

1

DECISÃO

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Cade – *Processo Administrativo 08012.001271/2001-44* –
j. 19.01.2010 – rel. Conselheiro Cesar Costa Alves Mattos
– Área do Direito: Financeiro e Econômico.

INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA – Caracterização – Fixação de preços de revenda – Possibilidade de colusão tácita entre as empresas do mesmo segmento – Prática anticoncorrencial em cadeia verticalmente integrada que pode representar danos à sociedade, mesmo sem a imposição de sanções aos desviantes da precificação imposta.

RESENHA

Trata-se de processo administrativo instaurado pela então Secretaria de Direito Econômico (SDE) para a análise de prática de fixação de preço de revenda (FPR) no setor de rolamentos, que ficou conhecido como "Caso SKF". Tal caso merece uma reflexão não apenas sobre o julgamento em si como, sobretudo, sobre as consequências que poderá ter doravante. Trata-se de caso paradigmático a respeito de FPR e, como bem sinalizou o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu voto-vista, foi utilizado para estabelecer *standards* de ilicitude da prática de FPR, bem como a forma de distribuição do ônus da prova na utilização da regra da razão na análise de tal prática. Todos os votos proferidos ao longo do julgamento deste reconheceram a possibilidade de a prática de FPR mínimo configurar uma infração à ordem econômica, porém, houve divergências quanto às condições necessárias para a caracterização do ilícito anticoncorrencial, bem como ao nível de provas que seria suficiente para configurar a prática de FPR.

O julgamento do Caso SKF iniciou-se em 11.11.2009, quando o então Conselheiro relator César Costa Alves de Mattos votou pelo seu arquivamento, acompanhando o entendimento da SDE de que (i) os efeitos da FPR sobre o bem-estar são ambíguo; (ii) via de regra há uma mitigação da "dupla marginalização" em decorrência da prática de FPR, pois o agente a montante tem o interesse de reduzir a margem do agente a jusante, (iii) a conduta só pode ser explicada (a) em mercados em que haja razoável competição intermarcas (principalmente para evitar efeito carona no serviço ou na publicidade) ou (b) como instrumento facilitador de cartel; (iv) a conduta não pode ser tratada como

ilícito *per se* no Brasil; e (v) mesmo não havendo a comprovação de eficiências no caso concreto, também não há prova de que a prática de FPR teve o intuito de promover a coordenação ou foi efetivamente seguida.

Em seguida, o então Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, em voto proferido em 19.01.2010, faz uma referência ao direito norte-americano e especificamente ao caso conhecido como *Leegin*, no qual a Suprema Corte decidiu que os casos de *Resale Price Maintenance* (expressão em inglês para FPR) devem ser julgados sob a ótica da regra da razão e não mais pela regra *per se*. O Conselheiro demonstra que esta decisão tem sofrido críticas e ataques, não sendo, portanto, absoluta. Criticando o voto do Conselheiro Cesar Mattos, proferido anteriormente, o Conselheiro Vinicius Carvalho entende que não se pode acatar, em princípio, a licitude da FPR, muito embora, num exercício de inversão do ônus da prova, seja dado ao praticante da FPR a possibilidade de demonstrar a eficiência eventualmente acarretada. Aliás, "ao Cade ou à sociedade em geral talvez possa ser difícil realizar este tipo de prova, já que é uma questão complexa, que demanda expertise setorial. Se a empresa realizou este tipo de prática tida como suspeita, muito provavelmente ela tem muito mais condições técnicas para demonstrar o seu ponto de vista. O efeito imediato deste tipo de orientação é desincentivar aventuras de FPR sem uma justificativa muito firme e convincente e alegações frivolas no Cade. Serão aceitas como lícitas as FPR apenas excepcional e marginalmente".

O Conselheiro Vinicius Carvalho também dirigiu seu foco sobre a questão da participação de mercado, pois fora alegado que só poderia haver FPR com possibilidade de domínio de mercado. Aqui, analisando dados econômicos que, para ele, são indicativos da inexistência de concorrência intermarcas (em parte decorrente do aumento dos preços ao mesmo tempo em que a produção diminuiu), o Conselheiro entendeu que houve a chamada "colusão tácita" que acompanhou e provavelmente decorreu da FPR. Não se pode falar em cartel, mas numa possível facilitação da colusão. Aqui, o Conselheiro deixa claro que, "se tal prática é considerada *per se* ilícita ou se a mesma deve ser analisada por uma regra da razão rígida, em ambas hipóteses (...) tal conduta certamente está à margem da legalidade".

O Conselheiro Ricardo Ruiz, em voto proferido em 23.02.2011, circunscreve a questão à concorrência intramarcas e envereda pela verificação das eficiências alegadamente decorrentes da FPR. Não as encontra, pois define que as eficiências apenas seriam verificadas caso existisse, por exemplo, uma contrapartida da SKF, o que não restou comprovado nos autos.

