

Prêmio IBRAC-TIM 2016 – 3.ª Colocada Categoria Pós-Graduação

**FIXAÇÃO E SUGESTÃO DE PREÇOS DE REVENDA:
PRINCIPAIS EFEITOS CONCORRENCIAIS E DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DE PROVA**

Ana Paula Paschoalini

Resumo: O presente trabalho visa a examinar os possíveis impactos concorrenciais de ações comerciais baseadas na fixação e sugestão de preços de revenda, e a estudar os possíveis padrões de análise desse tipo de prática no âmbito do direito antitruste. Para tanto, serão examinadas algumas das principais referências na doutrina econômica e jurídica para o estudo da racionalidade econômica de ações comerciais dessa natureza. Também serão apresentados os principais precedentes sobre *resale price maintenance* na jurisprudência nacional e estrangeira. Por fim, será empreendida análise crítica da orientação estabelecida pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

Palavras-chaves: direito concorrencial, infração à ordem econômica, restrições verticais, fixação de preços de revenda, sugestão de preços de revenda, eficiências econômicas, riscos à concorrência, ilicitude *per se*, regra da razão.

Keywords: antitrust, antitrust violation, vertical restraints, resale price maintenance, resale price-fixing, resale price recommendation, economic efficiencies, antitrust risks, per se illegality, rule of reason.

1. Introdução

Em 30 de janeiro de 2013, o Tribunal Administrativo do CADE julgou um caso que se tornaria paradigmático na jurisprudência concorrencial brasileira. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (“CASO SKF”), que tinha por objeto a investigação da SKF do Brasil Ltda. (“SKF do Brasil”), por supostamente associar a definição de preços mínimos de revenda de seus produtos a mecanismos de monitoramento e de punição de revendedores em caso de descumprimento dos preços estipulados pela fabricante de peças automotivas. Na 455ª sessão ordinária de julgamento do Tribunal do CADE, o Plenário, por maioria, condenou a SKF do Brasil, por

violação aos arts. 20 e 21, IV e V, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência).

O CASO SKF traz importante discussão quanto ao padrão de análise dos impactos sobre a concorrência de ações comerciais baseadas na fixação e/ou na sugestão de preços de revenda, prática também conhecida como *resale price maintenance*. Em resumo, o Tribunal do CADE reviu a orientação que, até então, prevalecia em casos dessa natureza; e estabeleceu 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. Segundo o Presidente do CADE, o CASO SKF se tornaria um marco na jurisprudência por representar “a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras”¹.

Na literatura econômica e jurídica, a fixação e/ou sugestão de preços de revenda é tema de debate há muito tempo. Um dos primeiros autores a estudar o assunto foi TAUSSIG, professor da Universidade de Harvard, que, em 1916, examinou a racionalidade econômica por trás de ações comerciais dessa natureza². As décadas de 1970 e 1980 foram especialmente relevantes para esse debate. Mas, ainda hoje, o tema desperta o interesse de juristas e economistas que procuram a melhor forma de equacionar eficiências econômicas relacionadas a essas práticas e efeitos deletérios sobre a concorrência que delas podem decorrer.

O tema também já foi alvo de muita discussão na jurisprudência das principais jurisdições em matéria de direito concorrencial. Nos Estados Unidos, foram mais de 80 anos de presunção absoluta de ilicitude desse tipo de prática, pela Suprema Corte norte-americana, até a revisão dessa orientação em *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) e *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.* (2007). No âmbito da União Europeia, por décadas, a prática de fixação de preços de revenda foi condenada pelas autoridades concorrenciais, independentemente de se tratar de definição de patamares mínimos, rígidos ou máximos. Talvez como reflexo das discussões na doutrina e na jurisprudência norte-americana, a orientação das autoridades europeias começou a ser revista no final dos anos de 1990, muito embora ainda hoje o padrão de análise europeu seja mais rigoroso que o norte-americano nesse assunto.

¹ Cf. fls. 809 dos autos do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

² TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, nº 1, *Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association*, mar. p. 170-184, 1916. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1803800>>. Acesso em: 16 set. 2015.

De acordo com SALOMÃO FILHO, a prática sob exame no **CASO SKF** pode ser enquadrada na categoria de *uniformização de preços ou condições de revenda* de um determinado produto pelo seu fabricante – ou seja, na categoria de *restrições verticais à concorrência*³. As duas características principais dessa categoria seriam, segundo o mesmo professor: “a eliminação da concorrência e sua orquestração em um nível de mercado diverso daquele em que ela efetivamente ocorre”⁴.

