas – Cinco dos entrevistados entendeu que não houve qualquer redução de custos, sem se manifestar sobre se teria havido preocupação da operadora em buscar retornos do investimento feito. Outros três dos entrevistados acreditam ter havido redução de custos pela inclusão da cláusula. Os dois restantes deram razões outras para a existência da cláusula, tal como a identificação da marca dos produtos vendidos pelo canal, sem referir a existência de redução custos ou retorno de investimentos pela operadora.

PERGUNTA Nº 5 – A eventual redução de custos se refletiu no preço do produto final (telefone celular ativado), de forma que representasse uma vantagem competitiva que teria beneficiado o consumidor final?

Resumo das Respostas – Quatro dos entrevistados entenderam que não teria havido nenhuma redução de preços ao consumidor final. Os restantes seis entrevistados entenderam que a cláusula de exclusividade entre os agentes autorizados teria permitido uma redução dos preços dos aparelhos ativados junto ao consumidor final.

PERGUNTA Nº 6 – Caso não tenha havido, no entendimento do agente, redução de custos no preço do equipamento ativado, a que você atribuiria este fato?

Resumo das Respostas – De todos os que entenderam que não teria havido redução de custos no aparelho habilitado. Quatro o entenderam assim porque as políticas de preço da operadora não levam em consideração a cláusula de exclusividade.

PERGUNTA Nº 7 – As margens de lucro da operadora de telefonia celular, na sua avaliação, podem ter aumentado em função da existência desta cláusula?

Resumo das Respostas – nove dos entrevistados concordaram que a existência da cláusula propiciou um aumento da lucratividade da operadora, porque evitava a divisão do ponto de venda com a concorrente, ao mesmo tempo que forçava o agente a buscar viabilidade financeira para seu investimento. O outro entrevistado se omitiu na resposta.

PERGUNTA Nº 8 – Você, ao analisar a cláusula, suas conseqüências e impactos, com base na experiência vivida, poderia definir quem teria sido o maior beneficiário da mesma?

Resumo das Respostas – Dos entrevistados, seis acreditam que a operadora teria sido a maior beneficiada com a cláusula de exclusividade, um entendeu que o cliente seria o maior beneficiado, um se absteve e dois entenderam que ambos (agente e operadora) teriam sido beneficiados.

PERGUNTA Nº 9 – E quem teria sido o maior prejudicado?

Resumo das Respostas – A maioria dos entrevistados (6) entendeu não ter havido prejudicados, três entenderam ser o agente exclusivo o maior prejudicado e o outro entendeu que os concorrentes teriam sido os maiores prejudicados.

PERGUNTA Nº 10 – A cláusula de exclusividade teria ampliado os negócios entre as partes?

Resumo das Respostas – Dentre os entrevistados, quatro entenderam que a cláusula de exclusividade no provisionamento possibilitou um aumento da cooperação nos negócios, pela confiança que as partes depositaram uma na outra por força da cláusula. Já os outros seis entrevistados entenderam que não foi a cláusula a responsável pelo incremento nos negócios. Afirmaram não ter sequer tido condições de avaliar, posto que sempre, desde o seu credenciamento, teriam operado com exclusividade. Imputaram todo o incremento havido na conta do bom relacionamento comercial que sempre vigeu entre operadora e seus agentes.

PERGUNTA Nº 11 – A cláusula em referência teria aumentado a confiança entre as partes?

Resumo das Respostas – Neste item, as partes ficaram divididas. Dos dez que responderam ao questionário cinco entenderam que não teria havido nenhum aumento de confiança por força da cláusula estudada. O relacionamento em si teria sido o verdadeiro alavancador das relações confiáveis. A outra metade dos entrevistados entendeu que a cláusula, ao ser aceita pelos agentes, demonstrou a confiança deles na operadora, e que teria havido a contrapartida.

PERGUNTA Nº 12 – A cláusula de exclusividade teria melhorado a predisposição de cooperação entre as partes?

Resumo das Respostas – Somente quatro dos entrevistados entenderam que a cláusula propiciou o aumento da predisposição de cooperação entre agente/operadora. Os outros seis entrevistados avaliaram que a cláusula em si não teria representado nenhum incremento à disposição de cooperação entre as partes.

PERGUNTA Nº 13 – Foi sentido que a vigência da cláusula de exclusividade contribuiu para reforçar o sentimento de que as duas partes passaram a ganhar mais do que se não existisse a mesma?

Resumo das Respostas – Também neste item se dividiram os entrevistados. Metade deles entendeu que a cláusula teria contribuído para dar a sensação de que houve ganho na rentabilidade. A outra metade rechaçou esta possibilidade, por entender que outros fatores é que teriam efetivamente contribuído para a sensação.

PERGUNTA Nº 14 – A inserção da cláusula teria contribuído para uma relação mais amistosa entre as partes?

Resumo das Respostas – Neste item seis dos entrevistados entenderam que nenhuma contribuição teria havido em função da cláusula para estreitar as relações comerciais. Os quatro restantes entenderam que a cláusula teria servido como instrumento para estreitar o relacionamento comercial.

PERGUNTA Nº 15 – A cláusula de exclusividade teria sido importante para o estabelecimento de uma rotina salutar à redução do tempo nas negociações?

Resumo das Respostas - Apenas três dos entrevistados entenderam que a cláusula foi importante para o estabelecimento de uma rotina salutar para reduzir o tempo de negociação. Todos os demais sete entrevistados entenderam que não houve qualquer contribuição da cláusula para estabelecer rotinas salutares capazes de reduzir tempo nas negociações. Alguns até lembraram que, por ser todas as operações manualizadas, não havia muita negociação. O negócio transcorria de forma quase automática.

PERGUNTA Nº 16 – A cláusula de exclusividade teria motivado uma redução do uso do poder entre as partes contratantes e aumentado ou diminuído o poder de barganha?

Resumo das Respostas – Novamente se dividiram os entrevistados neste item. Metade deles acredita que a cláusula não teria modificado o poder de barganha no negócio. A outra metade acredita que teria aumentado o poder de barganha, sendo que o sentimento de parceria teria sido o mais incrementado pela utilização da cláusula, e que teria contribuído para o aumento da capacidade de negociação.

PERGUNTA Nº 17 – Você acredita que a cláusula em estudo teria contribuído para reforçar os laços futuros no seu relacionamento com a operadora?

Resumo das Respostas – A maioria dos entrevistados (8) acredita que a cláusula de exclusividade teria contribuído para reforçar os laços futuros com a operadora. Um dos agentes mencionou que, no início, quando da exigência da cláusula, teria havido por parte do mesmo uma moderada rejeição, posteriormente

sublimada. Os dois restantes foram enfáticos ao afirmar que a cláusula não contribuiu para o relacionamento futuro entre a operadora e seus agentes.

PERGUNTA Nº 18 – Você estaria disposto a recomendar a ampliação dos negócios com a mesma operadora, nas mesmas condições da primeira contratação (com a cláusula de exclusividade)?

Resumo das Respostas – Novamente a maioria dos entrevistados (8) afirmou que recomendaria, simplesmente. Outro entrevistado respondeu que dependeria das negociações (vantagens) que auferiria. E o último deles respondeu que não recomendaria a contratação com cláusula de exclusividade.

PERGUNTA Nº 19 – Em negócios futuros, em igualdade de condições (qualidade e preço), você daria preferência ao fornecedor que lhe exigisse cláusula de exclusividade?

Resumo das Respostas – Neste item os entrevistados apresentaram diferentes respostas. Quatro deles responderam laconicamente, sem maiores comentários de que dariam preferência ao fornecedor que lhes solicitassem a preferência. Outros quatro, responderam laconicamente que não indicariam, sem declinar motivos. Os dois restantes condicionariam a preferência a uma negociação das condições que regeriam a relação.

PERGUNTA Nº 20 – As atuais relações com esse fornecedor são suficientemente boas de forma a que você fale bem dele a outros comerciantes?

Resposta – Neste item, oito dos entrevistados declaram que as relações são boas o suficiente para que ele fale bem da operadora a outros comerciantes. Um dos entrevistados entende que as relações são boas e que recomendaria a outros comerciantes, apesar de reconhecer oportunidades de melhora, e o outro dos

entrevistados declarou que, no momento, suas relações não eram boas e que, portanto, não recomendaria a operadora para outros comerciantes.

8.4 CONSOLIDAÇÃO DA PERCEPÇÃO DOS CANAIS

A percepção dos canais sobre a cláusula muda dependendo da natureza jurídica do canal entrevistado (se agente ou rede de varejo). Para as redes varejistas, que possuem estruturas administrativas, de vendas e de marketing próprias e independentes, atuando sob uma marca consolidada, a exclusividade pode ser aceita e é hoje percebida como uma oportunidade de negócio. Já para os agentes autorizados, que não possuem estruturas comerciais e de marketing próprias, nem uma marca consolidada que lhes permita atingir a clientela, a união quase umbilical com as operadoras é elemento vital de sobrevivência comercial.

A cláusula, no momento de sua implementação, representava, na visão das redes varejistas, conscientes de sua importância no contexto de vendas do Rio Grande do Sul, uma vantagem competitiva importante para a operadora que já operava, em detrimento da entrante. Não havia, na percepção dos representantes das redes varejistas, nenhum prejuízo ao consumidor, posto que a estruturação dos preços e qualidades de serviços variavam muito pouco entre as políticas comerciais das operadoras na época.

Para parcela pouco significativa destes representantes consultados, haveria um prejuízo ao consumidor tão-somente no momento em que ele buscasse a aquisição de um serviço totalmente digital como o oferecido pela entrante na época, ao contrário da operadora já estabelecida, que possuía uma rede de transmissão mista (digital e analógica). Mas o prejuízo para a operadora entrante seria perverso, posto que ela deixaria de atingir importante fatia do mercado gaúcho, que era dominado pelas redes de varejo, especialmente no interior do Estado do Rio Grande do Sul, onde estas redes varejistas tinham penetração importante.

Assim, se a qualidade dos serviços era equivalente, se os preços não apresentavam diferenças significativas e eram sempre objeto de acirrada concorrência, o acesso ao mercado através de canais de larga penetração se constituía em expressiva vantagem competitiva. Ademais, os canais reconheceram que, a não ser por esta vantagem competitiva, pouco se poderia acrescentar de vantagens na adoção da cláusula.

Constata-se que, no início, a adesão da rede varejista se baseava no desejo de mostrar à operadora em atividade o desejo de continuar a parceria, e tinha como contrapartida um aumento dos investimentos em marketing. Com o passar do tempo tal motivação deixava de existir, posto que o comportamento da operadora entrante com as redes não comprometidas com a cláusula, e, portanto acessíveis a credenciamento, era, no mínimo igual, se não melhor, do que a operadora da banda A dedicava a sua rede de lojas varejistas submetidas à cláusula de exclusividade.

Assim, a cláusula em comento, no entendimento das redes de varejo, não agregava valor no relacionamento entre operadora e lojas de varejo, e hoje ela persiste muito mais em decorrência de uma peculiaridade do mercado e de uma oportunidade de negócio do que pela fidelização que se queira emprestar ao relacionamento comercial.

