FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Sistemas de distribuição seletiva e suas aplicações à luz do direito concorrencial

Marcelo Rizzo Napolitano

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 31 de janeiro de 2025

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

Diferentemente da sistemática adotada por outros ramos do Direito, os ilícitos concorrenciais não são definidos de forma taxativa. Ao longo de seu desenvolvimento histórico, o Direito da Concorrência consolidou o entendimento de que apenas restrições desarrazoadas à liberdade dos agentes econômicos seriam passíveis de penalização. Desta forma, a configuração da ilicitude de determinada prática comercial exige uma análise pormenorizada da racionalidade dos agentes econômicos, bem como nas condições de mercado em que se inserem.

Em termos metodológicos, isto significa que devem ser comprovadas, de forma cumulativa: (i) a materialidade da conduta e o nexo de causalidade ao agente econômico investigado; (ii) a real capacidade do agente econômico de alterar as condições de mercado, ou seja, se o agende possui posição dominante passível de abuso; e (iii) a ocorrência de efeitos negativos às condições de concorrência sem eficiências compensatórias.

Contratos de distribuição, por exemplo, ensejam uma série de preocupações concorrenciais decorrentes de sua natureza vertical e do vínculo de dependência econômica estabelecido entre fornecedor e distribuidor. A prática jurídica demonstra que tais arranjos contratuais podem resultar em diversas condutas anticompetitivas, por exemplo, fixação de preço de revenda (Lei 12.529/2011, artigo 36, §3º, inciso IX)[1], discriminação por meio de negativas de fornecimento ou de condições comerciais desvantajosas (Lei 12.529/2011,

[1] Fixação de preço de revenda é uma conduta de natureza vertical na qual o fabricante ou fornecedor de determinado produto estabelece as condições comerciais a serem praticadas pelo distribuidor (FRANCESCHINI e BAGNOLI, 2022), conforme a Lei 12.529/2011:

Art. 36. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros.

artigo 36, §3º, inciso X)[2] ou mesmo arranjos do tipo *hub and spoke*, quando a atuação dos distribuidores é coordenada pelo fornecedor.

Sistemas de distribuição seletiva são mecanismos jurídicos frequentemente adotados para a mitigação dos riscos concorrenciais. Trata-se da seleção de distribuidores exclusivos pelos fornecedores, desde que a seleção seja pautada por critérios objetivos e não haja discriminação no processo de escolha. A temática vem sendo estudada pelo direito europeu desde os anos 1970 com o surgimento da doutrina Metro.

O propósito desta pesquisa é estudar o desenvolvimento da temática no Brasil e no exterior, centralizado na questão: *Quais são os parâmetros para construção de um sistema de distribuição seletivo apto a mitigar riscos concorrenciais?*

Para responder ao questionamento acima, a pesquisa adotará o modelo de trabalho exploratório, recorrendo ao estudo comparado entre o cenário brasileiro e outras jurisdições mais relevantes que tratam do tema (principalmente Brasil e Estados Unidos da América), com a análise da legislação aplicável, normativas e guias das autoridades de defesa da concorrência e decisões paradigmáticas.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Contextualização fática

- Qual a tipicidade dos contratos de distribuição?
- Qual o racional econômico do modelo de distribuição do ponto de vista do fornecedor? E do ponto de vista do distribuidor?
- Qual o racional econômico dos sistemas de distribuição seletiva?

Referencial teórico-normativo

- Como as autoridades de defesa da concorrência tratam de preocupações decorrentes de contratos de distribuição em normativas ou diretrizes?
- Qual a metodologia de análise estabelecida pelos precedentes paradigmáticos?
- Há divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre o tema?

Abordagem analítica

- A *Doutrina Metro* ainda possui aplicabilidade à luz dos precedentes recentes?

---

[2] Art. 36, § 3º: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.

- Quais foram os parâmetros de análise utilizados pelo Cade?
- Os sistemas de distribuição seletivas são compatíveis com modelos de negócios baseados em tecnologia ou em mercados digitais?
- Há mercados/segmentos econômicos mais suscetíveis a riscos concorrenciais decorrentes de contratos de distribuição?
- Os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência e pela doutrina possuem aplicação restrita?

Conclusão propositiva

- Quais cláusulas podem ser adotadas ou evitadas para mitigar preocupações concorrenciais em contratos de distribuição?
- Quais precedentes e parâmetros devem ser observados pelos agentes econômicos?

3. **Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto**

Por um lado, a sistemática adotada pelo Direito da Concorrência brasileiro permite maior flexibilidade e autonomia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade na persecução e punição de diversas formas de práticas anticompetitivas. Por outro lado, a ausência de critérios objetivos impõe aos agentes econômicos o ônus de revisar suas práticas comerciais e elaborar instrumentos jurídicos aptos a mitigar restrições indevidas à livre concorrência.

O presente trabalho é destinado aos profissionais (advogados e autoridades) que elaboram, revisam ou investigam arranjos contratuais de distribuição, visando a apresentar diretrizes e parâmetros para elaboração de contratos de distribuição, políticas comerciais e sistemas de distribuição seletiva e governanças eficientes (capazes de atender às necessidades mercadológicas do agente econômico enquanto se afastam de condutas anticompetitivas).

4. **Familiaridade com objeto da pesquisa**

O pesquisador atua como advogado na área de direito concorrencial em escritório de advocacia especializado, prestando consultoria a empresas de diversos setores econômicos. Ao longo de sua atuação profissional, o autor teve contato com o objeto da pesquisa por meio da revisão de contratos e políticas comerciais dos clientes do escritório.

5. **Bibliografia preliminar**

DOMINGUES, Juliana O., GABAN, Eduardo M. Direito Antitruste. 5ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FRANCESCHINI, J. I. G.; BAGNOLI, Vicente. *Direito Concorrencial*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. VII, coordenação Modesto Carvalhosa).

INCARDONA, Rosella. *Distribution agreements under EC Competition Law*: discourse on the adoption of a truly more economic approach in the assessment of vertical restraints for the sake of businesses and consumers. Working paper, 2005. Disponível em: SSRN. Acesso em 31.01.2025.

PRESTON, Lee E. *Restrictive distribution arrangements*: economic analysis and public policy standards. 30 *Law and Contemporary Problems* 506-529 (Summer 1965). Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol30/iss3/4. Acesso em 31.01.2025.

GONÇALVES. Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro.* Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Intituições de direito civil*: volume III, contratos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

CZAPRACKA, K; KUHN, T; SAKELLARIOU-WITT, S; CITRON, P. "New EU competition rules for distribution agreements". Kluwer Competition Law Blog, 2022. Disponível em: https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/05/30/new-eu-competition-rules-for-distribution-agreements/. Acesso em 31.01.2025.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VILLAS-BOAS, Sofia. “Bringing competition law into the digital era – selective distribution and marketplace bans: what should change?”. In: Revista de Concorrência e Regulação. Núm. 45 Lisboa: Autoridade da Concorrência e Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal, 2021, 63-102.

6. **Cronograma de execução**

	2025												2026									
Atividade	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	Horas
Elaboração do projeto de pesquisa preliminar																						20h
Revisão bibliográfica																						80h
Revisão jurisprudencial																						40h
Elaboração do projeto de pesquisa ajustado																						40h
Elaboração da versão intermediária da pesquisa																						100h
Elaboração da versão provisória da pesquisa																						150h
Preparação para banca de qualificação																						20h
Elaboração da versão definitiva																						60h
Preparação para banca examinadora																						20h
Elaboração da versão corrigida																						40h