

LICITUDE CONCORRENCIAL DE POLÍTICAS DE PREÇOS MÍNIMOS ANUNCIADOS

*Paulo Leonardo Casagrande, Ana Paula Paschoalini,
, Caroline Guyt França,
Danilo Henrique Zanichelli*

Resumo: O presente artigo examina os principais aspectos concorrenciais de prática conhecida na literatura estrangeira como *minimum advertised pricing* (“MAP”), ou política de *preços mínimos anunciados* (“PMA”), consistente na definição, por um dado fabricante, dos preços mínimos a serem anunciados por seus revendedores para produtos de sua fabricação. Tendo em vista aspectos considerados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) em consulta recente envolvendo política de PMA, bem como em decisões envolvendo a prática correlata de fixação de preços de revenda (“FPR”), serão apresentados fatores relevantes para a avaliação da licitude concorrencial dessa possível estratégia de distribuição de produtos industrializados.

Palavras-chaves: direito concorrencial, condutas verticais, políticas de preços mínimos anunciados, varejo *online*, fixação de preços de revenda, eficiências econômicas, riscos à concorrência, ilicitude *per se*, regra da razão.

Abstract: This paper aims at evaluating the main antitrust aspects of the commercial practice known abroad as *minimum advertised pricing* (“MAP”), consisting of the definition by manufacturers of the minimum prices to be advertised by retailers for its products. Given the aspects recently taken into account by the Administrative Council for Economic Defense (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica* - “Cade”) in a consultation about MAP, as well as precedents involving the related practice known as resale price maintenance, this paper presents relevant factors to be considered in the assessment of the antitrust lawfulness of this possible strategy for the distribution of manufactured goods.

Keywords: *antitrust, vertical restraints, minimum advertised pricing, e-commerce, resale price maintenance, economic efficiencies, antitrust risks, per se illegality, rule of reason.*

1. Introdução

Em 22 de outubro de 2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) teve a oportunidade de avaliar e se manifestar sobre política comercial de um determinado fabricante de pneus, consistente no estabelecimento de regras e parâmetros a respeito de preços anunciados por seus revendedores – prática conhecida como *política de preços mínimos anunciados* (“PMA”) ou, como denominada pela literatura estrangeira, *minimum advertised pricing* (“MAP”).

Isso se deu no contexto da apreciação da Consulta n.º 08700.004594/2018-80, submetida pela fabricante de pneus Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. ao Cade (“Consulta da Continental”).¹ Na ocasião, o Tribunal Administrativo do Cade foi instado a se manifestar sobre a legalidade de política de anúncios de preços que a Continental pretendia colocar em prática. Pelo que se pode depreender da versão pública dos documentos disponibilizados pelo Cade sobre esse caso, era do interesse da empresa avaliar se, à luz da legislação antitruste pátria, seria possível proibir revendedores de pneus de sua fabricação de anunciar preços inferiores a patamares pré-estabelecidos e, em caso de inobservância desses patamares, suspender o fornecimento de seus produtos. O objetivo da fabricante seria controlar apenas os anúncios públicos feitos pelos revendedores: estes continuariam livres para negociar o preço efetivo de venda com cada cliente.

O Tribunal do Cade concluiu, por maioria, que, mantidos esses termos, a política poderia ser implantada. Isso porque a fabricante contava com uma participação de mercado inferior a 20% (patamar legal para a presunção de poder de mercado, cf. art. 36, § 2º da Lei n.º 12.529, de 30.11.2011), o que foi considerado suficiente para demonstrar a ausência de detenção de poder de mercado pela fabricante de pneus. Dois outros pontos relevantes considerados pelo Cade foram i) o fato de a política ter sido idealizada e desenvolvida unilateralmente pela fabricante, sem envolvimento

¹ Consulta n.º 08700.004594/2018-80. Requerente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. Julgamento: 16.10.2018. Publicação no DOU: 22.10.2018.

de revendedores; e ii) a inexistência de discriminação entre os diferentes revendedores.

Apesar de a maioria do Tribunal ter acompanhado voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier, a então Conselheira do Cade Cristiane Alkmin divergiu desse entendimento, por entender que o espaço para negociações individuais com o consumidor é pequeno no caso de grandes revendedores, e o preço anunciado costuma ser exatamente igual ao praticado. Para Alkmin, os efeitos práticos de políticas de PMA seriam muito semelhantes aos de fixação de preços mínimos de revenda, sendo que *“qualquer política de preço mínimo obrigatória a um certo conjunto de competidores (no caso, revendedores de sua marca) deveria ser considerada pelo Cade (sinalizando inequivocamente ao mercado) como sendo per se condenável.”*

Em resumo, a Consulta da Continental reacendeu debate sobre os critérios para avaliação da licitude concorrencial de práticas verticais que influenciem ou mesmo determinem os preços de revenda de bens e serviços, o qual ocorrera de maneira intensa no âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.001271/2001-44 (conhecido como *“Caso SKF”*), julgado cinco anos antes, em 2013.² Este se tornou paradigmático na prática decisória do Cade, ao estabelecer presunção de *ilicitude* da prática de fixação de preços de revenda (*“FPR”*), impondo ao agente econômico ônus de prova quanto à ausência de potencialidade de danos à concorrência em caso de adoção de tal política comercial. Trata-se de caso que gerou discussões importantes no Tribunal do Cade, tendo sido decidido também por maioria (5 votos a 2). Ademais, conforme relatos da mídia especializada, a decisão foi contestada judicialmente, havendo decisões favoráveis à empresa condenada.³

É sob tal contexto que se pretende examinar de maneira mais aprofundada, neste breve trabalho, as possíveis justificativas econômicas e parâmetros jurídicos para a avaliação de políticas comerciais que contenham

² Processo Administrativo n.º 08012.001271/2001-44. Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania/PROCON-SP. Representada: SKF do Brasil Ltda. Julgamento: 30.01.2013. Publicação no DOU: 22.02.2013.