É oportuno frisar que, na percepção das cadeias de varejo, a exclusividade no provisionamento decorre naturalmente do credenciamento, posto que não admitem, por enquanto, trabalhar com duas ou mais bandeiras de serviços de telefonia móvel. Com a entrada de uma terceira operadora, entretanto, tal tendência deve sofrer modificações. A possibilidade de oferecer alternativas de consumo ao usuário fidelizado a sua marca deve-se tornar um hábito nas redes varejistas, que automaticamente expurgarão de suas práticas comerciais a exclusividade no provisionamento. Esta tendência se fez sentir muito fortemente, e, hoje, já existem redes operando com duas bandeiras de telefonia móvel celular.

No entanto, até que esta prática (a da exclusividade) seja completamente abandonada, a maioria das redes varejistas ainda discute vantagens financeiras e entrega a exclusividade à operadora que mais oferece em termos de rentabilidade. É o poder de recompensa do canal que impera no relacionamento, muito mais

fortemente que o poder de coerção. As operadoras, em sua quase totalidade (excluindo-se a de banda A), celebram contratos sem cláusula de exclusividade, mas com mecanismos de recompensa à dedicação exclusiva, que agrega ganho de escala capaz de manter o credenciado fiel a apenas uma marca.

Na época das entrevistas com representantes de redes varejistas, nenhum deles cogitava em trabalhar com mais de um fornecedor de serviços de telefonia móvel celular, aceitando a exclusividade como decorrência natural dos arranjos comerciais. Hoje já existem exceções. Cabe repetir a observação de que a tendência no médio prazo neste segmento do canal é não mais trabalhar com uma só marca de serviços de celulares, mas com no mínimo duas das três hoje em operação. Esta tendência abolirá, se confirmada, a existência da cláusula de exclusividade no provisionamento.

Já entre os agentes credenciados ou representantes comerciais, constatou-se um comportamento totalmente diferente. Sua ligação com a operadora é muito mais forte e pessoal. Seu entrosamento operacional passa por ajustes finos, envolvendo auxílio contábil, financeiro, de marketing, jurídico e de tecnologia de informação. A interpenetração dos dois segmentos do canal é muito mais profunda, e o relacionamento, em função disto, também é diferente.

Todos os contratos são típicos a uma mesma categoria de canais, com os mesmos direitos e obrigações, e a exclusividade é vista como uma decorrência natural e até mesmo necessária à sobrevivência deste tipo de canal, posto que somente com ela são obtidas as estruturas de manutenção empresarial necessárias para sobrevivência comercial. Em compensação, é forçoso reconhecer que este aprofundamento no relacionamento comercial, que cria facilidades e exige contraprestações, envolve uma rotina diária que traz, às partes envolvidas, tanto do agente quanto da operadora, um desgaste muito maior no relacionamento.

Qualquer falha na comunicação ou no cumprimento das obrigações de assistência mútua gera rancor e, conseqüentemente, um desgaste no relacionamento entre as duas partes (agente e operadora). Por este motivo, em algumas das entrevistas com agentes comerciais, ficou evidente um desconforto com a cláusula de exclusividade, e com a própria operadora, gerado muito mais pelo

desgaste no relacionamento, que propiciava o aparecimento de uma necessidade psicológica de mudança, do que pela existência da cláusula em si. Foi freqüente a assertiva de que a cláusula de exclusividade era muito mais benéfica à operadora do que aos canais denominados agentes autorizados. Entretanto, dentro do contexto da entrevista, o que transparecia atrás de tais assertivas era muito mais a existência de mágoas provenientes de um relacionamento desgastado pela rotina pesada de assistência comercial do que por queixas relacionadas com o regime de exclusividade existente.

Em função deste fato, desprezaram-se as poucas declarações de insatisfação constatadas nos questionários formulados aos agentes comerciais, para dar guarida à observação de que, em todos os demais membros do canal (agentes autorizados), a exclusividade no relacionamento não só era aceitável mas também querida, a fim de emprestar ao estabelecimento comercial representante ou agente uma marca capaz de trazer pesados investimentos de propaganda e serviços, recursos estes que o agente, ou o representante, por si só, seria totalmente incapaz de oferecer ao seu cliente.

Assim, ficou claro nas entrevistas que as redes de lojas têm na exclusividade um fato percebido como decorrência natural do mercado e não opõem à existência de uma só operadora de telefonia celular em seu estabelecimento, mas têm muito presente a intenção de negociar sempre com aquela que vai estar presente na sua cadeia de lojas, razão pela qual, tendem a rejeitar cláusula de exclusividade contratual, com aplicações de sanções, aceitando-a (a exclusividade) tão-somente como decorrência de uma recompensa negociada.

Ao contrário, as redes compostas por agentes autorizados necessitam da cláusula de exclusividade para manter o desempenho comercial esperado pelo mercado, face à assistência que recebem da operadora em recursos administrativos e de marketing. Repita-se a observação de que a tendência no médio prazo neste segmento do canal é não mais trabalhar com uma só marca de serviços de celulares, mas com no mínimo duas das três hoje em operação. Esta tendência abolirá, se confirmada, a existência da cláusula de exclusividade no provisionamento, persistindo a cláusula em comento tão-somente entre os agentes

autorizados ou representantes comerciais, que, por sua estrutura e funcionamento, requerem do fornecedor maior assistência em atividades de pré e pós-vendas, além de auxílio nas próprias atividades de gestão, pouco diferenciando-se da franquia, para estes efeitos.

9 FATORES A SEREM ANALISADOS

9.1 AMBIENTE

O ambiente em que a cláusula de exclusividade foi pela primeira vez negociada com os canais pode se constituir em importante fator de observações para este trabalho. A cláusula foi contratualmente ajustada pela primeira vez em julho de 1998, quando ainda não existia concorrência entre operadoras de telefonia móvel no Rio Grande do Sul, apesar de já estar em andamento processo de licitação e adjudicação da proposta de um novo *player* para o Estado. Havia demanda reprimida muito forte nas classes A, B, e C, constituindo-se o telefone celular um objeto de desejo destas classes sociais. As vendas deste produto nos anos de 1998 e 1999 superou qualquer expectativa dos operadores de telefonia móvel neste país. O prazo de validade destes contratos de credenciamento, com cláusula de exclusividade era inicialmente de três anos, e que depois foi repactuada por mais dois anos, a partir de 2001. Nesta época, havia só uma operadora, e a falta de oferta de telefones celulares por uma rede lojas de lojas, fatalmente, afastaria a mesma deste mercado, além de estigmatizar a cadeia como de segunda linha. Era visível nessa época o desequilíbrio de poder entre a operadora de telefonia celular instalada, que detinha o monopólio privado e seus canais de venda. Como se sabe, o desequilíbrio é sempre percebido de forma negativa pela parte dependente, mesmo quando a intenção da parte mais forte não seja o de retaliar.

A cláusula inviabilizava ao novo *player* o acesso às cadeias de lojas que representavam importante segmento de vendas de produtos, obrigando a operadora, entretanto, a desenvolver canais alternativos que, pela exigüidade de tempo para

entrar em operação, fez com que ela incorresse em altos custos de montagem. Nesse caso, o desequilíbrio de canais, quando percebido, como foi o caso, fatalmente desencadearia reações entre os destinatários de normas prepotentes. Uma das formas reconhecidas pela melhor doutrina para caracterizar a reação da parte dependente é a de criar alternativas ao fornecedor (parte mais forte na relação). A outra reação prevista pela melhor doutrina é a de simplesmente não ter o canal dependente nenhuma reação. Aceita a condição, faz o melhor de seus esforços para conduzir o problema da melhor forma possível. Este tipo de reação ocorre muito mais freqüentemente no mercado moderno, quando o membro do canal está sujeito a gigantes resultantes do processo de globalização. Mesmo quando uma rede de lojas tem expressão nacional, muitas vezes, como ocorre no caso em estudo, o fornecedor também fornece em escala nacional, e o fato de criar alternativas em um dado Estado da Federação implicaria renunciar a ter o fornecedor menos dependente em outros estados, onde talvez não existissem alternativas viáveis para o membro mais dependente do canal. Esta situação de não reação também foi constatada no caso em estudo. Algumas das redes, atendendo a interesses comerciais próprios, optaram por simplesmente não reagir.

Entretanto, inegavelmente, ao se estudar o ambiente em que ocorreu a contratação, não se tem dúvida do completo desequilíbrio existente na época entre a operadora de telefonia celular da banda A e as cadeias de loja no Rio Grande do Sul. Em 1998 e até meados de 1999, não havia alternativas para os membros dos canais no Rio Grande do Sul. E esta constatação obriga o analista a concluir pela total dependência dos membros do canal em relação à operadora. Na análise dos contratos firmados neste ambiente, pode-se perceber que a cláusula punitiva inserida nos contratos é altamente dissuasiva, inibindo a reação do canal e viciando sua vontade. Assim, é inevitável concluir que o ambiente produziu condições apropriadas a que se criasse uma dependência desequilibrada entre a operadora de telefonia celular e seu canal multimarcas, propiciando a inserção da cláusula em apreço, por falta de alternativas razoáveis do ponto de vista comercial de um lado, associado à possibilidade de pesadas perdas comerciais pela escolha da alternativa simples de não contratar. A criação de alternativas a partir de 1999/2000 começou a gerar conflitos entre a operadora e seus canais, que passaram a buscar as

alternativas comercialmente sustentáveis. Não se pode desprezar também no estudo do ambiente, a importância da política de universalização implementada pelo governo federal na Lei Geral de Telecomunicações, que tinha como objetivo, a ser alcançado até 2005, levar a telecomunicação a praticamente todo o território nacional, buscando, com ansiedade, atingir pontos remotos do território nacional. O próprio regime de duopólio, que foi uma das características marcantes da primeira fase da abertura das telecomunicações, objetivava a que as empresas que viessem a se estabelecer, seja no regime de telefonia fixa, seja na móvel celular, tivessem tempo para se estabelecer e consolidar posições mercadológicas antes que a livre competição começasse a ser permitida. A criação deste duopólio demonstrou a possibilidade de se implementar mecanismos de competição em pouco tempo, de modo a beneficiar o consumidor e preservar as operadoras das incertezas do mercado.

Considerando ainda a desregulamentação ocorrida partir de janeiro de 2002, as empresas de telefonia fixa só poderiam explorar novos serviços se conseguissem cumprir, até dezembro de 2003, os compromissos de universalização fixados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Hoje, apesar de não terem sido ainda atingidas as metas de universalização propostas, e talvez ainda não venham a ser atingidas, a juízo do autor, até a data fixada, é cogente reconhecer a espantosa magnitude do crescimento atingido na telefonia fixa e móvel no Brasil. Em quatro anos de privatização, foram instalados mais telefones que nos 25 anos anteriores, e no tocante à telefonia celular, a expansão da oferta chegou a 80,2% entre junho de 1999 a junho de 2000 (fonte Anatel). Esta expansão, que ainda ocorre de forma significativa na telefonia celular, que hoje chega a ultrapassar a penetração da telefonia fixa, resultou em muito da força dada à capacidade de competição estabelecida na estrutura regulatória brasileira, o que possibilitou um equilíbrio entre as operadoras quando vieram a se estabelecer, protegendo-as das vicissitudes do mercado, ao mesmo tempo que as faziam criar vantagens competitivas importantes nos serviços, capazes de se constituírem em eficiências repassáveis à coletividade consumidora.

