

FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA (RESALE-PRICE MAINTENANCE-FPR): ELEMENTOS PARA UM ROTEIRO DE INVESTIGAÇÃO

César Mattos

**Economista, Mestre pela
PUC/RJ**

I) Introdução

A chamada *fixação de preços de revenda (FPR)*¹ é uma restrição vertical definida pela fixação de um preço de revenda pelo vendedor no mercado *upstream* (à monante) para o comprador no mercado *downstream* (à jusante) que irá revender o produto ao consumidor. Pode-se subdividir os tipos de FPR da seguinte forma:

- i) fixação de preço mínimo de revenda;
- ii) fixação de preço máximo de revenda;
- iii) fixação de preço de revenda fixo.

Cada um desses possui suas peculiaridades e deve ser analisado de forma diferenciada. O objetivo dessa nota é embasar a construção de um roteiro de investigação dessa conduta anticompetitiva para aplicação direta da agência de defesa da concorrência aos casos concretos de FPR.

Esse texto está subdividido da seguinte forma. A seção II fará uma breve síntese sobre o debate antigo e atual sobre FPR baseado na jurisprudência americana. As seções III, IV e V tratarão

¹ A abreviação de FPR também foram introduzidas nas citações em inglês as quais são originalmente RPM-Retail Price Maintenance.

do FPR mínimo, máximo e fixo, respectivamente, avaliando suas motivações e, relacionados a essas, os seus impactos sobre bem-estar. A seção VI trata da diferenciação entre o FPR e a sugestão de preços de revenda (chamado SPR) e suas implicações. A seção VII descreve os principais indícios econômicos a serem verificados na investigação de FPR e a seção VIII fica reservada para as conclusões.

II) O FPR na Jurisprudência Americana

A intensa controvérsia que cerca a discussão sobre os efeitos anticompetitivos do FPR é comum à de outras práticas de restrições verticais não-preço. De acordo com Hovenkamp (1993):

“ few areas of antitrust law have provoked more controversy than resale price maintenance and vertical nonprice restraints. In fact, in the last decade courts and commentators have made serious arguments for every possible liability rule for these two practices: per se illegality, rule of reason analysis, and per se legality. The reason for this great difference of opinion is twofold. First, historically neither Congress nor the Courts have done a very good job of explaining exactly what is bad about these two practices—that is, whether they can result in monopoly pricing to consumers, or perhaps whether they should be condemned merely because they deprive dealers and retailers to make individual decisions about how much to charge for a product and how and where to sell it. Secondly, economic analysis of vertical restrictions has been both fairly controversial. In fact, it seems safe to say that we still do not know all we should about the reasons that business engage in these two practices, and what their effects on competition might be.”

Mais do que isso, é contraditória a forma com que os tribunais americanos tratam as restrições verticais de preço (ou o FPR) e não preço entre si. Isso porque, do ponto de vista econômico, o FPR gera o mesmo efeito que as chamadas “restrições territoriais”, que constituem uma modalidade importante de restrição vertical não-preço. Conforme Viscusi (1995):

“FPR has been held to be illegal per se under the Sherman act. It is viewed by the courts as simply a (vertical) form of price fixing. This view is not shared by many economists, however. The reason is that many economists view the economics of FPR as being similar to territorial restraints, and the courts apply a rule of reason to judging the legality of territorial restraints. The similarity follows from the fact that both practices can offer some market power to retailers—in one case the supplier can provide the dealer with a non-competitive margin by fixing both the dealer’s costs and its resale prices, and in other case the dealer has an exclusive market and can set its own noncompetitive price”².

Essa contradição tem sido duramente criticada pelos especialistas na matéria. Conforme Bhoultou (1996, p. 426):

“ The uncertainty and arbitrariness of such a legalistic distinction between price and non price forms of vertical control have imposed large transaction costs on society, including the legal costs of the many manufacturer-dealer contracts disputes transformed into RPM cases But the Major cost must be the cost of acts committed and foregone benefits of acts not undertaken by those threatened by such sanctions.”

Ademais, conforme Hovenkamp (1993, p. 177), em muitas circunstâncias do mundo real a diferenciação entre as dois tipos de restrições (preço e não-preço) não é direta.

A controvérsia acerca da adequação do tratamento conferido ao FPR nas cortes americanas remonta ao primeiro caso de FPR, *Dr Miles Medical Comunidade, v. John D. Park & Sons Co.*, julgado em 1911. De acordo com Gellhorn e Kovacic (1994, p.292/3):

“The court ruled that a manufacturer who sells goods to a wholesaler may not restrict their resale by constraining the buyer’s pricing decision. Relying on the common law’s hostility

² A intensa utilização da regra da razão em restrições verticais não-preço pode ser constatada pelo baixo índice de condenações nesse tipo de processo nos EUA, atingindo menos de 10%, segundo Hovenkamp (1993, p. 177).

towards equitable servitudes on chattels, the court noted that “a general restraint upon alienation is ordinarily invalid””.

Segundo os autores, o tratamento jurídico dado pelo tribunal americano seria inadequado:

“The Court’s views of common law doctrines governing the alienability of property rights and the legal status of FPR were questionable . FPR is not a “general restraint upon alienation, “, for it does not bar the transfer of the retailer’s property interest; it only limits pricing opportunities, not resale.....

The antitrust significance of Dr. Miles lies in its formalistic reliance on property law doctrines to decide whether a vertical restraint violates the Sherman act”.

Essa avaliação equivocada permanece mesmo hoje no Congresso e na Suprema Corte americana, a despeito do Departamento de Justiça Americano ter, em vão, tentado convencê-los do contrário. Mais que isso, o Congresso ainda caminhou no sentido inverso, procurando assegurar o caráter *per se* da ilicitude do RPM, mesmo aceitando que podem haver argumentos de eficiência na prática. Como cita Tom (1994):

“Indeed, the Division had filed, early in the 1980’s, an amicus brief urging the Supreme Court to overturn the long-established per se rule against resale price maintenance, and only desisted from such efforts after Congress passed a law forbidding it from expending any funds for any activity “the purpose of which is to overturn or alter the per se prohibition of resale price maintenance.....

Right now, the settled law is that the procompetitive possibilities can be achieved less restrictively than by vertical price restraints, or are outweighed by the anticompetitive effects, or the likelihood of both these statements being false is not sufficiently great to outweigh the cost of determining whether they are true or not....

the supreme court has implicitly determined that these arguments are not sufficiently important overturning the per se rule.”

O principal ponto que desejamos destacar, no entanto, para elaborar um roteiro de investigação é que, à luz dos elementos mais modernos da teoria econômica, os efeitos do FPR sobre o bem-estar, bem como das restrições verticais não-preço, são ambíguos. Assim, uma premissa básica para um roteiro de investigação de FPR no Brasil é de que o mesmo não pode ser tratado, na prática, de forma “per se” como nos EUA³.

Como veremos adiante, os efeitos sobre bem-estar do FPR dependerão primordialmente das motivações subjacentes dos agentes na prática de FPR. Esse entendimento é esboçado por Gellhorn e Kovacic (1994) como um grande consenso dentre os estudiosos da matéria:

“Nonetheless, modern empirical studies and theoretical research have raised grave doubts about the wisdom of a rule that categorically forbids FPR....Indeed, most (though hardly all) commentators agree that an unconditional rule of per se illegality is inappropriate. Even observers who view FPR suspiciously and endorse a strict standard to prohibit it would recognize exceptions from per se condemnation for new entrants, new products or failing companies”.