³ REGO, Ana Rita. *SKF wins Brazilian court challenge over minimum pricing*. MLex, 2015. Disponível em: <<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=681538&siteid=203&rdir=1>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

características de PMA, mesmo quando adotadas por empresas que possuam participação de mercado acima do patamar de 20% previsto em lei para presunção de poder de mercado.

O presente trabalho está organizado em quatro capítulos, incluindo esta Introdução. No Capítulo II, será feita breve análise do contexto jurisprudencial em que se deu a decisão do Cade sobre a Consulta da Continental, com destaque para as decisões da autoridade envolvendo FPR. Já no Capítulo III, empreende-se avaliação sobre eventuais riscos de efeitos anticompetitivos e possíveis justificativas econômicas para políticas comerciais de PMA, tendo em conta fatores identificados na literatura e prática decisória estrangeiras. Por fim, no Capítulo IV, apresentamos, a título de conclusão, possíveis parâmetros a serem considerados no Brasil para apreciação da licitude concorrencial da adoção de práticas que envolvam PMA.

2. Prática decisória do Cade sobre condutas verticais referentes a preços: relações entre PMA e FPR

A Consulta da Continental é o primeiro precedente, no âmbito da Lei n.º 12.529/2011, em que o Tribunal do Cade avaliou e se posicionou especificamente sobre a gestão de anúncio de preços de revenda de um produto pelo seu fabricante.

Não obstante, a jurisprudência do Cade sobre FPR, que contém mais precedentes, traz parâmetros úteis para a identificação critérios considerados relevantes para avaliação de casos que, em abordagem mais abrangente, envolvam restrições verticais baseadas em preço. Um bom resumo sobre a orientação atual do posicionamento do Cade pode ser extraído do estudo elaborado este ano pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ou Económico (“OCDE”) sobre a política de defesa da concorrência no Brasil:

“A prática de fixação dos preços de revenda (*resale price maintenance* - RPM) é tratada de forma diferente depois da decisão do Cade em 2013 de condenar a fabricante de autopeças SKF por determinar preço mínimo de revenda. Como resultado dessa decisão, a prática de RPM é hoje considerada ilícita, a não ser que

os representados sejam capazes de provar suas eficiências econômicas. Assim, a prática será considerada infração independentemente da duração (no caso mencionado, os distribuidores seguiram ordens por apenas sete meses) e de os distribuidores terem efetivamente seguido os preços mínimos.”⁴ (grifo nosso).

A atual orientação do Cade tem pontos semelhantes à diretriz que vem sendo adotada pelas autoridades concorrenciais da União Europeia. Em linhas gerais, estas consideram a definição dos preços *mínimos* ou *rígidos* por meio de acordos verticais como “restrição severa à concorrência”, atribuindo aos agentes econômicos envolvidos o ônus de demonstrar, de forma robusta, que a prática se enquadra na excludente de ilicitude prevista pelo art. 101(3) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFEU”) e que, portanto, não pode ser considerada ilícita⁵.

As preocupações concorrenciais com a prática de FPR concentram-se na possível facilitação do alinhamento de preços entre concorrentes em segmento a jusante (*downstream*), *i.e.* entre diferentes varejistas que revendam produtos de uma mesma marca; ou mesmo a montante (*upstream*), entre fabricantes rivais que precisam controlar o preço de revenda para assegurar o cumprimento de arranjo feito à montante. Isso porque políticas

⁴ OCDE (2019), *Revisão por Pares da OCDE sobre legislação e Política de Concorrência: Brasil – 2019*, p. 81. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em 01.09.2019.

⁵ No âmbito da União Europeia, como regra, toda forma de acordo ou prática concertada entre diferentes agentes econômicos será considerada ilícita se capaz de causar impacto sobre o livre comércio entre os países-membros da União Europeia; e se tiver por objeto ou tiver o efeito de impedir, restringir ou distorcer a concorrência no mercado comum (art. 101(1) do TFEU). De acordo com o art. 101(3) do TFEU, a regra prevista no art. 101(1) não será aplicável se a prática contribuir para a melhora na produção ou distribuição de mercadorias, ou para o progresso técnico ou econômico, ao mesmo tempo em que trazer benefícios aos consumidores; e desde que não imponha restrições que não sejam indispensáveis para o alcance desses resultados, e não possibilite a eliminação de parcela substancial da concorrência. A Resolução n.º 330/2010 da Comissão Europeia regulamenta a forma de aplicação do art. 101(3) do TFEU a acordos verticais.

de PMA podem servir como ferramenta para o monitoramento de um acordo de preços entre rivais, ou como mecanismo facilitador para comportamento comercial uniforme entre concorrentes.⁶ Esse risco será tanto maior quanto menor for a autonomia do varejista para negociar preços distintos dos anunciados.