9.2 ANÁLISE JURÍDICA DA SITUAÇÃO

9.2.1 Direito Comparado

No Direito, trata-se a representação exclusiva no âmbito do estudo das práticas anticoncorrenciais abusivas. Define-se para todos os efeitos a representação exclusiva como a exigência por parte de um fornecedor de que seus intermediários do canal vendam somente seus produtos ou marca, vedando o acesso àquele canal de produtos concorrentes direta ou indiretamente aos produtos ou marcas do estipulante. Caso o canal não queira aderir, o fornecedor, usando de seu poder, invoca sanções negativas, recusando-se a fazer negócios com eles, privando o canal de obter o produto ou serviço do mesmo, enquanto não aderir à cláusula de exclusividade. Se houver dominância de mercado do fornecedor, esta cláusula pode representar uma cláusula inválida do ponto de vista jurídico. A comercialização exclusiva diminui a concorrência intermarcas, posto que as marcas concorrentes são excluídas dos pontos de venda. No direito norte-americano, a restrição na comercialização de produtos ou serviços é prevista na Lei Clayton (Clayton Act), que expressamente prevê (em tradução livre);

[...] será ilegal para qualquer pessoa [...] arrendar ou fazer uma venda ou contrato de venda de bens, produtos manufaturados, mercadorias, maquinário suprimentos ou outras mercadorias, sejam eles patenteados ou não patenteados [...] na condição, acordo ou entendimento de que o arrendador ou comprador dos mesmos não usará ou comercializará os bens [...] de um concorrente ou dos concorrentes do arrendador ou vendedor, onde o efeito desse arrendamento, dessa venda ou contrato de venda ou tal condição, acordo ou entendimento, possa vir a diminuir substancialmente a concorrência ou tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio...

Outras disposições legais no direito norte-americano também buscam defender a concorrência contra a aplicação da exclusividade na venda de bens ou produtos. A Lei Sherman (Sherman Act) estatui que vários tipos de contratos de exclusividade podem ser considerados limitações ilegais para o comércio quando

uma empresa dominante está envolvida e quando os contratos ultrapassam muito as necessidades comerciais razoáveis para ter o efeito necessário, ou revelam uma intenção clara de suprimir a concorrência. Em reiterados julgamentos, a Corte americana explicou que, para ser ilegal, os acordos de exclusividade precisam provocar uma diminuição substancial da concorrência no mercado competitivo relevante. Explicou ainda que a substancialidade deveria ser determinada levando-se em conta os seguintes fatores: (a) a força relativa das partes envolvidas; (b) o volume proporcional de comércio envolvido em relação ao volume total de negócios na área de mercado relevante; e (c) os prováveis efeitos imediatos e futuros que a preempção daquela fatia de mercado poderia ter na concorrência eficaz dentro dele. Fixou ainda a Corte americana que alguns pontos devem obrigatoriamente ser examinados para caracterizar como legal ou ilegal uma exigência de exclusividade de provisão: (a) a duração do contrato; (b) até que ponto é utilizada a exclusividade no mercado em que se celebrou o entendimento; (c) o tamanho da barreira criada; (d) as alternativas que permanecem disponíveis depois da distribuição exclusiva ser levada em conta.

Assim, na ótica da legislação americana, a cláusula de exclusividade imposta pela operadora de telefonia celular atuando na banda A do Rio Grande do Sul, se questionada em 1999, provavelmente seria considerada ilegal e, conseqüentemente, inválida. O contrato tinha duração de três anos, prazo mais que suficiente para equacionar toda a demanda reprimida e firmar a operadora como líder no mercado. Assim, pelo primeiro quesito (duração do contrato), o pressuposto de ilegalidade se faz presente. No segundo pressuposto (quantas empresas utilizam a cláusula no mercado em questão), também se faz presente o pressuposto de ilegalidade. Não existia nenhum outro concorrente, detendo a operadora 100% do mercado na época de celebração do contrato de exclusividade. O terceiro pressuposto da lei americana também teria ocorrido, posto que as redes de varejo multimarcas vendiam 80% da totalidade dos bens móveis duráveis (eletrodomésticos) vendidos em 1999, segundo estimativas não oficiais do setor, colhidas com gerentes comerciais de estabelecimentos de primeira linha e informalmente junto à Associação Gaúcha dos Supermercados (AGAS). Não existiam alternativas correntes no mercado, que não supermercados, que participavam com apenas 20% das vendas de bens móveis

duráveis², até porque não possuíam, dentre as alternativas de comercialização o famoso prazo de pagamento (crédito), fundamental para a venda de serviços móveis celulares no mercado do Rio Grande do Sul. Assim, com todos os requisitos legais e jurisprudenciais presentes, a cláusula de exclusividade inserida no contrato de 1999 entre a operadora de banda A de telefonia celular no Rio Grande do Sul e as redes varejistas no Estado provavelmente seria considerada prática inválida nos Estados Unidos. O direito da Comunidade Européia também tem dispositivos semelhantes para regular cláusulas de exclusividade. As colusões verticais nesse mercado são consideradas práticas vedadas sempre que tiverem por objetivo impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência. Mas os tribunais europeus divergem dos tribunais norte americanos quando oferecem para análise um quadro analítico preciso para apreciação da validade das cláusulas de exclusividade. Eles adotaram a “Regra da Razão”, hoje adotada internacionalmente, que possibilita ao julgador pesar as vantagens sociais das convenções de exclusividade e os efeitos anticoncorrenciais que dela podem resultar. As vantagens deste tipo de abordagem legal ou jurisprudencial são evidentes num país de economia desenvolvida. A dificuldade principal inerente à este método – a falta de previsibilidade legal – em parte é atenuada pela existência de tribunais especializados, que se mantêm atentos às evoluções do mercado e suas variações contratuais e operacionais. Entretanto, apesar das diferenças existentes entre os sistemas de regramento da Comunidade Européia e da Norte-Americana, a aplicação das disposições versando sobre a cláusula de exclusividade revelou-se muito semelhante, com a evidente aplicabilidade da “Regra da Razão” nos dois ordenamentos, e que hoje se estenderam a praticamente todos os ordenamentos comerciais do planeta que enfrentam o problema da exclusividade no aprovisionamento.

² Dado apurado por telefone junto à Associação Gaúcha dos Supermercados (AGAS).

9.2.2 Análise da Prática pelo Ângulo do Direito Brasileiro

Estabelecer precisas políticas de canal é fundamental na estratégia de distribuição. Políticas são regras para guiar o funcionamento dos canais. Constituem meios pelos quais os gerentes de canal podem atingir interação, integração, coordenação e desempenho de papel eficazes por todo o canal.

Contudo, sempre que as políticas são determinadas, pode existir potencial conflito, porque sua tendência é de ser excludente, elitista ou restritiva, já que sua intenção é claramente a de dirigir, aumentar a produtividade e eliminar vantagens competitivas da concorrência. Elas emanam de uma fonte de poder sobre o canal, que normalmente se encontra em posição mais vantajosa no relacionamento. Por este motivo, ao procurar concentrar ou redirecionar esforços dos membros do canal e para assegurar que o comportamento dentro dos canais não seja aleatório, as políticas vêm travestidas de forte conteúdo ordenatório, constituindo-se por isso em um interessante gerador de casos para estudos de matéria anticoncorrencial.

Ao disciplinar o canal, em condições de exercer o poder emanado do desequilíbrio entre os seus membros, há uma clara tendência dos formuladores das políticas em eliminar ou restringir as competições intermarcas. Mesmo que a intenção no primeiro momento seja a de obter a máxima atenção do canal para seus produtos, muitas vezes os políticos ultrapassam os limites lógicos da concorrência positiva, e restringem o acesso de marcas da concorrência ao mercado. Em função deste potencial para excluir concorrentes, estas políticas têm merecido dos órgãos de controle de práticas concorrenciais ilegais no Brasil maior atenção. Assim, as políticas de condicionamento (venda casada), forçamento de linha completa e representação exclusiva são mecânicas introduzidas que merecem especial atenção dos órgãos reguladores ou controladores.

Quando se fala em acordos verticais na teoria da organização industrial e em legislação antitruste, lida-se com uma imaginária linha vertical que perpassa, desde

a extração da matéria-prima, das várias fases da produção e comercialização até o consumidor final do produto, incluindo produtores e causas até o destinatário final do produto ou serviço. No entanto, tais políticas não são ilegais pelo simples fato de terem sido editadas.

O direito brasileiro, acompanhando a legislação norte-americana e especialmente a da Comunidade Européia, não considera ilegais as cláusulas restritivas “per se”. A Regra da Razão determina que se averigúe a nocividade de determinada prática, sopesando-a perante as eficiências que a mesma acarreta. Pela Regra da Razão, a cláusula examinada, além de ser substancialmente restritiva, deve ser também injustificada.

É necessário que haja uma análise cuidadosa do mercado relevante no qual se inserem as empresas participantes da pretensa colusão, no momento em que se celebra o acordo que se diz restritivo, bem como das eficiências advindas da implementação da cláusula examinada, balanceando-se as preocupações de natureza anticoncorrencial contra os benefícios gerados pela prática no mercado.

Em sendo constatada a dominância, as eficiências oferecidas ao mercado adquirem vital importância para que a autoridade antitruste declare ser o acordo uma prática pró ou contra a concorrência. *Tem-se que ter presente que o benefício das eficiências não pode beneficiar apenas as partes integradas no acordo, mas tem que se espalhar por toda a coletividade do processo comercial, especialmente o consumidor final, que deverá ter inconfundível benefício, em preço ou qualidade, oriundo diretamente da eficiência gerada pela cláusula de exclusividade.* Por mais que se legisle nas dezenas de julgados disponíveis sobre cláusulas de exclusividade no aprovisionamento, o cerne da questão reside apenas nestes preceitos básicos da Regra da Razão, ou seja, a cláusula de exclusividade por si, mesmo se praticada por quem detenha excepcional condição de desequilíbrio de poder em função da dominância do mercado, não será considerada ilegal sob a ótica da lei antitruste, se trouxer eficiência (benefícios) diretos ao consumidor, maiores que os prejuízos causados ao concorrente e ao mercado como um todo. Satisfeita esta premissa, não se falará em prática restritiva ilegal.

A Teoria dos Custos de Transação justifica a cláusula de exclusividade quando o movimento de uma empresa no sentido de integração vertical com um fornecedor tem como objetivo economizar em custos de transação, em função do elevado grau de especificidade e complexidade das transações. Somente nestes casos, o processo de integração vertical pode representar um aumento na eficiência econômica e, conseqüentemente, ganho de qualidade no atendimento ao consumidor, e não uma tentativa de solapar a competição, subtraindo ou enfraquecendo um fornecedor.