Enfim, a jurisprudência americana nesse tipo de conduta deve ser utilizada com muito cuidado para balizar um roteiro de investigação brasileiro, tendo em vista a forte crítica pela qual ela tem sido submetida pelos especialistas na matéria e pelas nítidas contradições existentes com o tratamento conferido a outras

³ No Brasil nenhuma prática é tratada de forma “per se” . No entanto, algumas práticas como a de cartelização tendem, na prática, a ter um tratamento mais próximo de uma regra “per se” do que outras. No caso do RPM, a premissa desse trabalho é de que a mesma deve ser tratada o menos próximo possível da regra “per se” . Esse ponto da racionalidade da regra “per se” para certas práticas é tratado por Pittman.

restrições verticais não-preço. Mesmo o recente movimento do Congresso e das Cortes americanas no sentido de reafirmar a ilegalidade per se do FPR não implica que a comunidade dos maiores especialistas da matéria estejam concordando com essa tendência.

De qualquer forma, não contemplando a nossa legislação, a regra per se, não cabe uma discussão mais aprofundada sobre essa questão. Cabe, no entanto, desde já, evitar na jurisprudência vindoura do CADE, uma metodologia de análise que, na prática, seja muito próxima a uma aplicação per se dessa conduta seguindo a tendência americana.

III) FPR Preço Mínimo

IIIA) FPR de Preço Mínimo Anti-Concorrencial

A primeira questão a ser formulada em uma análise de FPR preço mínimo é qual a racionalidade do vendedor no mercado upstream para proceder a esse comportamento⁴.

Suponha um monopolista no mercado upstream com vários revendedores (ou clientes de insumos no mercado downstream). Qual o possível interesse anti-concorrencial desse monopolista em forçar os seus revendedores em vender o produto por um preço mínimo?

A resposta é nenhum. Isso porque o vendedor no mercado *upstream* que possua poder de mercado em relação a seus revendedores sempre preferirá exercer o seu preço de monopólio. E, para isso, não há qualquer necessidade de fazer um FPR com preço mínimo. Na verdade, ao forçar um FPR de preço mínimo, o seu lucro cairá, enquanto o de seus revendedores aumentará. Isso ocorre, segundo Tirole (1988, pp 174/176) porque:

⁴ Uma hipótese fundamental é de que a restrição não seja redundante. Ou seja, o RPM mínimo é maior que o preço de mercado sem RPM.

“the retailer does not take the manufacturer’s marginal profit ...into account when choosing a retail price”

Para melhor entender esse ponto, desenvolvemos um modelo matemático no anexo I dessa nota seguindo de perto os passos de Tirole em seu capítulo 4.

Ora, mas nesse caso, como explicar a existência de FPR de preço mínimo com interesse anticoncorrencial no mundo real ? A explicação reside no fato de que o FPR de preço mínimo pode ser um instrumento de facilitação de cartéis tanto no mercado *upstream* como no mercado *downstream*. Ou seja, a única forma do FPR de preço mínimo ter propósitos anticoncorrenciais é se o mesmo estiver associado a uma prática cartelizada. Conforme Boulton (1995 p. 401):

“How might FPR be anticompetitive? Two possible explanations hinge on FPR’s being a cover or facilitating device for horizontal price-fixing or a horizontal cartel. One possibility is a cartel among manufacturers that cannot observe each others’ wholesale prices but that can observe retail prices. They may collectively fear that “price wars” among their retailers may tempt individual manufacturers among them to cut wholesale prices surreptitiously, thereby undermining the cartel. Resale price maintenance would prevent these price wars.

Alternatively, FPR might be motivated by a dealer cartel (among a group of dealers that collectively have market power, if they could succeed in colluding) that find they cannot collude without external help.”

São basicamente duas, as razões para a utilização do FPR de preço mínimo como um facilitador de cartel no mercado *upstream*:

i) os vendedores podem não conseguir ou ter dificuldade em observar os preços recíprocos, mas podem conseguir ou ter mais

facilidade de observar os preços dos seus revendedores como meio de coordenação entre si;

ii) os vendedores podem temer que guerras de preços entre seus revendedores encorajem cada vendedor individualmente a reduzir seus preços, sem que o outro perceba, destruindo o cartel. O FPR preveniria essas guerras de preços.

Há uma razão principal para que o FPR de preço mínimo seja motivado para promover um cartel de revendedores: Quando os mesmos, agindo coletivamente, possuem poder de mercado, mas acreditam não conseguir o grau de coordenação suficiente sozinhos, sem uma ajuda externa. Assim, o monopolista vendedor ou o cartel de vendedores se constituiriam na “ajuda externa” mais óbvia dado:

- i) a sua própria posição de monopolista do empresário ou do cartel frente aos revendedores;
- ii) que o vendedor monopolista ou cartelizado detém muito mais informação sobre cada um dos seus revendedores, tendo em vista que está, frequentemente, transacionando com eles (o que não ocorre normalmente entre os revendedores).

Dessa forma, os revendedores no mercado *downstream* pressionariam o monopolista no mercado *upstream* para servir de “maestro” do cartel. O único problema desse raciocínio, no entanto, é a falta de interesse do monopolista no mercado upstream de viabilizar um cartel no mercado downstream, dado que o seu lucro cairá, conforme demonstrado no anexo I⁵.

Assim, é preciso supor que o conjunto de revendedores tenha um poder de barganha razoável sobre o vendedor. A variável mais importante para definir esse poder de barganha deve ser provavelmente o custo de saída da relação do vendedor e o(s)

⁵ À exceção de razões pró-eficiência que serão melhor desenvolvidas a seguir.

revendedor (es). E esse custo de saída deve ser diretamente proporcional ao volume de ativos específicos empregados por cada agente como proporção de seu capital total.

Por exemplo, os ativos específicos de uma concessionária de uma determinada montadora são muito mais significativos como proporção de seu capital total do que os da própria montadora em relação à concessionária. Ou seja, o custo de saída da relação por parte da concessionária que opera em escala local deve ser bem maior que o da montadora que opera em escala global. Resta saber como opera essa relação da montadora frente ao conjunto de suas concessionárias reunidas e organizadas.

De qualquer forma, o importante é que sem haver razoável poder de barganha, não há como os revendedores obrigarem o vendedor a aplicar o FPR de preço mínimo para viabilizar o seu próprio cartel de revenda.

Na prática, a falta de poder de barganha do revendedor compreende a grande maioria dos casos de relações entre vendedor e revendedor, onde poderia haver uma acusação de FPR. Note-se que a única justificativa para os revendedores forçarem os vendedores a lhes impor um FPR para que se cartelizem é a falta de capacidade de coordenação entre si. Mas se os revendedores não são coordenados, normalmente, têm pouco poder de barganha conjunto. De outro lado, se houver essa capacidade de coordenação para pressionar o monopolista ou o cartel no mercado upstream, deve ser presumivelmente mais fácil organizar diretamente o cartel do que fazê-lo via FPR com o monopolista upstream como intermediário.

Assim, o caso em que o FPR de preço mínimo serve como facilitador de cartel nos mercados downstream não deve ser usual. Mesmo no caso do FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado upstream, é importante avaliar se não há outros meios mais diretos e ágeis do que o FPR para atingir tal objetivo. Hovenkamp (1993, p. 181) confirma essa presunção:

“ It seems unlikely that either FPR or vertical nonprice restraints are used very often in order to facilitate retailer cartels ”.

IIIB) FPR de Preço Mínimo Não Anti-Concorrencial

No entanto, não é apenas visando uma ação anticoncorrencial que o vendedor (ou os vendedores) no mercado upstream está (ão) realizando o FPR de preço mínimo. Esse(s) vendedor(es) pode(m) estar visando incrementar a concorrência entre revendedores em outra dimensão que não a de preços.

Um exemplo da racionalidade pró-concorrencial é a seguinte: Suponha que o vendedor entenda que sua reputação tende a ser muito mais deteriorada por uma qualidade de atendimento ruim do revendedor do que a do próprio revendedor. Nesse contexto, cada revendedor isoladamente teria o incentivo a empreender um comportamento “*free-rider*” e envidar um atendimento ruim (e, portanto, menos custoso) frente ao público, o qual deve ser pouco fiscalizável por parte do vendedor⁶. Hovenkamp (1993, p. 181) apresenta um excelente exemplo a esse respeito no segmento de revenda de computadores pessoais:

“Personal computers ...come in many varieties and are very complex. As a result, most consumers need instruction about what to buy for their own particular needs before they make their purchase decisions. Servicestore is a full service computer outlet. It employs a large number of highly trained salespersons who know a great deal about computers. On the other hand, Bare Bones Computers Inc. is a computer dicounter... At most times the store is staffed by a single salesperson, who knows nothing about computers except the names and the numbers on the boxes.