As principais preocupações associadas à fixação e/ou sugestão de preços de revenda estão justamente relacionadas a essa *eliminação da concorrência*. A depender das condições estruturais dos mercados de produção e revenda, esse tipo de prática pode induzir o alinhamento de preços entre pontos de venda, na revenda de uma mesma marca ou de marcas concorrentes, ou, ainda, entre fabricantes de produtos rivais.

Ocorre que a mesma prática também pode estar associada a propósitos legítimos do ponto de vista concorrencial. Pesquisas e estudos econômicos revelam que esse tipo de estratégia comercial pode ser a alternativa encontrada para, entre outras finalidades, estimular a prestação de serviços especiais ao consumidor final; permitir a entrada de novos *players* no mercado ou o lançamento de novos produtos ou marcas; evitar comportamento oportunista entre revendedores; ou reposicionar um determinado produto ou marca no mercado – o que pode se dar por meio de estímulo a maiores esforços de venda desse produto ou marca; de incentivo à sua disponibilização em pontos de venda estratégicos ou em um maior número de lojas; ou, ainda, por meio do melhoramento da imagem e reputação desse produto ou marca perante o consumidor final.

Essa ambiguidade de efeitos é o que alimenta até hoje o debate quanto ao tratamento jurídico mais apropriado para a fixação e/ou sugestão de preços de revenda. Ainda hoje não há consenso entre os estudiosos sobre o tema, havendo aqueles que defendem que prática dessa natureza deve ser presumida ilícita, do ponto de vista concorrencial; e outros que propõem sua análise pela regra da razão – *i.e.*, que seja considerada lícita, a menos que restrinja a concorrência de forma não razoável.

2. Doutrina e jurisprudência sobre o tema

O exame da doutrina e jurisprudência sobre fixação e/ou sugestão de preços de revenda indica que o foco de atenção dos estudiosos e das autoridades

³ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 595.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 596.

concorrenciais das principais jurisdições em matéria de direito antitruste nunca foi a mera sugestão de preços de revenda. Estratégias comerciais dessa natureza tendem a não ser consideradas anticompetitivas, a não ser que estejam associadas a incentivos econômicos ou mecanismos de coação que façam com os preços recomendados tenham, na realidade, caráter impositivo.

No âmbito da União Europeia, esse tipo de prática não é considerado restrição severa à concorrência; e estará sujeito, até mesmo, a isenção à regra prevista no art. 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFEU”) se: (i) nenhum dos agentes econômicos envolvidos detiver participação de mercado superior a 30%; e (ii) a prática não mascarar esquema de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda⁵.

No Brasil, o CADE já se manifestou no sentido de que esse tipo de prática não pode suscitar preocupações concorrenciais a ponto de justificar sua proibição. Exemplos disso são as decisões do CADE nos casos *Kibon*⁶ e *Kinder Ovo*⁷. Aliás, no **CASO SKF**, o Presidente do CADE reconheceu que, embora possa acarretar, em certas circunstâncias, alguns problemas concorrenciais, a mera recomendação de preços não despertaria preocupações tão sérias quanto às relacionadas à fixação de preços de revenda.

Outra constatação é que, nas principais jurisdições em matéria de direito antitruste, a fixação de preços de revenda, de forma unilateral, pelo fabricante de um determinado produto, também tende a não ser considerada prática anticoncorrencial. Nos Estados Unidos e no âmbito da União Europeia, a preocupação com *resale price maintenance* sempre esteve relacionada à existência de um acordo entre o fabricante de um determinado produto e seus revendedores, muito embora não seja tão simples diferenciar, na prática,

⁵ Vide, a esse respeito: “Article 101 (ex Article 81 TEC) 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts”.

⁶ Processo Administrativo nº 0148/1992.

⁷ Consulta nº 20/1997.

situações em que a fixação de preços decorre de decisão unilateral daquelas em que isso seja o resultado de um acordo entre agentes econômicos. Na literatura econômica, há, inclusive, autores que defendem a presunção absoluta de licitude de estratégias comerciais baseadas na fixação de preços de revenda, de forma unilateral, pelo fabricante de um determinado produto. É o caso, por exemplo, de POSNER, EASTERBROOK e BORK.