Já para os casos de produtos que requeiram elevada especialização e, portanto, pesados investimentos em treinamento e aparelhamento dos pontos de venda e em marketing de relacionamento para capacitar o canal, não se admitiria que um concorrente, sem realizar nenhum investimento, pudesse aproveitar os investimentos feitos e colocar singelamente seu produto, que seria alavancado pelos anteriores investimentos feito pelo fornecedor concorrente (problema do *free-rider*).

Delimitada, desta forma, a questão jurídica e fática, cabe agora analisar os dados disponíveis.

9.2.3 Análise dos Dados Práticos Disponíveis

O estudo transita obrigatoriamente na análise de dados e métricas apuradas no mercado, buscando concluir se determinada conduta apontada é restritiva, e sendo restritiva, se é válida ou não à luz do direito.

Relevância da Participação no Mercado

A CRT Celular, operadora da banda A de telefonia celular na área 6 de Concessões, sucessora da empresa que mantinha, até 1997, o monopólio estatal na região, por óbvio, detinha, em 1998, 100% do mercado no estado do Rio Grande do Sul, com um número aproximado de 600 mil usuários, mas com fortes tendências

compradoras, face à grande demanda reprimida, como também acontecia em todo o território nacional.

O Rio Grande do Sul, neste particular, era um dos estados que apresentava maior potencial de crescimento na comercialização de telefones celulares como se vê das projeções constantes do Anuário da Anatel divulgado em novembro de 2000. Pelo esforço de venda da operadora de banda A, a Claro Digital, operadora da banda B, ao entrar em atividade, encontrou uma demanda quase normalizada, ou em vias de regularização, passando a disputar com a operadora da banda A o mercado a partir de fevereiro de 1999. Em dezembro de 1999, a operadora da banda B alcançou a marca de 15% aproximadamente de *market share* (fonte Anatel). Em dezembro de 2000, a Claro Digital atingiu o percentual de 26% de *market share*, crescendo apenas 11% em um ano e oito meses de operação, quando segundo se vê das estatísticas da Anatel as demais operadoras da banda B, com apenas duas exceções, ultrapassavam os 32% de *market share* nas demais regiões no mesmo período. Somente em dezembro de 2001, dois anos após a implantação, é que a Claro Digital foi atingir o percentual de *market share* equivalente a 31 % da base instalada.

Assim, como a doutrina considera dominante quem detenha 70 % ou mais de um dado mercado, a posição dominante da operadora de banda A é inquestionável até dezembro de 2001.

Presença das Redes Autorizadas na Área de Concessão

O Rio Grande do Sul, em 1999, possuía uma população total de 11 milhões de pessoas, divididos em regiões perfeitamente demarcadas no mapa econômico da região. Em cada uma dessas áreas, com exceção da Grande Porto Alegre (que possui maior concentração), existia uma ou no máximo duas lojas de varejo de grandes cadeias multimarcas de eletrodomésticos. Cada uma dessas redes atingia uma determinada região do Estado (área de influência) e, conseqüentemente, uma determinada população que, segundo estudos de marketing fornecidos pelas operadoras nos processos retro referidos, pode ser apresentado, como no quadro 2.

Principais pontos de venda com participação superior a 5% do mercado e respectivas participações relativas.

Revendedor/Operadora	Pop. Atendida	% no RS
BENOIT	7.612.888	75%
ARNO	6.867.933	67%
CARREFOUR	4.719.820	46%
CERTEL	4.314.330	42%
AMERICANAS	1.360.590	13%
VOLPATO	5.523.557	54%
MULTISOM	4.929.965	48%
ZAFFARI	5.184.092	51%
PONTO FRIO	8.280.008	81%
OBINO	7.535.053	74%
MANLEC	5.658.706	56%
LOJAS COLOMBO	8.280.008	81%
LOJAS HERVAL	6.867.933	67%
LOJAS QUERO QUERO	6.174.463	61%
CR MENTZ	5.674.920	56%
DELTASSUL	6.919.418	68%
LOJAS ARAPUÃ	3.974.865	39%
LOJAS BECKER	3.576.402	35%
LOJAS LEBES	5.043.071	50%
LOJAS FISCHER	3.569.375	35%
LOJAS NICOLA	3.576.402	35%
LOJAS WALLAUER	4.314.330	42%
Total População RS	10.187.798	

Figura 2 – Demonstrativo de Participação das Redes por População

Fonte: Claro Digital e CRT celular

É importante também demonstrar o número de pontos de venda que cada uma destas redes de varejo tem nas principais cidades do Estado do Rio Grande do Sul. A figura abaixo demonstra esta presença.

Rede de Varejo: Distribuição de Pontos de Venda no RS, segmentado por grandes regiões em 2001.

Revendedor/Operadora	Porto Alegre		Gde. Porto Alegre		Santa Maria		Uruguiana		Pelotas		Passo Fundo		Caxias
	Claro Digital	Telefônica	Claro Digital	Telefônica	Claro Digital	Telefônica	Claro Digital	Telefônica	Claro Digital	Telefônica	Claro Digital	Telefônica	Claro Digital
BENOT	0	0	23	0	20	0	0	0	1	0	8	0	20
ARNO	8	0	21	0	5	0	0	0	2	0	0	0	15
CARREFOUR	3	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
CERTEL	0	0	1	0	20	0	0	0	0	0	0	0	3
AMERICANAS	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
VOLPATO	0	0	2	0	1	0	0	0	0	0	16	0	7
ZAFFARI	7	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0
PONTO FRIO	0	14	0	15	0	5	0	7	3	0	0	5	0
OBINO	0	1	0	3	0	13	0	21	3	0	0	8	0
MANLEC	1	9	0	12	0	1	0	0	2	0	0	0	0
LOJAS COLOMBO	0	9	0	37	0	17	0	12	0	7	0	23	0
LOJAS HERVAL	0	2	0	16	0	2	0	0	0	1	0	0	0
LOJAS QUERO QUERO	0	0	0	9	0	22	0	11	0	3	0	33	0
CRIMENTZ	0	4	0	33	0	2	0	0	0	0	0	0	0
DEL TASSUL	0	0	0	2	0	8	0	1	0	1	0	16	0
LOJAS ARAPUÁ	0	7	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0
LOJAS BECKER	0	0	0	0	0	22	0	4	0	0	0	20	0
LOJAS LEBES	0	0	0	39	0	8	0	0	0	2	0	0	0
LOJAS FISCHER	0	0	0	8	0	10	0	0	0	0	0	0	0
LOJAS NICOLA	0	0	0	0	0	16	0	9	0	0	0	8	0
LOJAS WALLAUER	0	0	0	8	0	2	0	0	0	0	0	0	0
Total RS	23	46	49	185	46	128	0	65	11	11	25	113	46

Figura 3 – Demonstrativo de Distribuição dos Pontos de Vendas das Redes de Varejo Segmentado por Região

Fonte: Claro digital e CRT celular

Cumpre frisar que, em determinadas cidades do Estado, os pontos de venda destas redes autorizadas têm, graças à força de sua marca e marketing de relacionamento, encetado com a comunidade enorme poder de formar opinião sobre determinados produtos. Esta assertiva consta de pesquisa efetivada em 1999 pela Claro Digital em cidades do interior gaúcho. Os usuários consideram como de primeira linha os produtos lá ofertados, e de segunda linha, por consequência, aqueles que não teriam merecido a atenção da rede. Esta discriminação, em regiões radicais em seus hábitos de compras, pode representar uma sensível diferença entre um produto e outro de marcas e performance semelhantes, afetando sensivelmente a demanda seletiva. Nenhum usuário nestas regiões tem por hábito perguntar ao lojista o motivo pelo qual determinado produto não é ofertado em sua rede. E,

mesmo que o fizesse, provavelmente a resposta não corresponderia à realidade motivadora.

Nível de Complexidade dos Produtos de Telefonia Móvel

Os equipamentos e serviços de telefonia móvel celular não apresentam ao mercado consumidor brasileiro nenhuma complexidade no uso e compreensão de seus sistemas e facilidades. É um serviço hoje utilizado por todas as camadas sociais, graças às estruturas de comercialização utilizadas, com largo emprego do crédito direto disponibilizado pelas operadoras através dos canais de distribuição. Como mostram índices de penetração elaborados pela Anatel, as classes C e D estão fortemente atingidas em todas as regiões do Brasil (ver Anuário da Anatel 2002), graças a agressivos esquemas de marketing e crédito.

Desta forma, hoje, a acessibilidade técnica, facilidade de substituição de operadora, alargamento do crédito para compra podem ensejar a possibilidade das compras por impulso e não exigem dos pontos de venda alta qualificação técnica e foco para venda deste tipo de serviço. A habilitação é procedida pela própria operadora, através de telefone, sem nenhuma complexidade.

10 ASPECTOS A CONSIDERAR PARA AS CONCLUSÕES

Este capítulo se propõe a analisar os aspectos que, a juízo do autor, influenciam e viabilizam as conclusões que se chegou ao final deste trabalho.

10.1 MERCADO RELEVANTE

Além do que já foi compilado na leitura da doutrina de Marketing e que se encontra exposto no Capítulo 5 deste trabalho sobre mercado relevante, constitui-se fundamental para a verificação de práticas anticoncorrenciais a delimitação efetiva do mercado relevante em que se acham inseridas tanto a empresa estipulante da cláusula de exclusividade no provisionamento quanto as suas concorrentes.

Na percepção finalista da Lei nº 8.884/94, que disciplina a conduta de mercado dos agentes econômicos e seus efeitos, deve-se considerar os limites do ramo de fornecimento de produtos ou serviços nos quais os efeitos de determinada prática ou política se manifestam.

Segundo o conceito elaborado pela professora Paula Forgioni (2002), mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua em que o agente econômico, cujo comportamento é objeto em análise. Sem sua delimitação é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas no artigo 20 da Lei nº 8.884/94.

Neste diapasão deve-se delimitar a área em que se trava a concorrência, considerando-se como tal o mercado relevante do ponto de vista geográfico e do produto.

Quanto à dimensão do produto, frise-se que as fronteiras do mercado podem ser identificadas pelas restrições no padrão de determinação dos preços. Existe, neste caso, duas espécies de restrição a serem consideradas, quais sejam, a possibilidade de o consumidor trocar os bens em questão por outros similares, e a possibilidade que teria o consumidor de substituir o ofertante (*demand-side substitution* e *supply-side substitution*). Do ponto de vista do consumidor, há duas restrições competitivas a serem ainda consideradas para a substituição do produto, caso seja necessário. Tais restrições/possibilidades seriam: 1) a existência de algum bem ou serviço equivalente em termos de função; e 2) se os custos de substituição destes bens por outro torna possível sua troca por outro.

A delimitação do mercado relevante na dimensão do produto ou serviço pode então ser baseada na dificuldade ou facilidade na ótica do consumidor, de substitutibilidade do produto ou serviço, como reação aos aumentos havidos ou alteração de aspectos intrínsecos do produto. O local onde se fazem sentir estes efeitos constitui-se mercado relevante.