You are in the market for a personnal computer. You begin your search by goingo to Servicestore and you talk for two hours to a trained employee. The employeee shows you a half dozen com-

⁶ Warren-Boulton (1995 p. 401) acentua que apenas em um artigo de 1960 escrito por Telser, se introduz a primeira explicação do RPM relacionado a uma eficiência no sentido de eliminar o possível comportamento free-rider dos revendedores.

puters and printers, describe their capabilities and analyzes your needs. You and the salesperson finally decide which model is optimal for you, and you record the name and the number on a piece of paper. The price for this package is US\$ 1995. Then you tell the salesperson at the Servicestore you will go home and “think about it”. You immediately drive to Bare Bones Computers, show the salesperson the scrap of paper, and she sells you the same package for US\$ 1650.

Both you and Bare Bones took a “free-ride” on the services provided by Servicestore, but for which Servicestore was not able to collect any fees”

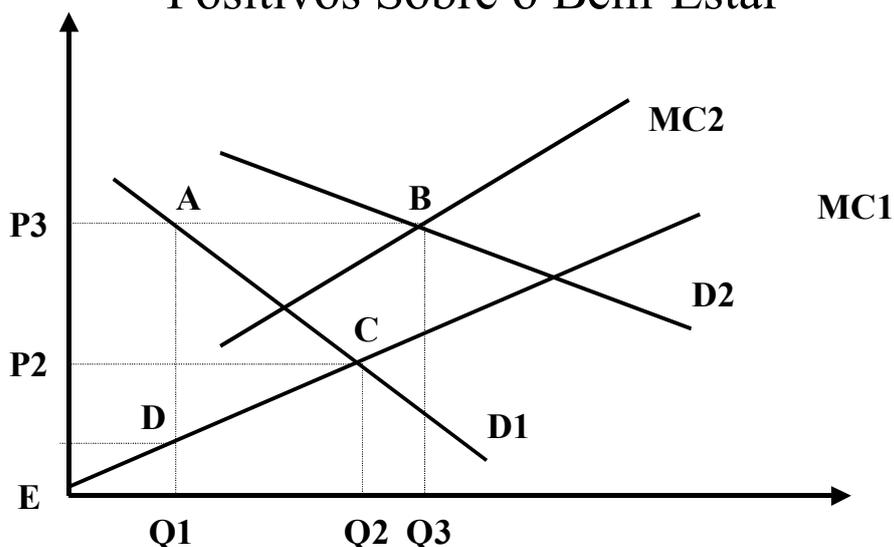
Se o vendedor acredita que o consumidor valoriza relativamente mais a qualidade do atendimento do que preços menores, aos preços e qualidade de atendimento vigentes, pode ser eficiente para ele estimular uma maior concorrência de seus revendedores através de melhor atendimento do que através de preços menores. Ou seja, a concorrência por diferenciação de serviços pode ser melhor do ponto de vista de bem-estar do consumidor (e do lucro do vendedor no mercado upstream) do que de preços em um determinado segmento da curva de demanda, tornando racional a imposição do FPR de preço mínimo⁷.

⁷ Aqui podemos realçar a importância da hipótese de que a reputação é mais importante para o fabricante do que para o revendedor, o que é plausível no exemplo da loja de computadores. Caso contrário, o próprio revendedor, naturalmente, procurará melhorar o seu atendimento. No entanto, essa é uma hipótese normalmente não realçada nos estudos sobre o RPM pró-competitivo, o que lança dúvidas sobre alguns casos encontrados na literatura. Boulton (1996,p. 421), por exemplo, descreve o caso Monsanto-SprayRite de 1984 como típico de livro-texto para ilustrar essa questão: um produto complexo, no qual sua provisão exige um nível mínimo de informações pré-venda. Ora, mas esse caso é bem diferente daquele relacionado com a loja de computadores, em que se consegue as informações em uma loja e se compra na outra. Em se tratando de revenda de herbicidas, estamos frente a um mercado de transações com grande frequência e não “once for all” como naquele exemplo. A hipótese de que a queda na reputação de atendimento do distribuidor é pouco importante parece menos plausível e, nesse caso, a hipótese de comportamento free-rider do distribuidor também, invalidando a própria justificativa do RPM pró-competitivo.

No entanto, como um FPR mínimo pode estimular os revendedores individualmente a aumentarem seu padrão de atendimento?

Gellhorn e Kovacic (1994) apresentam um modelo interessante de concorrência extra-preço proporcionada pelo FPR de preço mínimo. Faremos um versão modificada do mesmo para incorporar o importante suposto de que o ganho com reputação mais do que compensa o mecanismo demonstrado no anexo I de redução do lucro do vendedor no mercado upstream. Ademais, incorporamos a hipótese de que a credibilidade do vendedor é mais afetada pelo atendimento ruim do revendedor do que a do próprio revendedor⁸. Suponha o gráfico 1 abaixo que apresenta as condições de equilíbrio no mercado de revenda (suposto de concorrência perfeita):

Quadro I: RPM com Efeitos Positivos Sobre o Bem-Estar



⁸ Como no resto da literatura pesquisada, os autores não se preocuparam em estabelecer essa hipótese de “deterioração diferenciada de reputações” que, afinal, justifica porque os vendedores apresentam mais interesse em uma boa qualidade de atendimento do que os revendedores e porque esses apresentam um comportamento free-rider.

Antes da introdução do FPR, o equilíbrio concorrencial se dava em “C” com quantidade q_2 e preço p_2 . Agora, suponha que o empresário do mercado upstream fixa o preço de revenda em $P_3 = \text{FPR}$. A demanda total dos revendedores cai para q_1 , mas gerando um lucro positivo do conjunto dos revendedores dado pela área AP3BE. Mas nesse caso, se torna ótimo para cada revendedor individualmente introduzir um elemento diferenciador no atendimento dispensado ao cliente. Ou seja, agora cada revendedor, ao procurar melhorar marginalmente o seu atendimento (o que implica aumento de seus custos), se tornará free-rider em relação aos outros revendedores e não em relação à lógica do vendedor como antes. Uma suposição fundamental desse modelo é que há informação perfeita dos consumidores em relação à qualidade de atendimento de cada revendedor. Ou seja, para preços iguais, o consumidor da loja de computadores do exemplo de Hovenkamp acima preferirá sempre comprar no revendedor com o melhor atendimento, ou seja, na Servicestore.

Ao fazer isso, o revendedor estará deslocando sua curva de demanda particular para cima e para fora e também a sua curva de custo marginal para cima e para a esquerda. Com todos os revendedores fazendo isso, a curva de demanda total na revenda se desloca para cima. Enquanto houver um lucro positivo, no entanto, mantém-se o incentivo ao comportamento “free-rider” dos revendedores entre si no sentido de incrementos marginais na melhoria de atendimento.

Esse incentivo apenas cessará quando os lucros dos revendedores em concorrência se igualarem a zero. Nesse ponto, a curva de demanda terá se deslocado de d_1 até d_2 e sua curva de custo marginal de MC_1 para MC_2 . Observe que esse equilíbrio deve gerar uma quantidade, no mínimo, igual àquela que se observaria sem FPR, para que a mesma faça sentido para o empresário no mercado upstream. Assim, o novo equilíbrio q_3 será maior que q_2 . Como o empresário upstream vende mais e o seu custo marginal é constante (o custo que aumentou foi só o do revendedor) e o seu preço para o revendedor também, o seu lucro aumentou.