No Brasil, por outro lado, não há qualquer distinção entre a imposição unilateral de preços de revenda e acordos que também tenham como objeto a fixação de preços: se preenchidos os critérios previstos no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, ambas as práticas poderão ser consideradas anticoncorrenciais.

Sobre o patamar fixado para os preços, a literatura e a jurisprudência indicam que as preocupações relacionadas à definição de preços máximos de revenda também não são tão sérias quanto às decorrentes do estabelecimento de patamares mínimos e/ou rígidos de preços. Além de benéfica ao consumidor final, a definição de preços máximos de revenda pode ser medida economicamente eficiente no combate a problema típico de monopólios ou oligopólios sucessivos – a dupla marginalização. Além disso, como regra, esse tipo de prática não traz consigo a principal preocupação concorrencial relacionada à fixação de preços de revenda – *i.e.*, a facilitação de cartel⁸.

Isso fez com a Suprema Corte dos Estados Unidos afastasse a presunção absoluta de ilicitude da fixação de preços máximos de revenda em *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997). Também fez com que a Comissão Europeia passasse a tratar acordos dessa natureza como regulares do ponto de vista concorrencial, desde que preenchidos os requisitos previstos, atualmente, na Resolução nº 330/2010 (e, antes, no Regulamento nº 2790/1999).

No Brasil, a fixação de um patamar máximo para os preços de revenda também tende a ser vista como prática menos problemática do que a definição de preços mínimos ou rígidos. É bastante ilustrativo, nesse sentido, o voto no **CASO SKF** do então Conselheiro do CADE Marcos Paulo Veríssimo:

Novamente, revela-se relativamente consensual na experiência internacional que as segundas” [imposição de preços e margens mínimas] “devem merecer um tratamento muito mais rígido que as primeiras,” [imposição de preços e margens máximas] “pois seu efeito imediato, necessário e invariável é uma sempre elevação de preços, ainda que nos limites da competição intramarca, sendo raras as eficiências capazes de sobrepujar esse elemento de dano que não

⁸ A fixação de preços máximos de revenda poderá facilitar o alinhamento de preços se mascarar esquema de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda.

possam, no comum das vezes, ser produzidas por outros meios menos restritivos da concorrência.⁹

O ponto de maior sensibilidade é, sem dúvida alguma, a fixação de patamares mínimos e/ou rígidos para os preços de revenda.

Na literatura econômica e jurídica, mesmo após décadas de estudos e debates, ainda não há orientação clara em relação aos efeitos desse tipo de prática sobre a concorrência. Os principais juristas e economistas que se debruçaram sobre o tema não discordam quanto à existência de riscos concorrenciais relacionados à fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda: estratégias comerciais dessa natureza podem, de fato, despertar preocupações concorrenciais, sendo a facilitação de cartel a principal delas. No entanto, cada um deles enxerga esse problema sob uma ótica própria. Para ilustrar, embora reconheça a existência desse problema, EASTERBROOK¹⁰ considera ser muito difícil estarem presentes todas as condições necessárias para que o risco de facilitação de cartel seja de fato efetivo, sendo mais provável que a fixação de preços de revenda seja prática adotada para fins pró-competitivos. Nessa mesma linha, AREEDA, KAPLOW e EDLIN¹¹ sugerem serem poucos os exemplos concretos em que a facilitação de cartel tenha sido a explicação encontrada para a fixação de preços de revenda; GELHORN, KOVACIC e CALKINS¹² também afirmam que estudos sobre esse tipo de prática revelariam que os resultados anticompetitivos geralmente associados a ela não são tão frequentes como originalmente se pensava. Por outro lado, BOWMAN JR. sugere que os primeiros registros históricos de adoção de estratégia comercial baseada em *resale price maintenance* estariam ligados à prática de cartel na revenda.

Embora a perspectiva adotada não seja a mesma, muitos desses juristas e economistas parecem concordar em um ponto: para que a prática seja considerada anticoncorrencial, é preciso que os efeitos deletérios sobre a concorrência sejam, ao menos, possíveis. Nesse sentido, EASTERBROOK afirma que o risco de facilitação de cartel somente existirá se, entre outras condições, os mercados de produção e de revenda forem concentrados; não houver diferenças significativas entre o produto objeto da medida e seus principais

⁹ Cf. fls. 51 do voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

¹⁰ EASTERBROOK, F. H. *Vertical Arrangements and the Rule of Reason* cit.