O mercado envolvido na conduta analisada neste trabalho é o do Serviço Móvel Celular e seu sucedâneo, o Serviço Móvel Pessoal, que consiste, basicamente, na venda, ativação/habilitação de estações móveis celulares, e na prestação de assistência técnica às mesmas.

Já quando se fala em dimensão geográfica, alguns aspectos particulares devem ser considerados neste trabalho, e que merecem um capítulo à parte.

Mercado Relevante: Dimensão Geográfica

Para a introdução da concorrência (privatização) no setor de telefonia móvel, o governo dividiu o país em áreas de concessão e delimitou duas faixas de frequência, denominando-as banda A e banda B cada uma delas.

Neste estudo específico, a região onde se dá aplicação da cláusula examinada é a denominada Área de Concessão 6, onde se situa o Estado do Rio Grande do Sul. Cumpre notar que mercado relevante geográfico, conforme estudos da prof^a. Paula Forgioni, não pode ser determinado de forma abstrata, porque depende não apenas da localização do agente econômico, mas também da natureza do produto e o alcance da prática analisada. Dois fatores devem obrigatoriamente ser levados em consideração: a) o hábito dos consumidores; e b) a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado.

No primeiro aspecto, o que se questiona é se o consumidor, ao não encontrar produtos ou serviços equivalentes para cotejar, se deslocaria a outro ponto de venda em bairros ou cidades próximas para fazer cotejamento com outro produto idêntico. Considerando-se (a) que os produtos e preços são similares, (b) que os aspectos técnicos envolvidos na escolha são de amplo conhecimento do público (cobertura, atendimento de *call center*), dificilmente o consumidor se deslocaria para efetuar o cotejo. Sendo o objetivo final da lei de defesa da concorrência a proteção dos consumidores, não se pode desconsiderar o desconforto causado ao consumidor potencial em efetuar o deslocamento, comparar, e, caso o produto anterior tenha merecido sua aprovação, voltar ainda ao ponto original para efetuar a compra. Torna-se quase obrigatório concluir que o interessado efetuará a compra no local existente na sua cidade ou bairro. É extremamente importante frisar que a área em que um consumidor estaria disposto a se locomover é variável importante a ser considerada na análise a ser feita pelo órgão fiscalizador da concorrência, razão pela qual pode considerar-se *que cada cidade do Rio Grande do Sul é um mercado relevante distinto*³.

³ Dados extraídos de relatório da gerência de práticas anticoncorrenciais da Anatel de Fevereiro de 2003.

10.2 SENSIBILIDADE DO MERCADO A PRÁTICAS RESTRITIVAS

No mercado relevante em análise, existiam importantes dados de economia de escala a serem analisados, dado a capacidade instalada mínima necessária para que uma empresa nele opere de forma eficiente na área de telefonia móvel. Mister FAZER pesados investimentos em (1) instalações, em ativos fixos (Estações de Rádio Base, contêiners, Centrais de Comutação e outros) altamente especializados para a atividade, (2) aquisição de recursos de softwares de controle de última geração, (3) publicidade para fixação da nova marca, além da (4) seleção e treinamento de mão-de-obra qualificada que não existia no Estado na época da concessão, o que exigiu dos entrantes sérios compromissos financeiros com seus acionistas e/ou com o mercado financeiro.

Além destas barreiras, existiam ainda sérias barreiras de origem regulatórias, parafiscais, políticas dos executivos municipais para a instalação de estações rádio base que consistiram em importante barreira ao entrante, a lhe exigir dispêndios financeiros importantes e foco na resolução, além de lhes tomar precioso tempo.

Além destas barreiras próprias do mercado de telecomunicações, existiam outras, tão ou mais importantes, que eram a de permanecer no mercado, concorrendo com empresa já instalada, com poderosa marca, indelevelmente associada ao Estado de concessão, com forte clientela, recursos de marketing e de investimentos técnicos.

Eram, como se pode ver, elevadas as barreiras à entrada e permanência no mercado relevante examinado ao operador de banda B. Por este motivo, o mercado em questão era potencialmente suscetível às condutas anticoncorrenciais por parte de empresa que detinha e exercia expressivo poder dominante.

10.3 POSIÇÃO DOMINANTE

A possibilidade de uma conduta ser anticoncorrencial está intimamente associada ao poder de mercado detido pelo agente econômico que patrocina a prática examinada. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, tanto no Brasil quanto no exterior, como se viu anteriormente neste trabalho, a potencial conduta restritiva leva sempre em consideração participação no mercado do agente-sujeito da prática, como o tamanho da barreira imposta.

Em sendo a posição do agente econômico a dominante no mercado relevante examinado, implementa-se a condição necessária para que a conduta de uma empresa possa resultar em dano à concorrência, e, por conseqüência, ser alcançada pelo artigo 20, incisos I, III e IV, combinado com artigo 21, incisos V, VI e XI da lei 8.884/94.

10.4 ÍNDICE DE FECHAMENTO DO MERCADO

Também este item merece especial atenção do analista. No Rio Grande do Sul, utilizando-se de dados fornecidos à Anatel pela operadora Claro Digital e CRT Celular, o índice de fechamento do mercado, cidade a cidade, em 1999/2000, face à política de exclusividade adotada pela CRT Celular, era o seguinte, conforme figura.

	TELET	CRT	Pontos de Venda	CRT (%)
Alegrete	1	9	10	90
Alvorada	5	8	13	61,54
Bagé	5	20	25	80
Bento Gon	7	9	16	56,25
Cachoeira	4	9	13	69,23
Cachoeirin	10	17	27	62,96
Camaquã	2	9	11	81,82
Campo Bo	5	8	13	61,54
Canguçu	3	3	6	50
Canoas	17	22	39	56,41
Carazinho	5	12	17	70,59
Caxias do	34	25	59	42,37
Cruz Alta	6	10	16	62,5
Dom Pedri	2	7	9	77,78
Erechim	5	11	16	68,75
Farroupilha	3	7	10	70
Gravataí	8	12	20	60
Guaíba	4	6	10	60
Ijuí	4	12	16	75
Itaqui	2	7	9	77,78
Lajeado	10	10	20	50
Montenegr	5	8	13	61,54
Novo Ham	18	25	43	58,14
Palmeira d	1	7	8	87,5
Passo Fun	14	23	37	62,16
Porto Alegr	126	110	236	46,61
Rio Grand	11	10	21	47,62
Rosário do	2	6	8	75
Santa Cruz	6	13	19	68,42
Santa Mari	16	32	48	66,67
Santa Rosa	3	10	13	76,92
Santana do	5	10	15	66,67
Santiago	1	10	11	90,91
Santo Âng	2	12	14	85,71
São Borja	3	0	3	0
São Gabrie	2	9	11	81,82
São Leopo	13	17	30	56,67
São Luiz G	3	7	10	70
Sapiranga	4	8	12	66,67
Sapucaia d	5	6	11	54,55
Taquara	2	7	9	77,78
Uruguaian	6	11	17	64,71
Vacaria	4	3	7	42,86
Venância A	4	8	12	66,67
Viamão	6	9	15	60
Pelotas	25	0	25	0
Total	404	594	1023	58,06

Figura 4 – Demonstrativo do Índice de Fechamento do Mercado do mercado estudado

Fonte: Claro digital e CRT Celular

O quadro acima é um forte indicador de acessibilidade dos consumidores ao produto das empresas em um determinado mercado. Ele mostra claramente o índice de fechamento dos mercados das cidades nele mencionadas, calculado sobre os pontos de vendas que pactuaram exclusividade com a operadora de banda B na época. Como se vê, o índice referido é expressivo suficiente para limitar a concorrência, permitindo à operadora estipulante da cláusula exercer a dominância nestes mercados relevantes.

10.5 DA OBSTACULIZAÇÃO DA DEMANDA

Em trabalho encomendado pela Claro Digital a três professores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Carlos Alberto Vargas Rossi, Fernando Bins Luce e Luiz Antonio Slongo), procurou-se medir a obstaculização da demanda de serviços móveis celular no Rio Grande do Sul causados pela utilização da cláusula de exclusividade no aprovisionamento quando do ingresso da operadora de banda B no mercado gaúcho.

Visava, o trabalho a ser elaborado buscar identificar o que os três estudiosos convencionaram conceituar como “*Demanda Vedada*”. O entendimento do conceito Demanda Vedada constituiu-se no elemento central de toda a argumentação referente aos danos alegadamente causados pela operadora de banda A aos varejistas com os quais mantinha contratos com cláusula de comercialização exclusiva, que é aquela situação definida pela doutrina em que um varejista, por força contratual, somente pode comercializar produtos de um determinado fabricante/distribuidor. Por outro lado, este fabricante/distribuidor estará livre para estabelecer relações comerciais com quaisquer outros varejistas concorrentes daquele com o qual mantém cláusula de exclusividade.

Para chegar ao conceito de Demanda Vedada, os professores retrorreferidos consideraram os conceitos de *demanda primária* e *demanda seletiva*. *Primária* é

aquela demanda por uma determinada classe de produto (conjunto de marcas de um mesmo produto que são substituíveis entre si). A demanda pela classe de produto telefone celular constitui, em última análise, uma *demanda primária* (Slongo, Rossi & Luce). *Seletiva* é aquela demanda por uma marca específica dentro de uma determinada classe de produto (a escolha do produto telefone celular operado pela Claro Digital é uma demanda seletiva). Por conseguinte, o somatório das demandas seletivas de uma determinada classe de produtos constituirá a *demanda primária*. Assim sendo, *Demanda Vedada representaria a demanda seletiva que não está disponível para um determinado concorrente* (ROSSI, SLONGO e LUCE, 2003).

Assim elaborado o conceito, buscaram os experts referidos quantificar a Demanda Vedada no mercado de Telefonia Móvel Celular no Rio Grande do Sul por força da cláusula de exclusividade imposta pela operadora da banda A em duas das redes de varejo no território referido. Para tanto, os expertos suprarreferidos, utilizaram-se de um roteiro que buscou coletar dados referente à estimativa de perda de mercado (ou fechamento de mercado) para telefones celulares da Claro Digital junto Rede “X” e “Y”. O roteiro mencionado pode ser assim sucintamente apresentado⁴:

ROTEIRO

PREPARAÇÃO DAS ESTIMATIVAS DE DEMANDA VEDADA DE TELEFONES CELULARES NO RIO GRANDE DO SUL – REGIÕES DAS LOJAS ARNO E VOLPATO

Dados referentes à estimativa de perda de mercado (ou fechamento de mercado) para telefones Claro Digital nas Lojas Arno e Volpato;

- a) período de referência;
- b) variável-base de estimativa do potencial de mercado de telefones celulares nos municípios do RS;
- c) totais de telefones celulares estimados para o RS, no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2001.

Relação dos dados de vendas de Porto Alegre.

Relação de municípios com Lojas Arno no período de Vedação de Vendas de telefones da Claro Digital.

Relação de municípios dentro das áreas de influência de Lojas Arno, no período de vedação de vendas de telefones celulares da Claro Digital.