Por construção, o bem-estar do consumidor aumentou. Essa conclusão é direta tendo em vista a preferência revelada: Dado que o consumidor comprou q_3 (na combinação de preço $p_3 = \text{FPR}$ e qualidade de atendimento σ_3) maior que q_2 (na combinação $p_2 < p_1$ e qualidade de atendimento $\sigma_2 < \sigma_3$), pode-se dizer que o mesmo está em uma curva de indiferença superior, ou seja, o consumidor mediano “i” apresenta $U_i(q_3, p_3, \sigma_3) > U_i(q_2, p_2, \sigma_2)$.

Gellhorn e Kovacic (1994) sumarizam as três justificativas pró-concorrenciais do FPR preço mínimo mais utilizadas na literatura antitruste:

“1) It may be to a manufacturer’s advantage that the retailers provide effective service to their costumers (e.g. personal computers) or that the product be better promoted throughout a sales area in order to attract buyers (e.g., cosmetics and other drug store items). Creating an effective minimum retail price induces dealers to compete more aggressively on non-price criteria such as service (repairs, returns, credit) and promotion (advertising)”.

.....

2) The second beneficial purpose of FPR is to protect the signal of high quality created by a retailer’s approach to doing business

3) A third procompetitive goal of FPR is to facilitate entry by new firms and the introduction of new products. New, unknown firms may face difficulty in persuading store owners to allocate scarce shelf space and investory capacity to stock their goods. New or existing companies seeking to introduce new products may believe that detailed explanations and demonstrations at the point of sale will be essential to attract customers. Ensuring generous resale margins with FPR can induce retailers to carry a new entrant’s goods or to stock a product early in its life cycle”.

Tom (1994) aduz ainda dois outros argumentos de eficiência normalmente levantados na análise de FPR que apresentam similaridades em relação aos três anteriores:

- primeiro, o argumento da “certificação de qualidade”. Quando um varejista apresenta grande reputação, todo o produto que o mesmo vende se beneficiará dessa reputação. Ou seja, aquele varejista vendendo o produto emite um sinal ao mercado de que aquele produto é de qualidade. Nesse contexto, outros varejistas que costumam dar descontos se beneficiam dessa certificação gratuita, sem incorrer no mesmo custo de construção de imagem pretérita daquele varejista. Com o FPR, os consumidores escolherão entre um varejista que apresenta reputação e outro que não ao mesmo preço;
- segundo, o FPR permitiria ao vendedor desenvolver um amplo e estável sistema de distribuição o que poderia ampliar e/ou reduzir oscilações indesejáveis.

Tendo em vista esses argumentos, Gelhorno e Kovacic (1994) citam uma interessante “regra de bolso” de Blair e Kaserman acerca das possibilidades de identificação de que tipo de FPR de preço mínimo se trata, pró ou anti-concorrencial. Conforme os autores, a análise do FPR preço mínimo por razões de eficiência apresenta um claro viés no sentido do incremento da produção, o que pode ser observado no gráfico 1 do exemplo dado acima. Por outro lado, quando se tratar de ação cartelizada, seja no mercado upstream seja no downstream, a tendência natural é de redução da produção⁹.

Dado que há uma série de outras variáveis influenciando nos resultados de produção, basear-se nesse tipo de evidência, de maneira mais robusta, irá requerer exercícios econométricos onde entrem, no mínimo três variáveis: 1) uma variável que capte os movimentos de curto prazo da demanda agregada; 2) uma variável de tendência para captar o movimento de longo prazo da demanda do produto e;

⁹ Esse ponto é destacado também por Boulton (1996, p. 413).

3) uma série de dummies após a introdução do FPR, isolando os efeitos do FPR sobre produto¹⁰.

Enfim, o mais razoável é que a própria característica do produto já ofereça algumas pistas sobre a diferenciação entre FPR pró e anti-competitivo. Segundo Hovenkamp (1993, p. 183), o controle do problema do free-rider pelo vendedor no mercado upstream pode ser feito via controle direto da atividade de revenda no downstream, via FPR ou via restrições territoriais na revenda. A utilização do FPR seria mais eficiente quando o número de pontos de venda do produto é suficientemente grande, tornando mais difícil para o vendedor assumir a atividade de revenda. O controle do comportamento free-rider na revenda em itens de baixo preço deve estar incluído nessa lógica.

A análise procedida acima reforça o ponto que o FPR de preço mínimo deve ser sempre analisado pela regra da razão, buscando avaliar a possibilidade de sua utilização não anti-concorrencial.

IV) FPR Preço Máximo

Antes de tudo, é fundamental esclarecer quais os interesses do empresário monopolista no mercado upstream de fazer um FPR de preço máximo. Para isso, apresentamos no anexo II, a demonstração matemática de que só haverá interesse para o monopolista no mercado upstream fixar um FPR máximo, se os revendedores conjuntamente tiverem algum poder de mercado e exercerem preços acima dos níveis de concorrência na revenda¹¹. Isso porque o preço máximo que o vendedor racionalmente irá fixar para o revendedor será o preço de concorrência perfeita no mercado de revenda.

¹⁰ Observe-se que esse efeito não vale por todo o período de tempo posterior ao RPM, mas apenas para algum curto período quando o produto estará respondendo à introdução do RPM. Se o RPM estiver mudando, as dummies devem ser trabalhadas nesse sentido.

¹¹ O anexo II segue de perto o mesmo modelo de Tirole (1988) que estamos adaptando à análise de RPM do anexo I.

Essa conclusão se deriva do mesmo raciocínio associado ao problema conhecido na literatura de organização industrial de “*double-marginalization*”: pior do que um monopólio, é a existência de dois monopólios sucessivos na cadeia produtiva e/ou de comercialização não integrados. O vendedor no mercado *upstream* fixar um preço máximo para o(s) revendedor(e)s equivale a uma integração vertical dos dois monopólios, com aquele aumentando seu lucro em detrimento do lucro de seu revendedor

O aumento de lucro se deriva do fato que a margem do revendedor no mercado *downstream* equivale, do ponto de vista do vendedor no mercado *upstream*, a mais um item do custo total de distribuição do produto. Assim, quanto maior for sua magnitude, menor tende a ser o lucro do vendedor no mercado *upstream*. Assim, estabelecer um FPR máximo equivale a reduzir um custo de distribuição do empresário no mercado *upstream*. Por isso, o FPR máximo irá equivaler aos preços de revenda em concorrência perfeita¹².

O importante a reter desse raciocínio é que o empresário no mercado *upstream* tem interesse de evitar que o eventual cartel no mercado *downstream* ou o monopolista na revenda exerçam seu poder de mercado, forçando o preço máximo de revenda ao preço de concorrência perfeita na revenda. Nesse caso, o bem-estar do consumidor final aumenta com menores preços e maiores quantidades e o lucro do monopolista *upstream* também se eleva em detrimento dos lucros dos revendedores *downstream*.

Há duas hipóteses, no entanto, nas quais o FPR de preço máximo poderia ser considerado anticoncorrencial.

Primeiro, o monopolista no mercado *upstream*, visando dominar também os mercados *downstream*, poderia fixar um preço

¹² Nas palavras de Hovenkamp (1993): “In the vast majority of cases, however, it is very difficult to understand why the supplier would want to do so. The retailer’s mark-up is a distribution cost to the manufacturer: the more profit retailer makes from a particular product, the less profit will remain for the manufacturer” .

de revenda abaixo do custo marginal de seus revendedores. Nesse caso, o vendedor estaria se utilizando de seu monopólio no mercado upstream para também obter um monopólio no mercado downstream. Isso, sem dúvida, poderia ser verdade, denotando uma mudança na orientação de trabalhar com revendedores e vender diretamente ao consumidor o seu próprio produto. O empresário upstream então faria uma prática equivalente à “recusa de negociação” (*refusal to deal*).