¹¹ AREEDA, P.; KAPLOW, L.; EDLIN, A. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*.

¹² GELHORN, Ernest.; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5. ed. Minnesota: Thomson/West, 2004. 617 p.

concorrentes no mercado (*i.e.*, os produtos devem ser homogêneos); e não houver dificuldade no monitoramento dos preços de revenda.

OVERSTREET JR.¹³, por sua vez, somente admite o risco de facilitação de cartel: (i) na revenda, se os revendedores envolvidos detiverem poder de mercado suficiente para impor seus interesses sobre o fabricante (monopsônio) e a margem de lucro de revenda predefinida superar o patamar considerado ideal por este último; e (ii) na produção, se o mesmo tipo de prática for adotado por concorrentes que representem parcela significativa do mercado e se houver prova (a) da existência de acordo de preços entre rivais, (b) de que as barreiras à entrada nos mercados de produção e revenda são elevadas a ponto de não colocar em risco todo o esquema, e ainda (c) de que os revendedores não seriam capazes de optar por concentrar seus negócios na oferta de produtos não cartelizados.

Ainda nesse sentido, embora sugira a existência de relação entre a fixação de preços e a prática de cartel na revenda, BOWMAN JR.¹⁴ não deixa de reconhecer a necessidade de cooperação por parte de fabricantes concorrentes, e de existência de um número limitado de revendedores, com perfis semelhantes, para que esse tipo de estratégia comercial sirva, de fato, como mecanismo de cartel.

Na literatura nacional, SALOMÃO FILHO considera que, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a configuração de um ilícito concorrencial depende da possibilidade de produção de efeitos negativos sobre a concorrência¹⁵. No caso de restrições verticais, SALOMÃO FILHO propõe a diferenciação de práticas direcionadas a distribuidores e/ou revendedores exclusivos e as voltadas a distribuidores e/ou revendedores multimarcas. Com relação ao primeiro tipo de restrição, o professor considera haver risco concorrencial – *i.e.*, potencialidade de dano à concorrência – se, e somente se, o fabricante detiver poder de mercado, em conjunto ou separadamente com outros fabricantes. Quanto ao segundo tipo, SALOMÃO FILHO considera que, nessa hipótese, restrições verticais “*presumidamente sempre tem por objetivo e pode levar à dominação do mercado*”¹⁶.

Quanto às eficiências econômicas, a doutrina reconhece uma série de possíveis justificativas para a fixação de preços mínimos e/ou rígidos de

¹³ OVERSTREET JR., T. R. *Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* cit.

¹⁴ BOWMAN JR., W. S. *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance* cit.

¹⁵ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial* cit., p. 415.

¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 611.

revenda. Uma das principais é a garantia, pelo fabricante de um determinado produto a seus revendedores, de margem de revenda suficiente para estimular a realização de investimentos na prestação de serviços especiais ao consumidor final. Além de economicamente eficiente, a fixação de preços pode, nesse sentido, estimular a concorrência intramarca via serviços e também acirrar a concorrência intermarcas, assegurando a maior competitividade de um determinado *player* em relação a seus concorrentes no mercado de produção.

Outra possível explicação para a prática é a garantia de margem de revenda suficiente para que revendedores estratégicos tenham interesse em manter em suas prateleiras um determinado produto ou ainda para que um maior número de varejistas decida promover sua venda: à medida que favorece o melhor posicionamento de um determinado produto ou marca no mercado, esse tipo de estratégia pode também ser um estímulo ao acirramento da concorrência intermarcas.

Segundo OVERSTREET JR.¹⁷, além dessas, há inúmeras outras possíveis explicações para a fixação de preços de revenda, sendo que muitas delas podem se adequar como justificativa econômica em apenas alguns poucos ou em um único caso.