⁴ Roteiro elaborado por Rossi, Slongo e Luce, gentilmente cedido para inserção neste trabalho.

Relação de municípios com Lojas Volpato no período de vedação de vendas de telefones celulares da Claro Digital.

Relação de municípios dentro das áreas de influência de Lojas Volpato, no período de vedação de vendas de telefones celulares da Claro Digital.

Municípios de influência e respectivos municípios pertencentes às áreas de influência.

a) no caso das Lojas Arno;

b) no caso das Lojas Volpato;

Relação dos meses de início das operações nos municípios com Lojas Arno e Volpato.

Relação dos meses de início das operações nos municípios dentro de áreas de influência, com Lojas Arno e Volpato.

Relação dos rendimentos totais e percentuais em relação ao RS, dos municípios de influência e dentro de áreas de influência, com Lojas Arno e Volpato.

Relação de dados de Porto Alegre.

Relação de dados de Caxias do Sul

Relação de dados de Cachoeirinha.

Relação de dados de André da Rocha.

CARACTERIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DAS ÁREAS ABRANGIDAS PELAS LOJAS ARNO E VOLPATO

Estatísticas descritivas dos 27 municípios com Lojas Arno.

Estatísticas descritivas dos 23 municípios dentro de áreas de influência de Lojas Arno.

Estatísticas descritivas dos 17 municípios com Lojas Volpato.

Estatísticas descritivas dos 35 municípios dentro de áreas de influência de Lojas Volpato.

A DEMANDA POR TELEFONES CELULARES NOS MUNICÍPIOS DAS ÁREAS ABRANGIDAS PELAS LOJAS ARNO E VOLPATO

Relação de totais de telefones celulares dos municípios com Lojas Arno (período de 02/99 a 11/2000).

Totais de telefones Claro Digital dos municípios com Lojas Volpato (período de 02/99 a 05/2001, sem áreas de influência).

Relação das seqüências dos municípios agregados a outros maiores, influenciadores (municípios de origem pós-1990, menos Sinimbu).

A DEMANDA VEDADA POR TELEFONES CELULARES NOS MUNICÍPIOS DAS ÁREAS ABRANGIDAS PELAS LOJAS ARNO E VOLPATO

Relação de totais dos municípios com Lojas Arno, considerando as agregações dos municípios menores dentro das respectivas áreas de influência.

Relação dos totais dos municípios com Lojas Volpato, considerando as agregações dos municípios influenciados.

Como pode se observar, o roteiro acima especifica, de forma sucinta, os passos necessários a que se estabeleça a métrica de cálculo do denominado fator demanda vedada. O método analisa cada uma das redes de lojas multimarcas, comparando sua produção em vendas com o mercado no qual se encontram inseridas, considerando sua área de atuação direta e sua área de influência, assim considerada a região onde a marca tem significativa importância relativa e que seja atingida pelo mesmo prefixo da telefonia, conhecida como área conurbada.

De tal análise resultam percentuais de demanda primária e demanda seletiva oferecida pela rede a uma das operadoras, e, por conseqüência, a demanda vedada à operadora concorrente.

O resultado obtido na análise da demanda vedada somente na região de influência das duas redes de varejo analisadas atingiu elevado percentual (aproximadamente 70%) da demanda primária do produto telefone celular, o que por si só demonstra a eficiência da cláusula de exclusividade na restrição concorrencial no mercado estudado. Tal percentual tende a aumentar se projetada a região de influência de toda a rede varejista signatária do contrato no qual se encontrava inserida a cláusula em comento.

11 CONCLUSÕES

Neste capítulo apresentam-se as conclusões deste trabalho, mediante análise das métricas fornecidas no sentido de avaliar a validade da cláusula de exclusividade inserida nos contratos de credenciamento das redes de varejo multimarcas por uma das operadoras de telefonia móvel.

Complementarmente, se procura avaliar se pode ou não o Marketing constituir-se em importante ciência auxiliar na apuração de práticas restritivas concorrenciais em canais de distribuição, fornecendo métricas apropriadas ao exame do suporte fático a ser valorado.

11.1 VALIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO APROVISIONAMENTO USADA EM CANAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE TELEFONIA CELULAR

Por ser a concessão dos serviços de telefonia móvel celular, como todas as demais, uma concessão de serviços públicos, o interesse do Estado deve preponderar sobre o do particular, em qualquer hipótese. Um dos princípios basilares dos atos de concessão neste segmento do mercado tem sido o da livre concorrência. Embora o princípio da concorrência inspire o sistema econômico, sua eficácia normativa não consiste em exigir dos operadores econômicos certo comportamento, mas em proibir-lhes toda a conduta conscientemente anticoncorrencial.

Por este motivo, merece acurado estudo, caso a caso, todas as imputações de colusão ou abuso de posição dominante feitas a determinada conduta de um ou outro agente econômico.

No caso em tela, para concluir de forma definitiva o trabalho, teve-se o cuidado de apresentar, à exaustão, todos os dados levados em consideração para tanto. Comprovada a posição dominante, ou mais que dominante, monopolística, no momento da estipulação da cláusula de exclusividade, ocasião em que o canal de distribuição multimarca não tinha nenhuma opção mercadológica para substituir o fornecedor em questão, não resta, também, nenhuma dúvida sobre o desequilíbrio assimétrico existente no poder do canal, que teve que se sujeitar à assinatura do contrato que continha a cláusula em exame.

As disposições codificadas no estatuto civil brasileiro da época e repetidas pela atual codificação a respeito das relações contratuais têm sempre como princípio a autonomia de vontade. Assim, a tríplice faculdade de contratar ou não contratar, de escolher a outra pessoa com quem vai se contratar, bem como de definir o conteúdo do contrato, constitui a essência do fundamento dos contratos. É a liberdade contratual expressão máxima da autonomia da vontade, porquanto possibilita ao indivíduo a auto-regulamentação de seus próprios interesses. Dessa forma, tendo sido o contrato firmado com o indivíduo de posse de sua livre e autônoma vontade, este instrumento vincula as partes de forma inescusável. Mas quando uma das partes vicia sua vontade em razão da dominância de mercado ou de certas condições que desequilibram a relação, as estipulações contratuais podem ser caracterizadas como inválidas. No caso em estudo, pelas condições monopolísticas da CRT Celular na época da contratação, configurando o total desequilíbrio entre as partes contratantes, pode-se entender como viciada a vontade das redes varejistas ao firmarem o contrato de distribuição, no tocante a esta exigência. Tendo sido o contrato de distribuição apresentado e aceito como contrato de adesão, ao qual as redes aderiram sem possibilidade de negociar, em face da inexistência de opções no fornecimento, evidencia que o que ocorre hoje não é *uma crise no contrato, mas, na verdade, uma crise do dogma da autonomia da vontade*, como afirma a professora Claudia de Lima Marques na sua obra (*“A Nova Teoria Contratual”*, item 3.1, p. 87 ed. Síntese). Sob este ângulo, nenhuma dúvida para

sobre o fato de que a dominância de uma das partes já eiva a cláusula examinada de invalidade.

No entanto, mesmo com esta constatação, não se pode concluir de imediato que, para o direito antitruste brasileiro, exista colusão ou prática restritiva vertical capaz de ensejar a aplicação das sanções previstas em lei. Necessário se torna examinar se desta relação adveio ao consumidor ou à sociedade no qual se inseriram as partes e onde deveria viger a relação algum benefício ou eficiência, capaz de afastar a invalidade do combinado. Isto porque, a análise de qualquer conduta anticoncorrencial passa necessariamente por uma avaliação de custos e benefícios econômicos que possam gerar ao mercado. Assim, as estratégias comerciais adotadas pelas empresas para auferir qualquer tipo de benefício econômico só serão consideradas razoáveis se produzirem efeitos líquidos positivos, ou seja, se gerarem inequívoco bem-estar social.

Mesmo se, do ponto de vista do empresário, a conduta é considerada eficiente, porque reduz custos ou aumenta a produtividade, no entanto, se sob a perspectiva do bem-estar social ou de mercado, pode ela gerar efeitos líquidos negativos, essa conduta não será razoável, devendo, portanto, ser considerada ilegal.

No caso em exame, não se pode vislumbrar qualquer eficiência econômica que beneficie o mercado ou a sociedade. Nenhuma outra operadora utiliza o recurso da exclusividade no aprovisionamento, e todas têm sucesso no seu empreendimento pela obtenção de confortável *market share* e qualidade de atendimento e prestação dos serviços de rede sem se expor a *free rider* ou desvantagem equivalente. Por este motivo, forçoso é diferenciar-se o que seja estratégia competitiva de uma conduta excludente. Os contratos com cláusula de exclusividade mantidos pela CRT Celular com sua rede de varejo, considerando a época e o ambiente em que foram adotados, podem ser entendidos como prática visando à exclusão ou restrição de acesso de concorrentes efetivos e potenciais, posto que, em algumas cidades do Estado (ver Uruguaina, por exemplo), praticamente afastaram a presença do concorrente pelo fechamento do único canal de vendas disponível na época.

Os dados apresentados neste trabalho comprovam o tamanho dos efeitos líquidos negativos acarretados à concorrência por força da conduta. Cabe novamente ressaltar que a CRT Celular adotou tal cláusula quando era a única operadora estabelecida no mercado, auferindo os benefícios monopolísticos, que seriam parcial e indeterminadamente auferidos caso conseguisse erguer barreiras capazes de impedir o rápido crescimento dos concorrentes.

Desta forma, as justificativas da Celular CRT de que a prática acarretou sensíveis melhorias no sistema de distribuição, que em tese justificariam a prática excludente, não podem ser consideradas uma eficiência em termos antitrustes, eis que são ultrapassadas pelos efeitos prejudiciais de afastamento da concorrência, tendo em vista que acessibilidade às cadeias varejistas do comércio local é fator essencial à venda dos produtos e serviços das empresas concorrentes.

A alegação de que a revenda e distribuição de unidades móveis de telefonia celular exigiria um distribuidor especializado, que pudesse adaptar-se às necessidades específicas das operadoras, também não justificaria a exclusividade, porquanto os pontos de venda das redes de varejo podem ter diferentes balcões para oferecer produtos concorrentes, cada qual com vendedor especializado no produto a seu cargo, como ocorre com outros bens móveis duráveis vendidos nestas redes. Esta prática é comum em redes de varejo no Brasil.

Além disto, todas as alternativas desenvolvidas pela concorrente Claro Digital para fazer frente à prática restritiva e hoje reconhecidas como exitosas foram desenvolvidas em canais não especializados, o que comprova a falta de embasamento da premissa que determinava a especialização no produto Serviço Móvel Celular.

Pode-se observar ainda nos quadros supra expostos que o nível de disponibilidade do produto junto aos consumidores está a demonstrar que a CRT Celular sozinha estava presente em pontos de venda que atendiam de 35% a 90% dos consumidores nas cidades que constituem o mercado relevante na área de concessão. Em média, 58% dos pontos de venda no Rio Grande do Sul se encontravam fechados aos concorrentes entre 1999 e 2000.