No Brasil, como destacado pela OCDE, a decisão do Tribunal do Cade no Caso SKF se tornou paradigmática em matéria de restrições verticais baseadas em preço e, mais precisamente, de ações comerciais baseadas na fixação de preços de revenda. Em resumo, o Tribunal do Cade reviu a orientação que, até então, prevalecia em casos dessa natureza, ao estabelecer a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda, invertendo o ônus de prova da ausência de potencialidade de dano à concorrência – seja por meio de demonstração de *ausência de poder de mercado*, seja por meio de provas de que as *eficiências econômicas* decorrentes diretamente da conduta se sobrepõem aos riscos concorrenciais a ela associados.

Em precedente mais recente, envolvendo empresa do setor de equipamentos de mergulho e que foi encerrado por meio de Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) homologado em 2016 (Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo n.º 08700.006543/2015-40 – “Caso Seasub”),⁷ a Superintendência-Geral do Cade reiterou o rigor da autoridade antitruste na análise de ações comerciais baseadas em FPR. Isso ocorreu mesmo sendo tal conduta avaliada sob a *regra da razão*, *i.e.* após ponderação

⁶ Veja-se, a esse respeito: AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*. pp. 117-121, 2016; ASKER, JOHN, BAR-ISAAC, HESKI, *Vertical Information Restraints: Pro- and Anti-Competitive Impacts of Minimum Advertised Price Restrictions*, NBER Working Paper N.º. 22771, 2016; PASSO, ALEXANDER I., *Internet Minimum Advertising Pricing Policies: Why Manufacturers Should Be Wary When Implementing*, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLVIII: 795, pp. 810-822, 2015.

⁷ Procedimento Preparatório n.º 08700.006543/2015-40. Representante: Sr. Jose Fernando Ricciarelli Aguilar. Representada: Seasub Artigos Esportivos Ltda.. O Requerimento de TCC n.º 08700.006361/2017-31 foi homologado pelo plenário do CADE em 31.10.2016. Em sessão de julgamento de 07.02.2018, o TCC foi declarado cumprido pelo CADE e o Procedimento Preparatório n.º 08700.006543/2015-40 foi arquivado. Publicação no DOU: 16.02.2018.

entre as restrições à concorrência, de um lado, e as possíveis eficiências econômicas derivadas da prática, de outro.

Nesse contexto de rigidez no tratamento ao FPR se deu a avaliação da Consulta da Continental, sobre PMA. Note-se ser usual a associação de PMA à prática de FPR⁸. A semelhança entre as duas práticas foi, inclusive, apontada pelo próprio Conselheiro Paulo Burnier da Silveira em seu voto sobre a Consulta da Continental:

“25. As políticas de Preços Mínimos Anunciados se assemelham bastante a outras formas de restrições verticais que tradicionalmente são objeto de preocupação por parte das autoridades de defesa da concorrência. Considerando que, por meio da PMA [MAP], o agente econômico que atua no mercado a montante pretende impor restrições aos distribuidores atuantes no mercado a jusante, essa estratégia comercial se mostra bastante próxima a outras formas restrições verticais baseadas em preço, tais como as Fixações de Preço de Revenda (FPR) ou Sugestões de Preço de Revenda (SPR).

(...)

27. Apesar dos argumentos da Consulente, entendo que a política de preços mínimos anunciados guarda bastante similitude com as estratégias de fixação ou sugestão de preços de revenda. Isso porque, ainda que a imposição unilateral da Consulente não recaia sobre o preço efetivamente praticado, há um claro direcionamento nesse sentido, ainda que de natureza sugestiva. Além disso, embora a Política permita a realização de descontos, no item 5 da Minuta da PMA, prevê-se que os preços líquidos por item não poderão ser inferiores aos preços estabelecidos pela Consulente, o que denota a ideia de um preço mínimo referenciado para fins de revenda.” (grifo nosso)

Nada obstante, o Conselheiro Paulo Burnier afirmou, no mesmo voto, que “ainda que se entenda que as restrições verticais baseadas em preço ostentem uma presunção *iuris tantum* de ilicitude, tal presunção pode ser afastada caso o investigado logre demonstrar a inviabilidade da produção de dano concorrencial por inexistência de poder de mercado, seja este unilateral ou coordenado”.

⁸ Nesse sentido, vide AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Antitrust Law and Economics of Product Distribution.*, pp. 118 e 119, 2016.

No caso então sob análise, o Relator acabou por concluir ter sido a consulente capaz de demonstrar que tanto ela quanto os revendedores abrangidos pela sua política de PMA não deteriam poder de mercado, a partir de dados de mercado que indicariam (i) que sua participação no mercado a montante e a participação conjunta dos varejistas no mercado a jusante estavam abaixo do 20%; e (ii) que os índices de concentração dos mercados a jusante e a montante não eram elevados.

Outros dois pontos foram considerados pelo Relator em sua análise: o fato de a política de PMA ter sido desenvolvida unilateralmente pela fabricante de pneus, sem interferência ou pressão dos revendedores (o que poderia caracterizar iniciativa destes para coordenar aspectos de seu respectivo mercado); e a inexistência de diferenciação entre revendedores, na medida em que a política de PMA obrigaria todos os revendedores da Continental no território nacional, tanto no varejo físico (offline) quanto eletrônico (online).