Na jurisprudência, a Suprema Corte dos Estados Unidos reviu sua orientação sobre o tema após quase 100 anos de presunção absoluta de ilicitude da prática de fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda. Em *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.* (2007), a Suprema Corte reconheceu que esse tipo de estratégia comercial pode ser tanto benéfico quanto prejudicial à concorrencial; e ainda que, na época, a experiência das cortes e tribunais norte-americanos com esse tipo de prática, não era suficiente para afirmar, com segurança, que os efeitos deletérios sobre a concorrência tendem sempre a superar as eficiências econômicas que podem resultar da fixação de preços de revenda. Para avaliar os efeitos líquidos desse tipo de prática sobre a concorrência, o então Juiz Kennedy – que foi acompanhado pela maioria dos juizes da Suprema Corte participantes desse caso – considerou ser necessária a avaliação de alguns fatores, tais como:

(i) *o número de players no mercado de produção que adotem estratégias comerciais dessa mesma natureza*: sendo que, quanto menor o número e a representatividade de *players* que fazem uso desse tipo política, menor o risco de a fixação de preços de revenda facilitar a formação de cartel;

(ii) *a origem da prática*: se há clareza de que a fixação dos preços mínimos de revenda tenha sido medida pleiteada por um ou mais revendedores,

¹⁷ OVERSTREET JR., T. R. *Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* cit.

há risco de que a prática seja destinada à organização de cartel ou ao favorecimento de revendedor ineficiente em posição relevante no mercado;

(iii) *poder de mercado*: do agente econômico que tenha instituído a fixação de preços de revenda detivesse poder de mercado.

No âmbito da União Europeia, a fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda recebe tratamento mais rigoroso em relação ao que foi estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2007. Isso não significa que a prática esteja sujeita à presunção absoluta de ilicitude na Europa. Na realidade, presume-se que esse tipo de estratégia comercial se enquadra como um ilícito pela regra do art. 101(1) do TFEU¹⁸; mas abre-se a possibilidade, ao investigado, de demonstrar que a prática: (i) pode contribuir para a melhora na produção ou distribuição de mercadorias, ou para o progresso técnico ou econômico, ao mesmo tempo em que traz benefícios aos consumidores; e (ii) não impõe restrições que não sejam indispensáveis para o alcance desses resultados, e não possibilita a eliminação de parcela substancial da concorrência¹⁹.

Essa é a orientação estabelecida pela Comissão Europeia. Mas note-se que, apesar disso, em diversos precedentes envolvendo a prática de *resale price maintenance*, as autoridades concorrenciais tiveram a preocupação de

¹⁸ Article 101 (ex Article 81 TEC) 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

¹⁹ Tradução livre do original: “3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: – any agreement or category of agreements between undertakings, – any decision or category of decisions by associations of undertakings, – any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

demonstrar que os agentes econômicos envolvidos detinham poder de mercado suficiente para pôr em risco a livre-concorrência. Foi assim nos casos: *COMP.F.1/36.516 – Nathan – Bricolux* (2000), *COMP.F.1/35.918 – JCB* (2000), *COMP/36.264 – Mercedes-Benz* (2001) e *COMP/37.975 – PO/Yamaha* (2003).

Note-se ainda que, em pelo menos duas oportunidades recentes, a Corte de Justiça Europeia se posicionou sobre a fixação de preços de revenda, sugerindo que práticas dessa natureza somente podem ser consideradas ilícitas, caso restrinjam – ou possam restringir – a concorrência, de forma substancial, no mercado comum europeu, e sejam capazes de causar impactos sobre o livre comércio entre países membros da União Europeia. Isso se deu, por exemplo, em 2009, no caso *C-260/07 Pedro IV Servicios*. Nesse caso, além de reconhecer que a recomendação de preços e a fixação de preços máximos de revenda estão fora do escopo do art. 81 do TEC (correspondente ao atual art. 101 do TFEU), a Corte afirmou expressamente que a fixação de preços mínimos ou rígidos somente poderia ser considerada violação a essa norma, se constatadas, no caso concreto, as condições previstas no art. 81(1) do TEC (correspondente ao atual art. 101(1) do TFEU), quais sejam: que a prática tenha por objeto ou efeito a restrição à concorrência no mercado comum europeu e seja capaz de afetar o livre comércio entre países membros.

3. Caso SKF: análise crítica da nova orientação do CADE

Até o julgamento do **Caso SKF**, nunca houve análise aprofundada sobre os efeitos concorrenciais que podem decorrer desse tipo de estratégia ou sobre o tratamento jurídico mais apropriado para casos dessa natureza. Além disso, nenhum caso levado a julgamento pelo CADE, até então, tinha resultado em condenação autônoma por prática dessa natureza²⁰. Fica claro, portanto, que o **Caso SKF** é, de fato, paradigmático na jurisprudência do CADE.