Acompanhando a conclusão do Conselheiro relator Cesar Mattos, em voto de 31.08.2011, o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia entendeu que o caso deveria ser arquivado, pois (i) descarta a existência de racionalidade econômica anticompetitiva decorrente da prática da SKF; e (ii) não é possível atribuir efeito líquido negativo a conduta investigada, pois (a) há precariedade no conjunto probatório, (b) não ficou demonstrada a existência de poder de mercado por parte da SKF, (c) a mera edição do documento pela SKF, estabelecendo preços mínimos de revenda, não é suficiente para configuração de ilícito; (d) é inadequada a transferência do ônus da prova de eficiências decorrentes da FPR; (e) estão ausentes os indícios comprobatórios de exercício abusivo de posição dominante; e (f) também não há que se falar em facilitação de conluio por parte da SKF, visto que sua política foi demandada pelos distribuidores e implementada por período curto.

O Conselheiro Fernando Furlan, em voto proferido em 14.12.2011, considerou que a eliminação da concorrência intramarca tem o condão de reduzir também a concorrência intermarcas, o que ocorreu sobretudo neste caso, face à análise dos dados econômicos de mercado feita pelo Conselheiro Vinicius Carvalho. Assim, "a elevação de preços é um dos resultados possíveis da elevação da concorrência intramarcas (...) havia potencialidade para que impactasse negativamente a concorrência intramarca ao sinalizar aos distribuidores a vontade do fornecedor de arrefecer a concorrência entre eles". O Conselheiro também alude à facilitação da colusão como decorrência da FPR.

O Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, em voto proferido em 30.01.2013, retoma a ilegalidade básica da FPR ao dizer que ela configura ilícito. Diz o Conselheiro que o arrefecimento da concorrência entre os revendedores pode ser considerado tácito, dependente, para o monitoramento, do agente externo. Sendo a conduta tácita, não há que se falar em cartel dos revendedores.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, em voto proferido também em 30.01.2013, diz que a FPR deve ser analisada à luz de uma presunção relativa (*iuris tantum*, que admite prova contrária) de ilegalidade. Dentro desta relatividade da presunção, entende o Conselheiro que a parte acusada pode demonstrar “a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado”. Esta prova poderia ser configurada, cumulativamente, (i) se a acusada não tivesse 20% do mercado (é fundamental observar que aqui o Conselheiro vale-se da presunção do art. 20 da Lei 8.884/1994, vigente na época dos fatos, que, igualmente foi mantida pela Lei 12.529/2011) e (ii) se nenhum dos distribuidores ou fornecedores tivesse posição forte (descrita como 75% de C4) no mercado. Aqui o Conselheiro examina as posições de mercado da acusada, que em dois casos chega a 30 e a 33%.

Esta é uma descrição muito pouco abrangente dos votos proferidos no caso SKF, até porque o maior objetivo deste comentário é o exame das consequências desta condenação e de como esta decisão do Conselheiro Marcos Paulo, que estabeleceu *standard* de análise da prática de FPR, pode ter impacto doravante. O primeiro impacto é claro: a FPR é, por presunção relativa, um ilícito concorrencial. O segundo impacto, embora menos evidente, bem demonstra que, de acordo com o voto do Conselheiro Marcos Paulo, a presunção deixa de ser relativa sempre que a participação de mercado for superior a 20% e quando algum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizer parte do C4, o que significa a consideração conjunta da participação nos mercados a jusante ou a montante dos quatro principais agentes desses mercados, como se um único agente fossem, ser superior a 75%.

O voto do Conselheiro Marcos Paulo ainda indica que, estando presentes os critérios acima (participação individual de 20% e C4 de 75%), como defesa, o investigado deverá ser capaz de demonstrar, alternativamente, eficiências específicas decorrentes da prática de FPR, no sentido de que (i) essas eficiências não poderiam ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos; (ii) essas eficiências superam, claramente, nas condições do mercado envolvido, os riscos à concorrência decorrentes da prática; e (iii) resultem em comprovado benefício ao consumidor. Ademais, faz a ressalva de que essas defesas não devem ser aceitas pela autoridade quando esta puder provar que a iniciativa da prática de FPR decorreu da própria rede de distribuidores.

MAURO GRINBERG

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Advogado.

CAROLINA SAITO

Pós-graduanda em Direito Econômico na Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

Representada: SKF do Brasil Ltda. – advogados: Marcelo Procópio Calliari; Rogério Domene; André Luiz Bündchen; e outros.

Relator: Conselheiro Cesar Costa Alves Mattos.

Voto-Vista: Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho.