Nesse caso, o efeito da extensão do monopólio upstream para o downstream pode ter dois efeitos, um positivo e outro negativo. O primeiro efeito se deriva do fato que o aumento dos lucros do empresário upstream resulta de uma redução de preço no mercado downstream após a integração, conforme o raciocínio do modelo de “double-marginalization”. Esses lucros serão, inclusive, superiores à soma dos lucros dos dois monopólios sucessivos anteriores agindo isoladamente. Além disso, sempre é possível haver outras eficiências derivadas da integração vertical em termos de qualidade, investimento etc...

O segundo efeito diz respeito ao aumento das barreiras à entrada no próprio mercado upstream. Agora, um eventual novo entrante deverá arcar com os requerimentos de capital tanto no mercado upstream quanto no mercado downstream. Antes da integração vertical, supondo não existirem acordos de exclusividade impostos pelo(s) empresário(s) do mercado upstream, o novo entrante poderia se favorecer da rede de distribuição já montada.

A segunda hipótese¹³ diz respeito às possíveis implicações horizontais da conduta. O vendedor, por intermédio do FPR, pode impor um preço predatório no intuito de eliminar seus concorrentes. Neste caso, o produto é vendido ao revendedor a um preço abaixo de seu custo (marginal ou médio) e assegura que essa redução será repassada ao consumidor, evitando que os revendedores se apropriem da margem de monopólio ao qual o vendedor está abrindo mão no curto prazo através de um FPR

¹³ Essa hipótese foi levantada pelo assessor Alexandre Gheventer.

máximo. Assim, a hipotética empresa predadora vende o produto a preços abaixo de seus custos aos revendedores e usa seu poder de mercado, fixando um preço máximo de revenda, com o objetivo de forçá-los a seguir sua política agressiva de preços. Nessa segunda hipótese, a análise do FPR de preço máximo conterà fortes elementos da análise de preço predatório.

Assim, a dominação do mercado downstream pode apresentar elementos de aumento e de redução do bem-estar conjuntamente, cabendo à agência de concorrência ponderar custos e benefícios.

A despeito da análise acima, a jurisprudência americana também estendeu os regramentos de violações “per se” do FPR preço mínimo para o FPR preço máximo no caso *Albrecht v. Herald Co.* em 1968. Segundo Gellhorn e Kovacic (1994), os tribunais argumentaram que:

“agreements to fix maximum prices, no less than those to fix minimum prices, cripple the freedom of traders and thereby restrain their ability to sell in accordance with their own judgment”

Os autores fazem questão de destacar o equívoco da visão das cortes nesse caso, baseado no exposto acima (especialmente pelo fato do revendedor possuir poder de mercado):

“ The complaining distributor in Albrecht had an exclusive territory in which it alone delivered the defendant’s paper. Unless otherwise constrained, the distributor could exploit its exclusive franchise by charging a monopoly price for newspaper subscriptions within its territory. The supracompetitive price would depress circulation, causing the publisher to loose subscription revenues and, more important, to reduce advertising rates which were pegged to total circulation.... Maximum FPR helped the publisher prevent the distributor from setting prices that reduced the output of the newspaper”.

Ou seja, os autores sugerem que a decisão das cortes ao proibir o FPR preço máximo foi de, inequivocamente, reduzir o bem estar. Ademais, os autores acrescentam ainda mais um efeito negativo da decisão:

“By denying manufacturers the use of maximum FPR to constrain opportunism by dealers with exclusive territories, Albrecht creates an artificial bias favoring the substitution of vertical integration for contractual distribution arrangements. Thus, firms may resort increasingly to vertical integration, even though the cost of doing so exceeds the cost they would incur if such firms could enforce maximum FPR contracts”.

Isso é claramente gerador de ineficiência produtiva. Por outro lado, a jurisprudência americana mais recente já tende a relativizar a aplicação da regra per se na prática de FPR preço máximo. Segundo Gellhorn e Kovacic (1994):

“the practical impact of this rule in private treble damage litigation was attenuated severely in Atlantic Richfield Comunidade. v. USA Petroleum Comunidade de (1990) (Arco). In Arco the Supreme Court ruled that the plaintiff gasoline retailer failed to establish compensable antitrust injury by alleging that a competitor and its refiner/supplier agreed to set a non-predatory maximum resale price for gasoline. In the court’s view, only a predatorily low maximum price could cause the requisite antitrust injury-harm that results from reduced competition and not simply from the diminished profits of individual market participants. If the maximum price were set relatively high, the plaintiff would be better off because it could undercut its rival’s high price and capture more sales. If the maximum prices were set at low but nonpredatory levels, the plaintiff might lose sales or be forced to reduce its margins, but only because the defendant was behaving in ways that benefit consumers by providing low prices”

Assim, a jurisprudência americana, pelo menos no que tange a FPR de preço máximo, considerou uma regra bem mais flexível no início da década de noventa. Em um recente caso da State Oil

Comunidade. -Khan de 1997, a Suprema Corte reafirma o abandono da regra *per se* para FPR de preço máximo do caso *Albrecht*, contrariamente ao entendimento da *Seventh Court*, consagrando o uso da regra da razão:

“Because Albrecht has been widely criticized since its inception, and the views underlying it have been eroded by this court’s precedent, there is not much of that decision to salvage.... In overruling Albrecht, the court does not hold that all vertical maximum price fixing is per se lawful, but simply that it should be evaluated under the rule of reason”

Essa jurisprudência parece caminhar na linha de apenas contestar a prática quando haja um comportamento eminentemente predatório de fixar margens de lucro muito apertadas (ou até negativas) no mercado downstream e estender o poder de mercado do upstream a esse último. Assim, a rigidez do tratamento do RPM de preço mínimo pelas Cortes americanas descrito na seção II não parece estar sendo, automaticamente, estendido para o RPM de preço máximo.

No Brasil, também no caso do FPR preço máximo, cabe relativizar os efeitos do FPR máximo sobre bem-estar. Mais do que isso, a utilização do FPR preço máximo como redutor de bem-estar parece bem menos plausível que o FPR preço mínimo associado com a cartelização, o que deve ser levado em consideração na análise da agência de defesa da concorrência.

V) FPR de Preço Fixo

O FPR de preço fixo sempre pode ser tratado como uma forma degenerada dos outros dois tipos acima estudados, valendo as mesmas conclusões. Se o preço de equilíbrio dos revendedores sem FPR de preço fixo for menor (maior) que o valor fixado, toda análise do FPR de preço mínimo(máximo) pode ser reproduzida aqui.

Assim:

1. se o preço fixo for menor que o preço de equilíbrio ao consumidor final ou a terceiros sem FPR máximo, o mesmo funciona exatamente na lógica de FPR preço máximo¹⁴.

2. se o preço fixo for maior que o preço de equilíbrio ao consumidor final ou terceiros sem FPR mínimo.

Torna-se fundamental, portanto, definir qual o procedimento da agência antitruste para definir se o preço fixo pode ser analisado como FPR máximo ou mínimo.

O método mais simples é comparar o preço fixo determinado e o *preço praticado no mercado* em um período imediatamente anterior à introdução do FPR. Como preço praticado no mercado, entenda-se o preço médio sobre um período suficientemente longo (pelo menos 1 ano).

VI) Sugestão de Preço de Revenda (SPR) e Consignações

O SPR constitui uma sugestão de preços de revenda sem qualquer tipo de punição dos revendedores no mercado *downstream* frente aos vendedores no mercado *upstream* ou mesmo dos revendedores entre si. Apenas se constata que a prática é de SPR se não houver qualquer indício da existência de mecanismos de punição explícitos ou mais velados para comportamentos desviantes do(s) revendedor(es) no mercado *downstream* daqueles preconizados pela regra imposta pelo vendedor no mercado *upstream*.