Por conta desses fatores, foi proferido voto pela licitude concorrencial da política sob consulta, acompanhado pela maioria dos demais Conselheiros. Todavia, a Conselheira Cristiane Alkmin divergiu, ao considerar que a política da Continental deveria ser considerada conduta per se condenável, por se tratar de imposição coercitiva de tabela de preços anunciados aos revendedores, prática que produziria efeitos semelhantes aos decorrentes da fixação de preços de revenda, sobretudo no varejo online – em que não haveria possibilidade de barganha direta entre vendedor e consumidor final.

Essa breve análise da prática decisória da autoridade antitruste brasileira deixa claro que, no Brasil, ainda há diversos aspectos que não estão totalmente consolidados na avaliação de práticas verticais envolvendo preços. Tanto no Caso SKF quanto na Consulta da Continental, o Tribunal do Cade não adotou decisões unânimes, e em ambos os casos houve discussões importantes sobre os critérios para aferição de licitude para práticas de RPM e PMA, respectivamente.

Ante esse quadro, convém investigar quais são as possíveis justificativas aceitáveis para conferir licitude concorrencial a políticas de PMA, mesmo que sejam adotadas por empresas que detenham participação de mercado superior a 20%. De fato, como apontado pelo Cade tanto no Caso SKF quanto na Consulta da Continental, presunções de ilicitude envolvendo condutas verticais relacionadas a preço são relativas, e podem ser afastadas

caso eventuais efeitos restritivos sejam justificáveis por eficiências econômicas que beneficiem os consumidores. Este é objeto da próxima parte deste trabalho.

3. Aspectos concorrenciais de políticas de PMA: riscos e justificativas

Em primeiro lugar, deve-se desde logo destacar que políticas de PMA são menos restritivas que as de FPR. No caso de fixação de preços revenda, o que se tem é a determinação, pelo fabricante ao varejista, dos preços que deverão ser adotados na venda de seus produtos ao consumidor final, sob pena de sanções contratuais. Já em políticas de PMA, o fabricante estabelece, também de forma coercitiva, parâmetros que devem ser respeitados pelo varejista para o *anúncio* dos preços de seus produtos no mercado, mas é respeitada a autonomia do varejista para negociar o preço efetivo de venda com seus clientes finais.

Assim, embora a prática de PMA suscite algumas preocupações semelhantes àquelas associadas à fixação de preços de revenda (*i.e.*, possível coordenação entre fabricantes *upstream* e entre revendedores *downstream*), elas devem, necessariamente, ser menores, por conta das próprias características da conduta comercial em questão. Evidentemente, o grau de preocupação pode ser maior ou menor a depender das peculiaridades do mercado em que a conduta é adotada.

Ademais, ainda que haja certas apreensões com os possíveis efeitos anticompetitivos associados a políticas de PMA, tais condutas podem ser justificadas por propósitos econômicos legítimos – tal como ocorre com outras práticas verticais referentes a preços.

Uma possível justificativa para a influência do fabricante na política de anúncios dos varejistas é a necessidade de reposicionar um determinado produto ou marca no mercado, a fim de competir de maneira mais efetiva com produtos concorrentes. A esse respeito, a literatura especializada sobre restrições verticais baseadas em preço reconhece que a definição pelo fabricante de parâmetros para a precificação de um determinado produto ou marca na revenda pode ser forma eficiente para melhorar sua imagem ou reputação no mercado.⁹

⁹ Veja, a esse respeito, literatura específica sobre FPR: TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n.º 1, pp. 170-184, 1916;

O mesmo tipo de prática também pode ser alternativa para assegurar que um maior número de varejistas ou que revendedores estratégicos invistam na prestação de melhores serviços ao consumidor e na promoção da venda desse produto ou marca, sem correr o risco de que concorrentes oportunistas capturem o consumidor por meio de preços mais baixos, que somente são praticáveis por quem não empreenda esforços semelhantes (*i.e.*, risco de *free-riding*). Essa é, inclusive, uma das possíveis justificativas econômicas para a fixação de preços de revenda – que, como visto acima, é mais restritiva à concorrência que políticas de PMA.

No caso de fixação de preços de revenda, um dos pioneiros na associação dessa prática ao combate ao *free-riding* na revenda foi TELSER, professor da Universidade de Chicago, cuja obra é referência na análise do tema. Tal autor buscou demonstrar, ainda na década de 1960, que o estímulo à prestação de serviços especiais ao consumidor final e o combate ao *free-riding* podem ser justificativas econômicas importantes para a fixação de preços de revenda.¹⁰

Na mesma linha de TELSER, POSNER analisou, dez anos depois, as principais decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o assunto e constatou não haver justificativas sólidas para tratar a fixação de preços de revenda como um ilícito *per se* – regra então vigente no país. Tal autor procurou demonstrar que a fixação de preços de revenda pode ser importante para estimular a rivalidade na revenda via serviços e também para combater o oportunismo por parte de alguns revendedores, que podem preferir não investir em serviços ao consumidor, mantendo seus preços baixos, e pegar carona com aqueles que os prestam¹¹.

OVERSTREET JR., Thomas R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, 1983; MARVEL, H. P.; MACCAFFERTY, S. Resale Price Maintenance and Quality Certification. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, n.º 3, pp. 346-359, 1984.

¹⁰ TELSER, L. G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? *The Journal of Law & Economics*, v. 3, pp. 91-92, 1960.