Em resumo, com a orientação estabelecida no **CASO SKF**, a prática de fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda passa a ser presumida ilícita pelo CADE, sendo suficiente prova da efetiva implementação de estratégia comercial dessa natureza para a condenação do(s) agente(s) econômico(s) envolvido(s) nessa prática. E essa condição só poderá ser

²⁰ BRÓLIO GONÇALVES, P. Painel 3 – Uma abordagem sobre fixação de preço de revenda à luz da jurisprudência recente do Brasil, Estados Unidos e Europa. 19.º *Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC*, 2013. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/19SeminarioConcorrência/PALESTRAS/19_IBRAC_01112013_Priscila_%20Brolio.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

revertida, se o(s) investigado(s) for(em) capaz(es) de produzir prova negativa da potencialidade de dano e de demonstrar que os efeitos líquidos da prática sobre a concorrência são positivos.

Isso nos remete à discussão sobre a configuração de ilícito concorrencial no Brasil. De acordo com o art. 173, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apenas o *abuso* de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros está sujeito à repressão no Brasil.

Como bem pontua SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, o *abuso* de poder econômico pressupõe que o poder do qual se excede é legítimo, assim como em princípio o seu *uso*²¹. Ainda de acordo com o professor, não há como qualificar, por força de lei, o que venha a constituir *abuso* de poder econômico: mesmo o exercício de prerrogativas legítimas, conferidas ou, pelo menos, não proibidas por lei, pode configurar *abuso* de poder econômico, se provocar desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, sujeito ativo do direito difuso à livre concorrência²². O exame do que venha a constituir *abuso* de poder econômico depende da ponderação de uma série de fatores, quais sejam: das condições do agente econômico que exerce esse poder em relação a outros *players* atuantes no mesmo mercado; das circunstâncias e do momento em que o uso do poder econômico se dá; e das condições estruturais do(s) mercado(s) que, de algum modo, sofre(m) os reflexos desse poder.

Nesta linha de raciocínio, se a infração é por *abuso* de poder econômico, é importante observar a capacidade e as condições *do agente* econômico em face dos demais. Já quanto ao mérito da conduta, há de se olhar para o exercício estratégico *da prática*, ou seja, para as circunstâncias e condições objetivas do momento, para a conveniência e oportunidade em que se exerce a conduta. Assim haverá abuso por excesso de poder (aspecto subjetivo) quando houver exorbitância no uso da capacidade de agir, das condições do agente (por exemplo, em caso de posição dominante ou de monopólio). Independentemente da condição subjetiva, o abuso ocorre também por desvio de finalidade (aspecto objetivo), por possibilidade efetiva de produzir-se um efeito danoso ao mercado no contexto da prática

²¹ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n° 2, p. 15, 2013.

²² Idem, *ibidem*, p. 14.

(condutas cartelizadoras para evitar os prejuízos de uma “guerra de preços”, mas que provocam substantivos prejuízos ao mercado e ao consumidor).²³

De todo modo, mesmo que isso fosse desconsiderado, a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda continuaria sendo questionável. Isso porque os impactos desse tipo de prática sobre a concorrência são ambíguos e nem mesmo em jurisdições mais maduras do que a brasileira, em matéria de direito antitruste, há clareza quanto aos efeitos que tendem a prevalecer na maior parte dos casos. Aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a presunção absoluta de ilicitude dos casos de *resale price maintenance* justamente por não ser possível afirmar, com segurança, que os riscos concorrenciais tendem sempre a superar as eficiências econômicas que podem resultar da fixação de preços de revenda.

Ainda nesse sentido, são bastante ilustrativas as considerações feitas por Luiz Carlos Delorme Prado, então Conselheiro do CADE, em seu voto no Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 (*Cartel das Britas*). Nesse caso, o Conselheiro Delorme Prado discute a possibilidade de presumir a ilicitude do cartel clássico no Brasil; e chega à conclusão de que isso seria, sim, possível, porque, diferentemente de outras práticas, “cartéis clássicos são, *sem qualquer ambiguidade*, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são, conseqüentemente, um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação”²⁴. Em seu voto, o então Conselheiro faz o alerta de que tratar dessa mesma forma práticas que tanto podem ser negativas quanto benéficas para a concorrência seria prejudicial ao progresso econômico, ainda mais no caso de um país em desenvolvimento. Embora estivesse se referindo especificamente a atos de concentração, o mesmo raciocínio é perfeitamente aplicável a restrições verticais e, mais particularmente, à fixação de preços de revenda.