Observe-se que a tendência natural da agência é apenas investigar a existência ou não de mecanismos mais explícitos de

¹⁴ Nesse caso, apenas poderá gerar danos ao bem-estar do consumidor, se o valor agregado na produção *downstream* for suficientemente alto.

punição para comportamentos desviantes. No entanto, esse procedimento deixa de lado a avaliação de mecanismos de punições mais velados que, possivelmente, são os mais usuais. Por exemplo, no caso de cartéis, as punições para comportamentos desviantes tendem a ser muito mais relacionadas com ameaças críveis de guerra de preços. Como o FPR de preço mínimo é intrinsecamente ligado à cartelização, é preciso que a investigação não se prenda apenas às punições mais visíveis como recusa de venda ou preços maiores ao revendedor desviante.

Assim, tudo recai em um problema de definição. Se definirmos o FPR de forma suficientemente ampla (o que equivale a definir o SPR de forma suficientemente estrita), o SPR nunca poderá ser anticoncorrencial. Mesmo que não hajam mecanismos de punição explícitos para comportamentos desviantes, podem haver outras formas mais veladas de punição. Alguns exemplos de mecanismos de punições são listados abaixo:

A) recusa de negociação pelo vendedor no mercado *upstream*;

B) elevação discriminatória de preços ou não concessão de descontos habituais pelo vendedor no mercado *upstream*;

C) quaisquer outras práticas discriminatórias pelo vendedor no mercado *upstream*;

D) bloqueio das redes de distribuição do produto pelos outros revendedores no mercado *downstream*;

E) possibilidade de início de uma guerra de preços pelos outros revendedores no mercado *downstream*;

F) Possibilidade de guerra de preços no mercado *upstream*. Essa possibilidade asseguraria o interesse de cada vendedor no FPR de seus revendedores.

É importante ter claro que, em muitos casos, o FPR pode estar simplesmente com uma roupagem de SPR. Nesse caso, mesmo que o mesmo se intitule como “sugestão de preços”, o que importa são os seus efeitos econômicos relacionados com o sistema de “penalidades” existentes, podendo se constatar um FPR disfarçado

de SPR. Insista-se que “penalidades” ou “punições” devem ser termos compreendidos de forma bem ampla, buscando qualquer tipo de comportamento dos concorrentes ou do(s) vendedor(es) que possam trazer prejuízos ao revendedor em razão de comportamentos desviantes.

Assim, ao estabelecer esse procedimento de definir o SPR de forma mais estrita que o usual, chegamos à conclusão que o mesmo nunca poderá ser anticompetitivo.

Vejamos a possibilidade de um cartel viabilizado por um FPR. Suponha que não há qualquer possibilidade de punição identificada. Nesse caso, qual é a racionalidade de cada agente continuar atuando na lógica de preços do cartel?

Em linguagem de teoria dos jogos, sabemos que, por definição, o equilíbrio com cartel não é um equilíbrio de Nash para um jogo simultâneo não repetido. Se no jogo repetido infinitamente um jogador do cartel tem certeza de que nenhum outro jogador jogará uma regra diferente de preços do cartel em razão dele ter desviado do comportamento acordado através de um FPR e não houver qualquer outro tipo de retaliação, torna-se completamente irracional, do ponto de vista individual, manter-se na regra do FPR. Isso porque um pequeno desconto no preço sempre poderá ampliar mais que proporcionalmente suas vendas e gerar um lucro maior. Assim, por definição, o mesmo será um SPR e nunca conseguiria viabilizar um cartel supondo comportamentos racionais dos agentes.

Cabe destacar que avaliar a possibilidade de retaliação muitas vezes implica analisar a credibilidade da ameaça de punição. Uma das variáveis fundamentais para definir a credibilidade da ameaça de punição é a própria capacidade de fiscalização do cumprimento do FPR. Se essa capacidade é reduzida, a possibilidade de retaliação de comportamentos desviantes é baixa e o incentivo a desviar-se é alto. Assim, havendo uma baixa capacidade de fiscalização, maior será possibilidade de se tratar de SPR e não de FPR.

Assim, por exemplo, no caso em que existe uma infinidade de revendedores, deve ser mais difícil haver uma capacidade de fiscalização minimamente satisfatória. No entanto, é importante assinalar que não é apenas o número de revendedores que importa para definir a capacidade de fiscalização dos vendedores no mercado *upstream*. Outras variáveis, como uma elevada distância geográfica entre os revendedores podem também ser fundamentais.

Além disso, a presença de poder de mercado do agente que se propõe a impor a punição sobre o agente a ser “ameaçado” é fundamental. Nesse contexto, são importantes os dados mais convencionais da análise antitruste como o grau de concentração, as barreiras à entrada e o poder de barganha. Quanto a este último, a existência de ativos específicos pode ser uma informação fundamental para definir a credibilidade da punição pela ameaça de saída da relação.

Apenas através de algum mecanismo de punição qualquer, seja do vendedor no mercado *upstream*, seja dos outros revendedores no mercado *downstream*, é que o cartel se torna estável em uma típica lógica de jogo repetido¹⁵.

Mas então qual seria a racionalidade do SPR? Entendemos que duas justificativas são possíveis. Primeiro, quando se tratarem de preços sugeridos estampados na embalagem de um produto, deve haver uma racionalidade próxima à do FPR de preço máximo: O(s) vendedor(es) no mercado *upstream* deseja(m) reduzir a capacidade dos revendedores no mercado *downstream* de exercer seu poder de mercado (se houver), provendo maior grau de informação ao consumidor acerca do preço competitivo do bem. Isso tende a reduzir o preço no mercado *downstream*, aumentar o bem-estar dos

¹⁵ E mesmo assim, as taxas de desconto dos jogadores devem ser suficientemente baixas, ou seja, o futuro deve ser quase tão importante quanto o presente para os jogadores, fechando o espaço para ganhos por comportamentos oportunistas. Para um modelo mais completo sobre as condições que garantem o resultado de cartel em um jogo repetido através de uma ameaça de guerra de preços em oligopólio, ver Mas Collel et alii (1995, p. 400 a 402).

consumidores e aumentar os lucros do vendedor no mercado upstream.

Segundo, o preço sugerido pode simplesmente estar aumentando as informações dos próprios revendedores. Isso é válido especialmente quando há uma infinidade de bens a serem revendidos (por exemplo, autopeças) e é difícil para o revendedor no mercado downstream ter parâmetros de quanto cobrar em cada um.

Assim, o efeito do SPR para efeito de bem-estar será, em geral, ou inócuo ou positivo.

Enfim, o SPR pode ter outros objetivos. Uma razão importante para a existência de SPR no Brasil, por exemplo, está relacionada, em alguns casos, à figura do contribuinte substituto. Nesse caso, a tabela de preço sugerido apresenta uma função importante como parâmetro para que operem os mecanismos de substituição tributária. Os valores presumidos para a cobrança do imposto são baseados na tabela de preços sugeridos, que pode inclusive se tornar obrigatória, a depender da legislação de ICMS de cada Estado. Esses são fatores importantes na diferenciação de SPR e FPR.

Obviamente que a mera existência de outros objetivos não afasta a possibilidade de objetivos também anticoncorrenciais, o que deve ser avaliado. Nesse exemplo do contribuinte substituto, por exemplo, a existência do próprio mecanismo cria incentivo para os revendedores revelarem ao vendedor no mercado upstream quais os seus preços efetivos, de forma a receberem a diferença do valor arrecadado, quando fizerem descontos sobre o preço sugerido. Ou seja, os mecanismos de substituição tributária permitem forte fiscalização do cumprimento do FPR, caso haja interesse por parte do vendedor no mercado upstream em fazê-lo.

É importante nessa seção também mencionar um caso particular de FPR que não deve ser considerado conduta anticompetitiva: o caso de venda em consignação. Nesses casos, o risco da não venda é do vendedor e não do revendedor. Assim, muitas vezes será importante que o próprio vendedor fixe o preço

de revenda, dado que a redução na demanda derivada de um preço muito alto, por exemplo, se faria sentir nele e não no revendedor. Nos EUA, segundo Hovenkamp (1993, p. 185), o primeiro caso de FPR em contratos de consignação foi o da General Electric em 1926, tendo a Suprema corte decidido que o mesmo não poderia ser considerado abusivo.