¹¹ Veja, a esse respeito: “*The reason is that some retailers will prefer to provide no services and instead take a “free ride” on those retailers who do. Let dealer A provide the elaborate showroom, demonstration and other services that consumers demand and raise his price to cover the costs of the services. Dealer B, rather than provide any services, can suggest to his customers that they first utilize A’s services to pick the model they want and then return to B for the*

Outra possível justificativa para restrições verticais baseadas em preço é a proteção da imagem e reputação de um determinado produto ou marca. Preços baixos não implicam necessariamente aumento da demanda. A literatura norte-americana reconhece que, em determinados mercados, preços mais altos tendem a ser associados pelo consumidor a níveis mais elevados de qualidade. Há ainda mercados em que a atração do consumidor está intimamente relacionada ao fato de o produto estar fora do alcance da maioria das pessoas: é o caso dos mercados de luxo, como já havia constatado pioneiramente por TAUSSIG em 1916:

“If diamonds were to become very plentiful and very cheap, it is probable that people would buy not more of them than now, but less. The brilliant stones would no longer suggest a handsome income or yield that inner satisfaction which comes, by association of ideas, from the possession of the rare and the precious.”¹²

OVERSTREET JR. é um dos autores que consideram a gestão de preços de revenda por fabricantes como instrumento que pode ser útil para proteção reputacional. O exemplo por ele apontado é o de garantia de oferta de um determinado produto ou marca em pontos de venda que se destaquem no mercado pela qualidade dos produtos e serviços ofertados: nesse caso, a mera disponibilidade de um produto ou marca nesses pontos de venda pode

*purchase. B can offer a lower price than A since he does not incur the expenses that A incurs in providing services. Faced with B's lower-priced competition, A will eventually stop providing services (or provide fewer of them), and the manufacturer's desire for point-of-sale services will be frustrated. Although the free-riding problem could be eliminated by A's charging separately for point-of-sales, it should be obvious why the manufacturer might not consider an admission fee to a dealer's showroom a satisfactory alternative to a minimum retail price, which eliminates the incentive for free riding by preventing B from undercutting A.” (POSNER, R. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, p. 149, 1976)*

¹² TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n.º 1, pp. 170-184, 1916.

contribuir para sua reputação¹³. É o que também defendem AREEDA, KAPLOW, EDLIN¹⁴ e HOVENKAMP¹⁵.

A imagem que o consumidor tem desses pontos de venda geralmente foi construída por meio de investimentos substanciais na organização e decoração das lojas, em seu time de vendas e em propaganda e *marketing*. Pode não ser do interesse desse tipo de revendedor manter, em suas prateleiras, produtos que possam ser facilmente encontrados a preços mais baixos em outros varejistas concorrentes; isso porque é de se esperar, nessa hipótese, que esses outros varejistas peguem carona nos investimentos realizados pelos primeiros e atraiam os consumidores pela sua capacidade de oferecer descontos e realizar promoções. Nesse caso, seja por meio da fixação dos preços de revenda, seja por meio da prática de PMA, o fabricante tem maior segurança de que seu produto estará disponível em pontos de venda capazes de estimular sua demanda; e o consumidor, a garantia de que encontrará o produto em estabelecimentos confiáveis.

A tais considerações de ordem teórica e doutrinária quanto a justificativas para restrições verticais referentes a preços, é pertinente conjugar alguns aspectos relevantes de precedentes de autoridades estrangeiras envolvendo PMA, que, assim como no Brasil, também são escassos. Neste ponto, destaque-se que, em alguns casos, é feita a diferenciação entre i) programas em que somente é exigido do varejista anúncios que respeitem um preço mínimo (PMA); e ii) programas em que o fornecedor custeia ou reembolsa despesas com propagandas realizadas pelo

¹³ “*If certain stores are believed by consumers to have a comparative advantage in following fashion trends, availability in these outlets can ‘showcase’ a supplier’s product and may signal consumers that these products are indeed fashionable or ‘in’. If consumers can shop in these stores, utilize the signal, and purchase elsewhere from a discounter, a free-rider potential exists.*” (OVERSTREET JR., T. R. *Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*. Bureau of Economics, Federal Trade Commission, 1983, pp. 60-61).

¹⁴ AREEDA, P.; KAPLOW, L.; EDLIN, A. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

¹⁵ HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 4. ed. Hornbook Series, Minnesota: West Publishing Co., pp. 498-502, 2011.

varejista, por vezes em troca de restrições relacionadas aos preços anunciados (*Cooperative Advertising Programs*)¹⁶.

Para ilustrar, a *Federal Trade Commission* (“FTC”), órgão antitruste dos Estados Unidos, disponibiliza, em sua própria página eletrônica, orientações específicas sobre políticas que envolvam o custeio de anúncios pelo fornecedor:

“A lei permite ao fornecedor discricionariedade considerável ao estruturar os termos e condições para propaganda que este ajuda a financiar. O fornecedor oferece estes programas promocionais para melhor competir com os produtos de outros fornecedores. Há poucas situações onde estes programas podem causar um efeito irrazoável nos preços. Por exemplo, a FTC investigou as “Políticas de Divulgação de Preços Mínimos” (“Minimum Advertised Price” - MAP policies, em inglês) de cinco grandes distribuidoras de música pré-gravada [CDs] porque estas eram irrazoáveis em seu alcance: proibiam anúncios de preços com descontos, mesmo que o varejista tenha pago pelos anúncios com seu próprio dinheiro; eram aplicáveis a propaganda dentro dos estabelecimentos; e uma única violação ensejaria a obrigação do varejista de pagar uma multa por todas as suas lojas por até 90 dias. O FTC julgou que estas políticas, ativas em mais de 85% das vendas, eram irrazoáveis e impediam varejistas de divulgar descontos em discos e CDs. Problemas envolvendo a disponibilização de verba para propaganda podem se tornar uma preocupação menor, conforme a adaptação, por parte dos fornecedores, a novos padrões que permitam maior influência direta nos preços de revenda.”¹⁷ (grifo nosso)

¹⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*. pp. 117 e 118, 2016.