Portanto, enquanto as fusões e aquisições podem ter um efeito negativo para o consumidor, a partir do aumento do poder de mercado de uma empresa, esses podem ser **MAIS** que compensados com o aumento da eficiência que beneficia os consumidores. Isto é, como a legislação antitruste, particularmente em um país em desenvolvimento, não pode ser um freio ao progresso técnico e ao aumento da eficiência da economia: há que se aplicar a regra da razão

²³ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira cit., p. 15.

²⁴ Cf. fls. 9 do voto do Conselheiro Relator do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.

para se contrapor os efeitos que operam em direções contrárias nos atos de concentração.²⁵

Aliás, dado que as principais preocupações relacionadas à fixação de preços de revenda também estão presentes em casos envolvendo outros tipos de restrição vertical, não faz absolutamente nenhum sentido trata-las de modo diferenciado. É o que defende, por exemplo, OVERSTREET JR.

Ainda que não fossem suficientes as considerações acima, a experiência internacional revela que a distribuição do ônus da prova no **CASO SKF** foi desproporcional. Mesmo em jurisdições que conferem tratamento jurídico mais rigoroso para práticas dessa natureza, como é o caso da União Europeia, as autoridades procuram demonstrar a potencialidade de dano à concorrência, por meio da análise das condições estruturais do(s) mercado(s) afetado(s) pela prática e do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos: atribui-se, ao investigado, o papel de demonstrar que a prática pode produzir eficiências econômicas e trazer benefícios ao consumidor que não poderiam ser alcançados de outra forma. No **CASO SKF**, o CADE foi além e atribuiu, à empresa investigada, o ônus de provar que *não detinha* poder de mercado suficiente para pôr em risco à concorrência.

Por fim, a orientação estabelecida no **CASO SKF** poderia ser questionada por razões apontadas até mesmo por quem admite a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda. SALOMÃO FILHO é um dos exemplos na literatura antitruste que admite esse tipo de tratamento jurídico no caso de fixação de preços de revenda; mas é enfático em limitar a presunção de ilicitude a estratégias comerciais dessa natureza direcionadas a distribuidores e/ou revendedores multimarcas. Em *Direito Concorrencial*, o professor deixa claro que o mesmo tratamento é inaceitável no caso de estratégias direcionadas a distribuidores e/ou revendedores exclusivos ou, ainda, no caso de a fixação de preços de revenda ser medida imprescindível para a entrada de um novo *player* no mercado sem concentração vertical.

Por todas as razões mencionadas acima, embora não se desconheça o esforço do CADE em analisar, com rigor e profundidade, os efeitos da fixação de preços de revenda sobre a concorrência, a conclusão a que se chega é que a orientação estabelecida no **CASO SKF** precisa ser lapidada. É o que se espera de decisões futuras.

²⁵ Cf. fls. 8-9 do voto do Conselheiro Relator do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.

Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTITRUST LAW. *Competition Laws Outside the United States*. 2. ed. *ABA Book Publishing*, 2011. v. I.

ANN WHITE, Barbara. Black and white thinking in the grey areas of antitrust: the dismantling of vertical restraints regulation. *George Washington Law Review*, v. 60/1, 1991-1992, p. 1-67. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

_____. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. *75 Yale Law Journal* 373, 1966.

BOUDREAUX, Don; Ekelund Jr., Robert B. Inframarginal Users and the Per Se Legality of Vertical Restraints. *Hofstra Law Review*, v. 17, nº 1, artigo 4, p. 137-158, 1988. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol17/iss1/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BOWMAN JR., Ward S. The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance. *University of Chicago Law Review*, v. 22, p. 825-873, 1955. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4247>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRÓLIO GONÇALVES, Priscila. *A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. Painel 3 – Uma abordagem sobre fixação de preço de revenda à luz da jurisprudência recente do Brasil, Estados Unidos e Europa. *19.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC*, 2013. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/19SeminarioConcorrencia/PALESTRAS/19_IBRAC_01112013_Priscila_%20Brolio.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRUNELL, Richard M. Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in action. *The Antitrust Bulletin*, v. 52, nºs 3-4, p. 475-529, 2007. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpm/may09/docs/rbrunell.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

COMANOR, William S. Vertical price-fixing, vertical market restrictions and the new antitrust policy. *Harvard Law Review*, v. 98, n° 5, p. 983-1002, 1985. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340882>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Antitrust policy toward resale price maintenance following Leegin. *The Antitrust Bulletin*, v. 55, n° 1, p. 59-78, 2010.