Como se não bastasse, como malefício adicional, pode-se inferir que os custos incorridos pelos concorrentes para construir alternativas eficientes para estabelecer-se no mercado seriam repassados obrigatoriamente aos preços de seus produtos, flexibilizando, com isto, os preços da própria estipulante da cláusula. Nem por isso se constatou a prática de preços mais vantajosos praticados pela operadora de banda A, conforme média de preços pesquisados em agências de publicidade, em anúncio das operadoras na época. Nem mesmo a teoria do *free-rider* suportaria uma análise mais detalhada. Os benefícios instituídos nos pontos de venda gravados com cláusula de exclusividade seriam totalmente inaproveitáveis aos demais concorrentes, posto que impregnados da marca e das cores da operadora dominante. Além disso, encontrar o mercado fechado a seus produtos fatalmente obrigou a operadora da banda B no Estado do Rio Grande do Sul a buscar alternativas, mediante o desenvolvimento de novas estratégias e novos pontos de venda diferenciados em canais, exigindo alta interatividade, com pesados investimentos de treinamento, desenvolvimento de ponto comercial, fixação de marca, e assessoria de gestão, além do considerável tempo consumido no desenvolvimento desta alternativa, o que fez com que a operadora entrante consumisse muito tempo em atingir um *market share* que indicasse um amadurecimento competitivo viabilizando, a eliminação pela outra operadora da demanda reprimida existente na época.

Por isso, pode-se afirmar que os contratos com cláusula de exclusividade foram instrumentos eficientes para erguer barreiras à entrada da nova prestadora do serviço de telefonia celular no Estado do Rio Grande do Sul, caracterizando a conduta excludente.

Frise-se, por importante, que o Contrato de Concessão firmado entre as operadoras e a Anatel, nos termos e condições em que foi pactuado, não abre a menor possibilidade de se admitir que a primeira operadora que viesse a se estabelecer, pudesse fechar os pontos de venda da área de atuação a novas entrantes, pois uma atitude deste tipo contrariaria frontalmente o principal objetivo da privatização que era, como continua ser até hoje, o de promover a concorrência no mercado de telecomunicações. Os contratos de exclusividade firmados frustraram os objetivos da concessão em seu início, à medida que impuseram custos adicionais às

concorrentes, o que caracteriza um dos grandes malefícios do uso abusivo de posição dominante.

Inexistindo, ainda, qualquer eficiência que beneficiasse o mercado ou usuário final, posto que os preços ou condições de pagamento não eram fator diferencial entre as operadoras na época, o que resta da conduta analisada neste trabalho é o efetivo afastamento dos concorrentes nos pontos de venda representados pelas cadeias de lojas multimarcas, e o cerceamento, por consequência, das possibilidades de escolha de melhores preços ou serviços por parte dos consumidores.

Em vista de todo o exposto, pode-se concluir que resta configurada a invalidade, no entender deste trabalho, da cláusula de exclusividade inserta nos contratos de credenciamento dos canais de distribuição da operadora da banda A no Rio Grande do Sul, em 1999/2000, posto que causa evidente prejuízo à concorrência e ao mercado, prejuízos este de difícil constatação e reparação, porquanto afetam direitos difusos, não identificados especificamente, como é o caso de consumidores que não puderam exercer seu direito de escolha e substituição quanto a um serviço que o Estado tem a obrigação de lhes prestar nos termos do artigo 175 da Constituição Federal de 1988. Some-se a isto os elevados prejuízos decorrentes de vendas não realizadas

11.2 OBJETIVOS COMPLEMENTARES

A grande dúvida que paira sobre os operadores do direito ou sobre as autoridades encarregadas de se pronunciarem sobre práticas concorrenciais excludentes derivadas de colusão ou abuso de posição dominante consiste na dificuldade de definir métricas capazes de informar com segurança a existência de suporte fático capaz de suportar a conclusão de que a conduta, além de ser restritiva, é ilegal, e portanto, incapaz de surtir efeitos válidos na realidade econômica.

Normalmente os operadores do Direito, especialmente os juízes togados, encarregados de julgamento de ações da espécie, se socorrem de perícias contábeis, efetuadas em balanços e demonstrativos financeiros das empresas envolvidas na disputa judicial e, por isso, nem sempre obtêm métricas confiáveis para emitir a sentença com razoável convicção.

O Direito é uma ciência que traz em sua essência a capacidade de emitir juízos de valor. Assim, a ciência jurídica se coloca sobre todos os fatos e comportamentos, de natureza econômica ou não e, quando instada a fazê-lo, emite o juízo de valor sobre tais fatos ou comportamentos, fazendo com que incida sobre eles os conceitos éticos socialmente adquiridos, e as consequências jurídicas da eventual transgressão destas expressões de valor social, já que o homem é um ser racionalmente visionado numa perspectiva teleológica, como definia professor Armando Câmara em seus aprofundados estudos de Axiologia, tão úteis a ciência jurídica. Vive, assim, o Direito numa esfera de dever ser, aguardando a existência de um suporte fático para que faça insidir suas normas.

Já o Marketing pode ser definido como o conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca, as quais, por sua vez, visam satisfazer necessidades humanas situadas dentro de um determinado momento histórico, pois tais necessidades variam desde as mais básicas de subsistência até aquelas ligadas ao lucro ou a meras atividades de lazer (Cobra, Marcos in Santos, Fernando – Direito do Marketing, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000). Vê-se, daí, que o Marketing se preocupa apenas com o fato econômico, sua existência e formas de manifestação, dentro de determinado contexto social, descrevendo as consequências de tais atos ou fatos econômicos tais como efetivamente se verificam na realidade social. A ele interessa a explicação do fato econômico, sem a mínima preocupação com suas implicações éticas. E este fato econômico somente será relevante para o Direito, na medida das consequências jurídicas e sociais que gerar. Ao Direito compete dar o adequado tratamento normativo aos fatos econômicos descritos pelo Marketing, a eles vinculando determinadas consequências jurídicas. A partir da explicação científica do fato econômico, examina-se a decisão a ser sobre ele tomada, em face de seus efeitos sobre as relações preexistentes. Princípios se

desenvolvem dentro do Direito a fim de evitar que descambem para o arbítrio as manifestações do poder econômico, tanto públicas quanto privadas.

Quando os operadores do Direito analisam fatos econômicos e suas conseqüências jurídicas, um dos princípios de Direito Econômico mais importantante é o Princípio da Circunstancialidade (SOUZA, WASHINGTON, 2001), segundo o qual a dinâmica da realidade econômica pode determinar a prevalência de determinados valores sobre outros, sem, contudo, ocorrer a entrenulificação.

Depreende-se daí que se considera a alternância de valores como uma conseqüência natural das alterações da realidade econômica, posto que as diferenças constatadas nos juízos de valores emitidos por quem tenha o dever de julgar fatos econômicos de forma alguma entrenulificam os conceitos éticos socialmente vigentes. Ao adotarem as regras da Boa Razão para julgarem ou legislarem sobre práticas anticoncorrenciais, ousaram os legisladores e tribunais de fatos econômicos, ao confiar de que os juízos de valor a serem emitidos deveriam ser produto de acurada observação do comportamento do mercado analisado, resultando em métricas apropriadas para orientar o juízo de valor social a ser prolatado. Tais métricas do comportamento social só poderiam ser capturadas pelo Marketing com seus variados instrumentos de observação comportamental do mercado, capazes de validamente embasar juízos de valor que dificilmente seriam estanques ou repetitivos. Por isso, pode-se afirmar que as métricas colhidas pelo Marketing para subsidiar manifestações jurídicas devem ser dotadas do mais elevado conteúdo de sensibilidade comportamental possível num sistema de medida e expressão objetiva. Sempre que as realidades econômicas forem apropriadamente capturadas pelas métricas do Marketing, os juízos de valor emitidos em função de práticas anticoncorrenciais atenderão os elevados objetivos de justiça e paz social.

No caso em estudo, fica flagrante um bom exemplo da necessidade do Marketing, funcionando como ciência que estuda o fato econômico e elabora as métricas dos comportamentos estudados em um dado mercado relevante, para que, então, a autoridade encarregada de emitir o juízo de valor e as conseqüências jurídicas ou punitivas sirva ao interesse fim da sociedade teleologicamente posicionada.

Assim pode-se concluir, como objetivo complementar deste trabalho, que não existe no estudo de práticas anticoncorrencias em canais de distribuição juízos de valor emitidos sem métricas, sejam elas fruto de observações técnicas ou empíricas de um dado mercado. Quanto mais precisa forem as ferramentas utilizadas e mais especializados os observadores para captá-las, mais bem servido estará o operador do Direito na consecução de seus objetivos.

Fato Econômico analisado	Fato Econômico apurado no suporte fático	Métricas de marketing utilizadas	Índices apurados	Patologia sugerida
Cláusula de exclusividade no aprovisionamento, sugerindo invalidades jurídicas (as práticas anti-concorrenciais).	Suspeita de colusão ou prática comercial restritiva ilegal.	Pesquisa de demanda seletiva obstaculizada à operadora entrante com base na área de atuação e de influências dos canais. Índice de Fechamento do mercado relevante.	Projeção de 70% da demanda seletiva vedado à concorrente entrante pela prosa do canal de distribuição comprometido com a operadora existente. Média de 58% do mercado fechado à operadora entrante nos vários mercados relevantes pesquisados.	Abuso de posição dominante ou colusão.

Eficiências apuradas	Métricas de apuração	Juízo de valor sugerido pelas métricas	Base legal para juízo de valor
Redução dos custos da operadora com posição dominante e aumento dos custos da concorrente para desenvolver alternativas. Nenhuma das eficiências repassadas a comunidade consumidora.	Levantamento comparativo de custos para desenvolvimento com canais alternativos sem marca própria e sem nenhuma experiência e estrutura para vendas de bens e serviços com alta demanda. Levantamento comparativo de preços de produtos e serviços pelas duas operadoras entre março de 1999 a dezembro de 2000. Estudo documentado do custo em desenvolver estratégias e implementação de alternativas de canais.	Abuso de posição dominante	Estudo dos contratos de concessão; Estudo dos contratos de credenciamento; Estudo do conceito e conseqüências das cláusulas de adesão; Estudo dos vícios da vontade; Estudo da Legislação; Anti-trust aplicável a práticas anticoncorrenciais em canais integrados de distribuição.

Figura 5 – Conclusão do objetivo do trabalho

Fonte: Elaborado pelo autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNINI, GIORGIO. **Accordi restrittivi della concorrenza e autorizzazioni per categoria nel trattato istitutivo della CEE**; Rivista trimestrale di diritto e procedura civili; 1963

BERT Rosenbloom, **Conflict and Channel Efficiency Some Conceptual Models for the Decision Markers**. In: Journal of Marketing, July, 1973, p. 26 – 30.

_____. **Channel Management**. In: “Encyclopedia of Marketing, ed. Michael L. Baker. London: Routledge, 1995, p.551 –570.