¹⁷ No original: “A: The law allows a manufacturer considerable leeway in setting the terms for advertising that it helps to pay for. The manufacturer offers these promotional programs to better compete against the products of the other manufacturers. There are limited situations when these programs can have an unreasonable effect on price levels. For instance, the FTC challenged the Minimum Advertised Price (MAP) policies of five large distributors of pre-recorded music because the policies were unreasonable in their reach: they prohibited ads with discounted prices, even if the retailer paid for the ads with its own money; they applied to in-store advertising; and a single violation required the retailer to forfeit funds for all of its stores for up to 90 days. The

Não obstante, apesar dessa diferenciação, precedentes norte-americanos indicam que as cortes nos Estados Unidos tendem a analisar políticas de PMA sob a regra da razão, independentemente de haver ou não o custeio pelo fornecedor das despesas incorridas pelo varejista com propaganda¹⁸. É ilustrativo, nesse sentido, o caso *Campbell v. Austin Air Systems*, em que a Corte Distrital do Distrito Oeste de Nova York (Western District of New York. U.S. District Court) afirmou que:

“Contudo, registre-se que esta Corte entende que o Acordo não impõe uma restrição irrazoável à concorrência sob a "regra da razão", tal qual disposta no caso *Sylvania*. 433 U.S. em 57-59, 97 S. Ct. 2549. Pela sua simples linguagem, a política de PMA na Internet da Austin restringe apenas o preço mínimo que o distribuidor poderia anunciar na internet. (...). Com respeito aos preços efetivos de venda, o Acordo explicitamente afirma que o distribuidor pode vender os Purificadores de Ar Austin por qualquer preço. (...). Dessa forma, esta Corte entende

FTC found that these policies, in effect for more than 85 percent of market sales, were unreasonable and prevented retailers from telling consumers about discounts on records and CDs. Issues involving advertising allowances may become of less practical concern as manufacturers adjust to new standards that allow more direct influence on retail prices.” Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-supply-chain/manufacture-imposed>. Acesso em 19.09.2019.

¹⁸ Nesse sentido: *Worldhomecenter.com, Inc. v. KWC America, Inc.* Case No. 10 Civ. 7781 (S.D.N.Y., 15.09.2011) (envolvendo uma política de preços mínimos anunciados na internet imposta por um fornecedor de torneiras e acessórios de cozinha); *Campbell v. Austin Air Systems, Ltd.* (W.D.N.Y. 29.09.2005) (envolvendo uma política de preços mínimos anunciados na internet imposta por um fornecedor de purificadores de ar); *Lake Hill Motors, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Jim Bennett Yacht Sales, Inc* (5th Cir., 13.04.2001) (envolvendo uma política de custeio de anúncios em que se constasse os preços sugeridos pelo fornecedor ou não informassem preços); *Holabird Sports Discounters v. Tennis Tutor Incorporated* (4th Cir., 07.05.1993) (envolvendo uma política de preços mínimos anunciados para publicações com circulação nacional ou regional imposta por um fornecedor de purificadores de ar).

que o Acordo em si não viola a Seção 1 do Sherman Act, nem constitui prova de um acordo vertical para fixar preços.”¹⁹

Já a autoridade antitruste do Reino Unido (*Competition and Markets Authority* – “CMA”) tem demonstrado maior desconfiança em relação à adoção de políticas de PMA, especialmente quando se trata de vendas *online*. Em 2016, a CMA multou fornecedores de equipamentos de *catering*²⁰ e de equipamentos sanitários²¹ pela imposição de PMA, concluindo que tal política teria produzidos efeitos semelhantes aos de FPR:

“Como estas empresas violaram a lei?

O CMA concluiu que impedir que varejistas divulguem ou vendam produtos online abaixo de determinado preço restringia sua liberdade de precificar vendas online e, portanto, se equipararia a Manutenção de Preço de Revenda (RPM, em inglês) ilegal com relação às vendas online.”²²

Esse precedente estrangeiro chama a atenção para aspecto levantado pela Conselheira Cristiane Alckmin em seu voto divergente na Consulta Continental: no comércio eletrônico, por conta das peculiaridades das transações em lojas próprias e marketplaces, pode ser difícil ao varejista

¹⁹ *Campbell v. Austin Air Systems, Ltd.* (W.D.N.Y. 29.09.2005). No original: “For the record, however, this Court finds that the Agreement does not impose an unreasonable restraint on competition under the “rule of reason” set forth in *Sylvania*. 433 U.S. at 57-59, 97 S. Ct. 2549. By its plain language, Austin’s Internet MAP policy restricts only the minimum price for which a dealer could advertise on the Internet. (Domon Aff., Exh. A, ¶ 4(f)). With respect to actual sales pricing, the Agreement explicitly states that a dealer may sell Austin Air Cleaners for any price. (Domon Aff., Exh. A, ¶ 3(f)). As such, this Court finds that the Agreement itself does not violate Section 1 of the Sherman Act, nor does it constitute proof of a vertical agreement to fix prices.”