No entanto, é importante notar que essa exceção não é absoluta. Hovenkamp (1993, p. 186) destaca que podem haver casos onde, claramente, há uma reestruturação do contrato para que o mesmo pareça de consignação justamente para fugir à aplicação da legislação antitruste. A jurisprudência americana se refere ao caso Simpson-Union Oil de 1964, onde a Suprema Corte desaprovou o acordo com base no fato de que no acordo, apesar da propriedade da gasolina permanecer com o refinador, o risco da não venda era dos postos de gasolina. Ou seja, na prática, o contrato não apresentava a característica básica da consignação que é a manutenção do risco de não venda com o vendedor upstream.

VII) Avaliação de Índícios Econômicos de FPR

Os indícios econômicos podem servir a três propósitos: i) avaliar a estrutura de mercado no qual ocorre o FPR, onde utilizaremos as *Vertical Restraints Guidelines* do Departamento de Justiça Americano de 1985; ii) avaliar o efeito altista do FPR de preço mínimo sobre o preço do produto e; iii) a indução à uniformização de preços o que corresponderia a uma ação concertada em decorrência da introdução do FPR.

i) Avaliação da Estrutura do Mercado

A análise é similar à realizada com o HHI nas Diretrizes de concentrações horizontais da FTC-DOJ. As diretrizes para restrições verticais não-preço dos EUA, mesmo já rescindidas em 1994, fornecem parâmetros importantes que podem ser adaptados à análise de FPR. Seguindo a síntese de Hovenkamp (1983, p. 190-191), podemos, inicialmente introduzir as seguintes definições:

i) O Índice de Restrição Vertical (IRV) dado pela soma dos quadrados das participações de mercado dos agentes que impõem o FPR;

ii) O Índice de Cobertura (IC) dado pelo percentual do mercado coberto pela restrição.

Segundo as regras daquelas diretrizes, não seria necessário prosseguir na análise dos efeitos anticoncorrenciais da restrição se qualquer um dos seguintes eventos acontecerem:

a) a firma ou conjunto de firmas que impõe(m) a restrição possuem menos que 10% do mercado que operam;

b) o IRV do mercado da(s) firma(s) que impõem a restrição é menor que 1200 e o IC menor que 60%;

c) o IRV e o IC de ambos os mercados upstream e downstream são menores que 1200 e 60% respectivamente;

d) baixas barreiras à entrada no mercado upstream.

Tendo em vista:

- que a principal motivação do FPR para fins anti-concorrenciais está associada ou a cartel nos mercados upstream e/ou downstream (FPR de preço mínimo) ou a uma estratégia de extensão do poder de mercado do upstream para o downstream ou de preços predatórios no mercado upstream (FPR de preço máximo);

- os dispositivos da lei brasileira referentes ao artigo 20 da Lei 8.884/94;

- a distinção apresentada entre as análises de FPR de preço mínimo e preço máximo.

Faria sentido reformatar aquelas condições na seguinte forma:

Não seria necessário prosseguir na análise dos efeitos anticoncorrenciais da restrição se qualquer um dos seguintes eventos, mesmo isoladamente, acontecerem:

a) a firma ou conjunto de firmas que impõem a restrição possuem menos que **20%** do mercado relevante que operam de acordo com o parâmetro de presunção de posição dominante estabelecida no artigo 20 da Lei 8.884/94;

b) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado upstream ou FPR de preço máximo, o IRV do mercado da(s) firma(s) que impõem a restrição é menor que 1800 e o IC menor que 60%;

c) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado downstream:

- o IRV do mercado da(s) firma(s) que impõem a restrição é menor que 1800 e o IC menor que 60% ou;

- o IRV do mercado da(s) firma(s) que são restritas é menor que 1800 e o IC menor que 60%.

d) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado upstream ou FPR de preço máximo, baixas barreiras à entrada no mercado upstream;

e) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado downstream, baixas barreiras à entrada no mercado upstream e no mercado downstream;

f) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado downstream, baixo poder de

barganha do revendedor (ou grupo de revendedores) frente ao(s) vendedor(es) no mercado upstream.

Observe que a não satisfação de qualquer uma dessas hipóteses não implica haver conduta anticoncorrencial. Significa tão somente que a análise da conduta não pode ser, sumariamente, encerrada em uma fase preliminar da avaliação da conduta.

ii) avaliação do efeito altista do FPR de preço mínimo sobre o preço do produto

Cabe observar a evolução média dos preços do bem ou serviço sujeito a FPR comparado com a evolução média de algum índice de preços da economia antes e depois da introdução do FPR. Se possível, um teste de hipótese estatístico de igualdade de médias dos preços do produto antes e depois da introdução do FPR é desejável.

iii) avaliação de indução à uniformização de preços pelo FPR

É importante estudar a evolução da dispersão dos preços do bem ou serviço sujeito a FPR antes e depois da introdução do mesmo. As medidas de dispersão clássicas como variância, desvio padrão e coeficiente de variação podem ser utilizadas. Também poderia caber um teste de hipótese estatístico de igualdade de dispersão dos preços do produto ou serviço antes e depois da introdução do FPR.

É fundamental observar que os testes de ii e iii devem se referir a períodos iguais antes e depois da introdução do FPR de, no mínimo, 1 ano. Ou seja, exige-se nesse caso uma amostra de pelo menos mais de dois anos. Ademais, a conclusão de que as médias ou dispersões podem ser iguais nos dois períodos não invalida a hipótese do mesmo ser anticoncorrencial. Trata-se de uma informação a mais no processo para reforçar ou não as conclusões. O artigo 20 da Lei 8.884/94 deixa claro ser

desnecessário que os efeitos sejam alcançados e, portanto, não torna obrigatório obter um teste estatístico positivo para se provar a conduta de FPR.

VII) Conclusões

Depreende-se do exposto que as condições para que se conclua pela existência de condutas abusivas no caso de FPR, à luz da regra da razão, tendem a ser mais estritas do que sugere o apelo intuitivo inicial da avaliação desse tipo de conduta.

As principais condições necessárias para que o efeito do FPR seja negativo do ponto de vista do bem-estar são as seguintes:

i) seja FPR de preço mínimo ou FPR de preço fixo com efeito de preço mínimo. Nesse caso, é crucial estabelecer uma relação causal direta do FPR com um desejo de coordenação cartelizante ou no mercado *downstream* a ser patrocinado pelo empresário no mercado *upstream* ou no próprio mercado *upstream*;

ii) seja FPR de preço máximo ou o FPR de preço fixo com efeito de preço máximo no caso em que o vendedor esteja pretendendo estender seu poder de mercado ao *downstream* ou realizar preços predatório contra seus concorrentes no mercado *upstream*. Mesmo assim, no primeiro caso, cabe ainda demonstrar que o FPR que vise a dominação dos mercados *downstream* pelo vendedor no mercado *upstream* gera mais custos do que benefícios, segundo a análise procedida acima. No segundo caso, cabe uma análise das condições de existência de preço predatório e que essa conduta gere efeitos negativos sobre bem-estar.

Anexo Matemático

Proposição 1: Nenhum monopolista vendedor individual auferirá vantagens de natureza anti-concorrencial, caso envide um FPR de preço mínimo a seus revendedores.

Prova:

Assuma que a curva de demanda final do produto é a seguinte:

$$D(p) = 1 - p \quad (1)$$

Suponha que o monopolista no mercado upstream trabalha com custo marginal contante “c”, tal que $c < 1$

Seja “Lv” o lucro do monopolista upstream e “Lr” a soma dos lucros dos revendedores no mercado downstream. Primeiro, suponha que o vendedor e os revendedores tomam decisões isoladas de preços, ou seja, não há qualquer prática de FPR. Suponha que o único custo variável do revendedor seja o preço cobrado pelo vendedor (pw).