_____. **As Melhores Práticas**. Journal of Marketing Science, 1999, Vol. 2 p. 226 240.

_____, **Marketing Channels. A management view**. 6th ed. forth; The Dryden Press, 1999, p. 4– 6 e p. 7 – 10.

BERT, Rosenbloom e LARSEN, Trina. **A Functional Approach to International Channel Structure and the Role of Independent Wholesalers** “Journal of Marketing Channels, summer 1993, p. 65 –82.

BLAISE, JEAN-BERNARD. **Les conveions d’exclusivité de vente**.Revue de droit commercial et de droit économique, 1963

BRITO, MARIA HELENA. **O contrato de agência.Novas perspectivas do direito comercial** (Faculdade de direito da Universidade Clássica de Lisboa).Coimbra.Almedina, 1988

CAMARGO, RICARDO A. LUCAS. **Direito Econômico.Aplicação e eficácia**. 1^a ed.,Palegre,Sergio Fabris, 2001

COBRA, Marcos. **Marketing Básico – Uma perspectiva Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1985.

CORREIA, LUIZ BRITO. **Grupos de Sociedades.Novas Perspectivas do Direito Comercial**.Coimbra.Almedina, 1988

COUGHLAN, ANNE T, et al .**Canais de marketing e distribuição – 6ªed.** Bookmann, 2002

CZINKOTA, Michel R. **Marketing: As melhores Práticas**. Porto Alegre, Bookmann, 2001.

DONALD V. Fites, **Make your Dealers your Partners**. In: Harvard Business Review, March. April, 1996, p. 84 – 95.

DWIER, F.ROBERT,SCHURR, PAUL H. AND OH DEJO **-Developing buyer-seller relationships**. Journal of Marketing, vol.51 (april 1987)11-27

FACHIN, Luiz E. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Ed. Renovar, 1998.

FAGUNDES, JORGE. **Fundamentos Econômicos das Políticas de defesa da concorrência**, 1ªed.,S.Paulo, Singular, 2003-12-22

FARIA, Werter R.. **Defesa da concorrência no Mercosul**. Brasília : Senado Federal, 1992. 71 p.

FARJAT, GÉRARD. **Droit économique**.Paris, Presses Universitaires. 1982

FINKELSTEIN, JESSE A. **Les accords de distribution exclusive aux États-Unis et en France**. Revue Internationale de droit comparée. 1982

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste** in Revista dos Tribunais, v.3, n. 23, 2002.

FRIGNANI, ALDO & WAELBROECK. MICHEL. **Disciplina della Concorrenza nella CEE**, 3º ed. Napoli, Jovene, 1983

GALAN CORONA, EDUARDO. **Acuerdos restrictivos de la competencia**. Madrid, Montecorvo, 1977

GARY L. Frazier e Lersi D. Antia, **Exchange Relationship and Interfirm Power in Channel of Distribution**, Journal of the Academy of Marketing Science, fall 1995, p. 321 – 326.

GUYENOT, JEAN. **Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun**. Paris, Librairie Générale, 1971

_____ . **Les contrats de concesion commerciale**. Paris, Rirey, 1968

KOTLER, Philip e GARY, Armstrong. **Princípios de Marketing**. São Paulo: Atlas, 1993.

KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados**. São Paulo: Futura, 1999.

LELOUP, J.M. **Le droit commercial est-il adapté aux nouveaux rapports de force? Concurrence et distribution** (XIII Journée d'actualité du droit de l'entreprise). Montpellier, Techniques, 1982

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor : o novo regime das relações contratuais**. São Paulo, SP : Rev. dos Tribunais, 1999. 668 p.

MCKENNA, REGIS. **Marketing de relacionamento: Estratégias bem sucedidas para a era do cliente**. Rio de Janeiro. Capus, 1993

MOUSSERON, J. M. *et al.* **Droit de la distribution**. Técnicas, 1975

MUÑOZ, TERESA PUENTE. **El contrato de concessión mercantil**. Madrid, Montecorvo, 1976

PATRICIO, J. SIMÕES. **Direito da Concorrência**. Lisboa, Gradiva, 1982

PIGASSOU, PAUL. **La distribution intégrée** – Revue de droit commercial ed de droit économique. 1980

PORTER, M. **Armando as Vantagens Competitivas de Amanhã**, in: Gibson, R (editor). *Repensando o Futuro*. São Paulo: Makron Books, 1998.

_____ . **Vantagem competitiva** .Campus, Rio de Janeiro, 1989

REMARET, P. **L'état Du Droit Des Ententes Des Positions Dominantes, Concurrence Et Distribution** (XIII^o journée d'actualité du droit de l'enterprise)Montpellier, Techniques, 1982

REQUIÃO, RUBENS. **Do representante comercial**. 2^a ed.,Rio.Forense, 1977

ROBERT F. LUSCH E JAMES R. BROWN. **Interdependency, contracting and relational behavior in marketing channels**. **Journal of Marketing**, 60 (october 1996) pp.19-38

ROBSON, P.W. & MICHAEL WATERSON. **Vertikcal Restraints and competition policy**. UK.Office of fair trading, December, 1996

ROSSI, Carlos A V. **Maturidade do Marketing**. Mimes, fevereiro, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 2002. 317 p.

STERN, Louis W. El-Ansery, Adel I & Coughlen, Anne T. **Marketing Channels**. Upper Saddle River, NJ, Printice-Hall, Inc, 1996.

THIESING-SCHROETER-HOCHBAUM. **Les ententes et les positions dominatns dans de droit de la CEE**. Paris, Jupiter-Navarre, 1977

VIANA, DEBORA A, CUNHA, MARCUS V AND SLONGO, LUIZ ^a - **Stable business relationships in unstable economic environments:does relationship marketing exist?** Florianópolis, XXIV Encontro da ANPAD, setembro, 2000

XAVIER, ALBERTO PINHEIRO. **Repressão aos abusos do poder econômico** (curso de direito empresarial), Resenha,São Paulo, 1976

YIN, Robert K.. **Estudo de caso** : planejamento e métodos. Porto Alegre : Bookman, 2001. 205 p.

APÊNDICE

APÊNDICE

- 1) A cláusula de exclusividade no provisionamento trouxe sensíveis reduções de custos nos processos de vendas empregados por este canal de venda?
- 2) A eventual redução de custo se refletiu no preço do produto final (telefone celular ativado), de forma que representasse uma vantagem competitiva que teria beneficiado diretamente o consumidor final?
- 3) Caso não tenha havido vantagem competitiva importante repassada diretamente ao consumidor, a que você atribuiria este fato?
- 4) As margens de lucro da operadora de telefonia celular, na sua avaliação, podem ter aumentado em função da existência desta cláusula?
- 5) Você acredita que, com a referida cláusula vigente e atuante no seu tipo de canal, a vantagem competitiva da operadora aumenta significativamente, face à importância relativa e extensão de sua rede de lojas no mercado em que atua?
- 6) Você, ao analisar a cláusula, suas consequências e impactos, com base na experiência vivida, poderia definir quem teria sido o maior beneficiado com ela?
- 7) E quem teria sido o maior prejudicado?
- 8) Algum cliente teria reclamado o não oferecimento de aparelhos da concorrência em seus processos de venda?
- 9) Em *comoditties*, o seu cliente, na sua avaliação, compra somente a marca que sua loja ou rede de lojas oferece, ou ele busca encontrar a marca de sua preferência em lojas ou redes concorrentes quando não a encontra na sua?
- 10) Na sua avaliação, esta cláusula de exclusividade no provisionamento teria trazido algum prejuízo a sua loja ou rede de lojas?
- 11) A cláusula de exclusividade ampliou os negócios entre as partes?
- 12) A cláusula em referência melhorou a confiança entre as partes?

- 13) A cláusula melhorou a predisposição à cooperação entre as partes?
- 14) Foi sentido que a vigência da cláusula de exclusividade contribuiu para reforçar o sentimento de que as duas partes passaram a ganhar mais do que se não existisse a cláusula?
- 15) A inserção da cláusula contribuiu para uma relação mais amistosa entre as partes?
- 16) A Cláusula foi importante para o estabelecimento de uma rotina salutar à redução do tempo nas negociações?
- 17) A cláusula teria motivado uma redução do uso do poder entre as partes contratantes e aumentado ou diminuído a barganha?
- 18) Você pensa que a cláusula de exclusividade contribuiu para reforçar os laços futuros nos seus relacionamentos com o fornecedor (no caso a operadora)?
- 19) Você estaria disposto a recomendar a ampliação dos negócios com esta operadora nas mesmas condições?
- 20) Em negócios futuros, em igualdade de condições (qualidade e preço), você daria preferência ao fornecedor que lhe exigiu cláusula de exclusividade de provisionamento?
- 21) As atuais relações com este fornecedor são suficientemente boas para que você fale bem dele a outros comerciantes?
- 22) Esta cláusula é normal no tipo de canal de venda que caracteriza esta empresa?

Curriculum Vitae

Euclides Rosa Filho

Residente à Rua Cel. Bordini, 300 / 1701

90440-002 - Porto Alegre (RS).

Telefones: (51) 342-6170 ou (51) 9101-1101

Formação e Idiomas

Mestrando em Administração de Empresas na UFRGS - 2001

- Graduado em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – 1973.
- Ciências Contábeis – UFRGS – incompleto (cursou três anos).
- Inglês e bons conhecimentos de Espanhol.

Histórico Profissional

- **Escritório Advocacia Integrada** 2002 até o momento
Sócio
- **TELET S/A** 1999 – 2002
Diretor Departamento Jurídico
- **AMERICEL S/A – BRASILIA** 2002
Gerente Executivo Jurídico
- **Hewlett Packard do Brasil** 1989 a 1999
Legal Manager (Operação Brasil)
- **Edisa Informática S/A** 1988 a 1989
Gerente – Divisão Jurídica
- **Banco Iochpe de Investimentos S/A** 1977 a 1987

- Superintendente Jurídico
- **Sulbrasileiro Crédito Imobiliário S/A** 1974 a 1977
Departamento Jurídico
 - **FIN-HAB – Assoc. de Poupança e Empréstimos** 1974
Setores de O&M / Jurídico
 - **Banco Multi de Investimentos S/A** 1973 a 1974
Setor de Processamento Jurídico
 - **Província – Cia. de Crédito, Financiamento e Investimentos** 1969 a 1972
Setores de
Financiamento/Pessoal/Jurídico

Assessoria Comercial

- **Banco da Província do RGS** 1966 a 1969
Setores de Contas
Correntes/Cobrança

Outras Atividades

- Membro da Comissão Jurídica da Federação Nacional de Bancos (FEBRABAN), indicado pela Associação de Bancos do Rio Grande do Sul – 1986 a 1987.
- Membro da Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações – desde 1992.
- Membro da CLA – Computer Law Association – desde 1996.
- Membro da Comissão Jurídica da Câmara de Comércio Brasil/Canadá – desde 1998.
- Membro da Comissão Jurídica da Câmara Brasil/Estados Unidos (Porto Alegre – desde 1999.
- Coordenador da Associação Brasileira do Direito de Informática e Telecomunicações (ABDI) no RS.

Dados Pessoais

- Natural de Caxias do Sul (RS).
- 54 anos (30-09-1949).
- Casado.