²⁰ Case CE/9856-14, CMA.

²¹ Case CE/9857-14, CMA.

²² No original: “*How did these businesses break the law? The CMA found that preventing retailers from advertising or selling products online below a certain price restricted their freedom to set the price for online sales and, therefore, amounted to illegal RPM in relation to online sales.*” Disponível em <https://www.gov.uk/government/case-studies/resale-price-maintenance-case-studies>. Acesso em 19.09.2019.

implementar, na prática, descontos, de forma a que o preço final dos produtos seja diferente do preço anunciado. Ademais, os preços anunciados nos canais online também são frequentemente utilizados por algoritmos para precificação de produtos concorrentes.²³ Desse modo, a depender das características do mercado, políticas de PMA que abranjam o comércio eletrônico podem provocar um efeito em cadeia mais significativo. Isso é particularmente relevante no Brasil, onde o Cade recentemente apontou que restrições verticais no comércio eletrônico são fonte de preocupações concorrenciais.²⁴

4. Conclusão

Por todo o exposto no presente artigo, e em conclusão a este trabalho, é possível identificar alguns possíveis parâmetros para a avaliação da licitude concorrencial de políticas de PMA no Brasil.

Em primeiro lugar, políticas dessa natureza deveriam ser presumidas lícitas, sempre que sua elaboração e implementação se deem, de forma unilateral, por fabricante que não detenha participação de mercado igual ou superior a 20%; e que a política se destine a revendedores que, em conjunto, também não extrapolem o patamar de 20% de participação de mercado. A presunção de legalidade, nessa hipótese, se justifica pelas seguintes razões:

- i. pela ausência de poder de mercado por parte do fabricante e dos revendedores, o que, com base no art. 36, § 2º, da Lei n.º 12.529/2011, pode ser presumido;
- ii. pela ausência de indícios de que a política de PMA seja mecanismo para assegurar a coordenação entre concorrentes

²³ Vide, a esse respeito: AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Ecosystemas digitais, Big Data e Algoritmos – Issues Paper*, pp. 48 e ss., 2019

²⁴ BRICS COMPETITION AUTHORITIES WORKING GROUP ON DIGITAL ECONOMY. *BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice*. Moscou, 2019, p. 29. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf>. Acesso em: 18.09.2019.

na revenda, já que a política foi estabelecida e implementada de forma unilateral pelo fabricante; e

- iii. pelo fato de políticas de MAP serem menos restritivas do que políticas baseadas em FPR.

Note-se que a presunção de legalidade, nessa hipótese, não significa que a prática não poderá ser considerada ilícita se, a partir de uma avaliação das circunstâncias específicas de cada caso, for constatada a potencialidade de dano à concorrência.

Feitas essas considerações, deve-se avaliar a hipótese em que o fabricante conta com participação de mercado superior a 20%. Nesse caso, a implementação de política unilateral de PMA deveria ser presumida ilícita? A nosso ver, não. Respeitados os parâmetros previstos no *Guia para Programas de Compliance* do Cade²⁵, a prática de PMA, nessa hipótese, somente deveria ser considerada ilícita se os efeitos restritivos a ela associados não puderem ser justificados por eventuais eficiências econômicas que dela possam decorrer. A diferença entre esta hipótese e a discutida anteriormente é que, no caso de fabricante com participação de mercado igual ou superior a 20%, deverá ser exigido dele um cuidado maior na implementação da prática e um papel mais expressivo na demonstração de que o efeito líquido sobre a concorrência é positivo: a nosso ver, essa é a interpretação mais consistente com a orientação estabelecida pelo Cade no Caso SKF, que – reitera-se – tratava de prática vertical ainda mais restritiva à concorrência do que a de PMA.

Ainda de acordo com o *Guia para Programas de Compliance* do Cade, uma vez constatado que o agente econômico detém participação de mercado superior a 20%, a análise da regularidade concorrencial da prática de PMA deveria cumprir duas etapas.

Na primeira delas, o foco estaria na identificação de eventuais **efeitos anticompetitivos** que possam decorrer da prática em questão e, nesse ponto, vale a observação de que os efeitos da prática de PMA podem variar conforme os canais de revenda aos quais essa prática é direcionada. Como exposto neste artigo, a depender das características específicas de cada caso e das condições associadas à prática, a definição de PMA para o canal *online*

²⁵ CADE (2016), *Guia para Programas de Compliance*, pp. 36-39. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em 20.09.2019.

pode produzir efeitos semelhantes aos decorrentes da fixação de preços de revenda, dado que a capacidade de barganha do consumidor no comércio eletrônico é mais limitada, assim como a variação entre preços anunciados e preços finais de venda²⁶. Já nos canais tradicionais de revenda, que usualmente fazem anúncios em veículos convencionais de comunicação (e.g., TV, jornais e revistas, rádio), preserva-se a possibilidade de negociação individual entre revendedor e consumidor, especialmente quando se tratam de bens de maior valor unitário, de modo que a diferença entre preços anunciados e preços efetivamente praticados na revenda tende a ser maior.