Primeiro, suponha que os revendedores estão agindo em concorrência perfeita entre si. Nesse caso, a condição de equilíbrio é preço igual a custo marginal na revenda:

$$p(\text{preço na revenda}) = p_w (\text{preço do vendedor}) \quad (2)$$

Substituindo em (1)

$$D(p) = 1 - p_w \quad (3)$$

Assim, o lucro de cada revendedor será:

$$Lr = (1-pw)*(p-pw) = 0 \quad (4)$$

O problema do vendedor monopolista será o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c)(D(p))] \quad (6)$$

pw

Substituindo (3) em (6), o problema do vendedor será o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c) (1-pw)] \quad (7)$$

pw

$$pw = (1+c)/2 = p \quad (8)$$

Substituindo (8) em (3):

$$D(p) = 1 - (1+c)/2 = (1-c)/2 \quad (9)$$

O lucro do vendedor será o seguinte:

$$Lv = ((1-c)/2)*((1-c)/2) = (1-c)^2/4 \quad (10)$$

Agora suponha que o vendedor monopolista introduza um FPR de preço mínimo p^* de forma que:

$$p^* = pw + e \quad (11)$$

sendo $1-pw > e > 0$.

Substituindo em (1) temos o seguinte:

$$D(p) = 1 - p^* = 1 - pw - e = 1 - (1+c)/2 - e = (1-c-2e)/2 \quad (3')$$

obs: $D(p) \geq 0$ o que gera, por hipótese, que $0 < e < 1-pw$. De outra forma, o FPR geraria uma demanda negativa, o que não faz sentido econômico.

O problema do vendedor monopolista será:

$$\text{Max} [(pw^*-c)(D(p))] \quad (6)$$

pw^*

Substituindo (3') em (6):

$$\text{Max} [(pw^*-c)(1-pw^*-e)] \quad (12)$$

pw^*

$$pw^* = (1+c-e)/2 \quad (13)$$

Veja que como $1+c > 1-pw > e$, o que garante não termos um preço negativo. Assim, o novo lucro do monopolista com FPR de preço mínimo será:

$$Lr' = (1 - (1+c-e)/2 - e) * [(1+c-e)/2 - c] = (1-c-e)^2/4 < (1-c)^2/4 = Lr$$

Ou seja, qualquer iniciativa do monopolista vendedor de impor um FPR de preço mínimo sobre os seus revendedores reduz o seu lucro, o que não é racional ficando provada a proposição.

Anexo 2 -

Proposição 2: Todo Monopolista no mercado upstream terá algum interesse em realizar um FPR de preço máximo no mercado downstream, caso seus revendedores tenham algum

poder de mercado que faça os preços de revenda superiores ao que seria dado ao nível de concorrência perfeita na revenda. (PS: supondo que os consumidores preferem, no trecho relevante da curva de demanda, preços menores a atendimento melhor - Ver seção III.2). Se os revendedores já estiverem se comportando de acordo com concorrência perfeita na revenda, a introdução do FPR máximo será inócua para o monopolista upstream.

Prova:

Suponha o caso em que os revendedores estão agindo coordenadamente ou existe apenas um revendedor monopsonista e monopolista na revenda que escolhe sua regra de preços: Supondo as mesmas hipóteses de custo marginal constante do(s) revendedor(es) igual a p_w e a mesma curva de demanda, o seu problema será o seguinte:

$$\text{Max}_p [(p-p_w)(D(p)) \quad (2'')$$

p

Substituindo (1) em (2'')

$$\text{Max}_p [(p-p_w)(1-p)) \quad (2''')$$

p

$$p = (1+p_w)/2 \quad (3'')$$

Substituindo em 1, obtemos:

$$D(p) = q = (1-p_w)/2 \quad (4'')$$

O lucro do revendedor será o seguinte:

$$L_r = [(1-p_w)/2]^2 \quad (5'')$$

O problema do vendedor passa a ser o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c)(D(p))] \quad (6'')$$

pw

Substituindo (4'') em (6''), o problema do vendedor será o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c)(1-pw)/2] \quad (7'')$$

pw

Assim,

$$pw = (1+c)/2 \quad (8'')$$

Substituindo para “p” em “3''”, temos o seguinte:

$$p = (((1+c)/2)+1)/2 = (3+c)/4 \quad (9'')$$

$$q = 1 - (1+2+c)/4 \quad (10'')$$

Agora vamos supor que o vendedor e os revendedores agem integrados através de uma prática de FPR. Nesse caso, a variável de escolha do vendedor não é mais Pw, o preço cobrado do revendedor, mas “P”, o preço do revendedor que agora supõe-se estar sob o seu poder. Assim:

$$\text{Max } [(p-c)(1-p)] \quad (11'')$$

p

Dessa forma:

$$p = (1+c)/2 \quad (12'')$$

Observe que 12'' é exatamente a mesma expressão de (8) que era a regra de fixação de preços dos revendedores em concorrência perfeita sem FPR. O exercício relevante agora é comparar o preço sem FPR em 9'' e o preço com FPR em 12''. É importante estabelecer qual a condição para que o preço com FPR seja maior do que sem FPR, o que implicaria redução de bem estar para o consumidor com a prática:

Seja o preço final sem FPR igual a PSFPR e o preço com FPR igual a PCFPR. Assim:

$$PSFPR = (3+c)/4$$

$$PCFPR = (1+c)/2$$

Para que $PCFPR > PSFPR$

$$(1+c)/2 > (3+c)/4$$

$$2(1+c) > (3+c)$$

$$c - 1 > 0$$

$$c > 1$$

No entanto, nossa hipótese inicial era de que $c < 1$. Ou seja, $PSFPR > PCFPR$ e a prática do FPR ótimo para o monopolista upstream reduz os preços praticados pelo(s) revendedor(es) se estes estiverem acima do preço de concorrência perfeita¹⁶. Observe que o

¹⁶ Observe-se que não poderia ser de outra forma pois a expressão dos lucros são as seguintes:

monopolista upstream pode, nesse modelo, tanto estabelecer o FPR com preço máximo como o FPR preço fixo nesse valor. Isso porque como não faria sentido os empresários no mercado downstream fixarem um preço abaixo do custo marginal, o resultado seria o mesmo.

Assim, sendo $c < 1$, por hipótese, a prática de FPR preço máximo ou fixo gera um preço menor e quantidades maiores, gerando aumento do bem-estar do consumidor.

Bibliografia

Gellhorn, E., Kovacic, W.E.: “Antitrust Law and Economics”. Fourth Edition . West Publishing Co 1994.

Hovenkamp, H.: “Antitrust” . Black Letter Series West Publishing Co 1993.

Mas-Colell, A., Whinston, M.D, and Green, J.R: “Microeconomic Theory”. Oxford University Press, 1995.

$$L_{msrpm}(\text{Lucro do vendedor upstream sem RPM}) = (1-c)^2/8$$

$$L_{csrpm}(\text{Lucro do revendedor monopolista sem RPM}) = (1-c)^2/16$$

$$L_{cmccrpm}(\text{Lucro do vendedor mais revendedor com RPM}) = (1-c)^2/4$$

Ou seja, se $c > 1$, que é a condição para que o preço final com RPM seja maior que sem RPM, então os lucros são negativos, o que não é uma hipótese desejável.

Supreme Court of The United States: “State oil Comunidade v. Khan et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit”. November, 1997.

Tirole, J: “The Theory of Industrial Organization”. The MIT Press. 1988.

Tom, W.K.: Vertical Price Restraints. www.usdoj.gov . April, 1994.

Viscusi, W.K., Vernon, J.M., Harrington, J.E.: “Economics of Regulation and Antitrust”. Second Edition The MIT Press. 1995.

Boulton-W.F.R.: Resale Price Maintenance Reexamined: Monsanto v. Spray-Rite(1984). In “The Antitrust Revolution”. Kwoka. 1994.