EASTERBROOK, Frank H. Vertical Arrangements and the Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*, v. 53, n° 1, p. 135-173, 1984. Thirty-Second Annual Spring Meeting: Part II. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40840712>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n° 2, p. 11-31, 2013.

FLYNN, J. J. The “is” and the “ought” of vertical restraints after Monsanto Co. v. *Spray-Rite Service Corp.* *Corner Law Review*, artigo 1, n° 6, p. 1095-1149, 1986. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr>>. Acesso em: 19 set. 2015.

GELHORN, Ernest.; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5. ed. Minnesota: Thomson/West, 2004. 617 p.

GRIMES, Warren S. Spiff, Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited. *California Law Review*, v. 80, n° 4, p. 815-855, 1992. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

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

IPPOLITO, Pauline. M. RPM myths that muddy the discussion. *The Antitrust Bulletin*, v. 55, n° 1, p. 151-165, 2010.

KAPLOW, Louis. An economic approach to price fixing. *Antitrust Law Journal*, v. 77, n.º 2, p. 343-449, 2011.

KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON JR., J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005. 927 p.

KELLY, Keneth. The Role of the Free Rider in Resale Price Maintenance: *The Loch Ness Monster of Antitrust Captured*. *George Mason*, v. 10, 1987-1988, p. 327-381. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

KLEIN, Benjamin; MURPHY, Kevin M. Vertical restraints as contract enforcement mechanisms. *Journal of Law and Economics*, v. 31, n.º 2, p. 265-297, 1988.

KLEIT, Andrew N. Efficiencies without Economists: The Early Years of Resale Price Maintenance. *Southern Economic Association, Southern Economic Journal*, v. 59, n° 4, p. 597-619, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1059726>>. Acesso em: 18 set. 2015.

MARVEL, Howard P.; MCCAFFERTY, Stephen. Resale Price Maintenance and Quality Certification. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, n° 3, p. 346-359, 1984. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2555443>>. Acesso em: 18 set. 2015.

MATTOS, César. Fixação de preços de revenda (resale-price maintenance – FPR): elementos para um roteiro de investigação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 27-65, 2001.

_____. Fixação de preço de revenda mínimo do CADE: o Caso SKF. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 24, p. 71-104, 2013.

MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. 527 p.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. 12. ed. New York: Cambridge University Press, 2004. 616 p.

OCDE. Policy Roundtables: Resale Price Maintenance 2008. DAF/COMP(2008)37. Paris, 2009. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>. Acesso em: 18 set. 2015.

OVERSTREET JR., Thomas R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, 1983, 208 p. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/reports/resale-price-maintenance-economic-theories-empirical-evidence>>. Acesso em: 10 set. 2015.

PITOFISKY, Robert. In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing. *Georgetown University Law Journal*, v. 71, p. 1487-1495, 1983. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

POSNER, Robert. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 316 p.

_____. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. 272 p.

_____. The next step in the antitrust treatment of restricted distribution: per se legality. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 48, p. 6-26, 1981. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=journal_articles>. Acesso em: 7 mar. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 632 p.

SALOP, Steven C. Exclusionary Vertical Restraints Law: Has Economics Mattered? *The American Economic Review*, v. 83, n.º 2, p. 168-172, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2117659>>. Acesso em: 11 set. 2015.

TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n.º 1, p. 170-184, 1916. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1803800>>. Acesso em: 16 set. 2015.

TELSER, Lester G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? *The Journal of Law & Economics*, v. 3, p. 86-105, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724814>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach. Pennsylvania: *University of Pennsylvania Law Review*, 127 U. Pa. L. Rev. 953, p. 953-993, 1979. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/17>. Acesso em: 2 ago. 2015.

WINTER, Ralph A. Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 108, n.º 1, p. 61-76, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2118495>>. Acesso em: 18 set. 2015.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2012. 1015 p.