Ademais, deve-se também levar em consideração a abrangência da política. Caso envolvam revendedores que, em conjunto, representem menos de 20% do seu segmento, tal prática certamente possui menor potencial de afetar negativamente a competição.

Identificados os possíveis efeitos anticompetitivos relacionados à prática, deve-se passar à análise das eventuais justificativas econômicas, em termos de eficiência econômica e benefício aos consumidores finais, para a adoção da prática de PMA. Um ponto importante a ser considerado nessa etapa é a participação ou não do fabricante nos custos dos revendedores com

²⁶ “É nesse sentido que o Cade, em linha com as principais autoridades de concorrência em todo o mundo, tem buscado aplicar a chamada “regra da razão” em suas análises de condutas unilaterais. O mesmo vale para as restrições verticais, as quais podem apresentar efeitos positivos decorrentes, por exemplo, da redução de custos de transação, mas que, dependendo do mercado e da posição ocupada pelos agentes envolvidos, podem representar risco concorrencial. (...) [A]s políticas comerciais de empresas com posição dominante são tanto menos preocupantes quanto: a. Menor for sua duração; b. Menor for o percentual de vendas do mercado afetadas; c. Mais simples for a replicação de tal política por concorrentes igualmente eficientes; d. Menor for o potencial efeito anticompetitivo. (...) Via de regra, uma prática é tanto mais justificável quanto: a. Mais necessário e proporcional for seu aspecto restritivo (exclusividade, fidelização, venda em conjunto, etc.) para se obter os benefícios econômicos almejados, especialmente no que se refere à proteção de investimentos que viabilizem tais benefícios; b. Maiores forem os benefícios dos consumidores finais, especialmente em termos de menores preços, melhores produtos/serviços e maior inovação.” CADE, *Guia de Programas de Compliance*, 2016, p. 37-38, disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf, acesso em 01.07.2019.

anúncios. Na hipótese em que as despesas dos revendedores com publicidade e propaganda são arcadas, no todo ou em parte, pelo fabricante, é razoável que ele tenha certa ingerência na política de anúncios dos revendedores para assegurar a proteção dos investimentos realizados na divulgação do produto.

Isso não significa que inexista justificativa econômica legítima para a prática de PMA, na hipótese em que os custos com publicidade e propaganda são arcados apenas pelos revendedores. Como exposto ao longo deste artigo, a prática de MAP pode estar associada a diversos propósitos econômicos legítimos, assim como no caso de outras restrições verticais sobre preços. Com efeito, a prática de PMA pode se justificar como medida para, entre outras razões:

- i. estimular a rivalidade na revenda via serviços e também para combater o comportamento oportunista de alguns revendedores, que podem preferir não investir em serviços ao consumidor e pegar carona naqueles que os prestam;
- ii. reposicionar um determinado produto ou marca no mercado, a fim de competir de maneira mais efetiva com produtos concorrentes;
- iii. proteger investimentos feitos para a manutenção da imagem e reputação quanto à qualidade de um determinado produto ou marca; e
- iv. garantir a oferta de um determinado produto ou marca em pontos de venda que se destaquem no mercado pela qualidade dos produtos e serviços ofertados.

Presentes os efeitos restritivos à concorrência, e ausentes tais justificativas em políticas de MAP adotadas por agentes com participação de mercado superior a 20%, haverá – consideradas as peculiaridades dos mercados em questão – possível fundamento para a conclusão de tratar-se de conduta ilícita sob a legislação concorrencial brasileira.

Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, 2016.

AREEDA, P.; KAPLOW, L.; EDLIN, A. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

ASKER, J.; BAR-ISAAC, H., *Vertical Information Restraints: Pro- and Anti-Competitive Impacts of Minimum Advertised Price Restrictions*, NBER Working Paper No. 22771, 2016.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Ecosystemas digitais, Big Data e Algoritmos – Issues Paper*, Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Documentos/Issues%20Paper%20Ecosystemas%20Digitais%20Big%20Data%20Algoritmos.pdf>. Acesso em: 18.09.2019, 2019.

BRICS COMPETITION AUTHORITIES WORKING GROUP ON DIGITAL ECONOMY. *BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice*. Moscou, 2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf>. Acesso em: 18.09.2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *Guia de Programas de Compliance*, 2016, disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf, acesso em 19.09.2019.

HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 4. ed. Hornbook Series, Minnesota: West Publishing Co., 2011.

MARVEL, H. P.; MACCAFFERTY, S. Resale Price Maintenance and Quality Certification. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, n.º 3, pp. 346-359, 1984.

OCDE (2019), *Revisão por Pares da OCDE sobre legislação e Política de Concorrência: Brasil – 2019*. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em 19.09.2019.

OVERSTREET JR., T. R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, 1983.

PASSO, A. I., *Internet Minimum Advertising Pricing Policies: Why Manufacturers Should Be Wary When Implementing*, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLVIII: 795, pp. 810-822, 2015.

POSNER, R. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

REGO, A. *SKF wins Brazilian court challenge over minimum pricing*. MLex, 2015. Disponível em: <<http://www.mlex.com/>>. Acesso em: 15.06.2016.

TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n.º 1, pp. 170-184, 1916.

TELSER, L. G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? *The Journal of Law & Economics*, v. 3, pp. 86-105, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724814>>. Acesso em 15.06.2016.