Ementa: Fixação de preços de revenda. Enquadramento nos arts. 20, I, e 21, XI, ambos da Lei 8.884/1994.^{NE} Prática que pode ter caráter tanto colusivo como unilateral. Mercados possivelmente afetados de rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes e afins, ferramentas em geral, equipamentos de monitoramento, dentre outros. Embora não exista uma definição muito precisa do mercado relevante, verificaram-se diversos cenários sobre o mercado de rolamentos. Pareceres da SDE, da ProCade, do Ministério Público Federal e voto do conselheiro relator pela absolvição. Voto pela condenação da prática. Pagamento de multa e publicação da decisão em jornal de grande circulação.

VOTO-VISTA – Versão pública: Trata o presente Processo Administrativo da investigação a respeito de prática de fixação de preço de revenda feita pelas empresas “SKF e SKF do Brasil”. Inicialmente, saliento que embora o Voto do Conselheiro relator tenha feito menção a estas duas pessoas jurídicas, na realidade, apenas a SKF do Brasil foi citada, sendo que a matriz internacional não pertence ao pólo passivo.¹ Assim, este voto fará menção a apenas uma representada (SKF do Brasil Ltda., ou, simplesmente, SKF).

Noto que, no presente caso, tem-se como fato incontroverso que houve fixação de preços de revenda. A representada, todavia, alega que tal fixação não decorreu de uma imposição unilateral, mas que o referido pleito se originou dos próprios distribuidores. Assim, a SKF teria simplesmente “cooperado”, por um breve período de sete meses, entre 2000 e 2001, com os distribuidores de seus produtos, mediante solicitação dos mesmos, para fixar os referidos preços de revenda em patamar consensualmente estipulado.

Como documento específico da conduta, tem-se uma prova, juntada nos autos (f.), a respeito da fixação de preços de revenda, que estaria escrita da seguinte forma:

“Consensamos, nesta data, (...) após um debate entre todos os Distribuidores Autorizados SKF e SKF do Brasil Ltda que necessitamos das seguintes medidas preventivas (...).

NE. Nota do Editorial: Os arts. 20, I, 23, e 21, IV, V, e XI, foram revogados pela Lei 12.529/2011.

1. Após ter sido questionada a respeito de possível envolvimento da matriz internacional na aludida prática, a representada alegou que a “AB SKF é a empresa controladora do Grupo SKF e uma empresa holding e, dessa forma, não está envolvida de qualquer forma com as atividades da SKF do Brasil Ltda. ou com quaisquer outras subsidiárias do Grupo SKF localizadas na Suécia ou em outras jurisdições. O Grupo SKF opera por meio de suas subsidiárias locais nos diversos países em que o Grupo SKF vende seus produtos. Desta forma, as atividades desenvolvidas no Brasil são de responsabilidade da SKF do Brasil Ltda., dessa forma não há qualquer motivo que embase o envolvimento da SKF AB nesta investigação”.

2. Do *markup* a ser praticado

2.1 Os produtos contemplados por essas medidas preventivas englobam todos os da linha SKF, tais como rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes e afins, ferramentas em geral, equipamentos de monitoramento, etc.

2.2 Fica consensado que o *markup* mínimo saudável, considerando vendas a vista, base VSM18 a ser praticado pela Rede de Distribuidores Autorizados Industriais da SKF do Brasil será de:

- DGBB: 1,45;
- Outros: 1,52;
- Mapro: Lista SKF

Único: Concordamos que os preços praticados não poderão estar abaixo desse patamar em hipótese alguma.

3. Da forma de monitoramento

3.1 O monitoramento dos Distribuidores Autorizados Industriais da SKF do Brasil será efetuado pela própria rede de distribuidores e da seguinte maneira:

3.1.1 Formatar processos com documentos comprovando a denúncia;

3.1.2 Em casos especiais, havendo evidências ainda que não sustentadas por documentos, a SKF fará auditoria.

3.1.3 SKF e “denunciantes” assumem a manutenção de sigilo total das informações.

4. Das penalidades

4.1 Fica consensado entre os Distribuidores SKF e a SKF do Brasil, que na constatação da violação das medidas aqui definidas, serão aplicadas as seguintes penalidades:

1.^a Ocorrência: advertência formal da SKF do Brasil;

2.^a Ocorrência: aumento de 5% no preço de venda SKF sobre todos os itens durante 60 dias.

3.^a Ocorrência: aumento de 10% no preço de venda SKF sobre todos os itens durante 60 dias. Havendo sobreposição de ocorrências, o aumento será cumulativo.

4.^a Ocorrência: aumento de 15% no preço de venda SKF sobre todos os itens durante 60 dias. Havendo sobreposição de ocorrências, o aumento será cumulativo.

5.^a Ocorrência: perda da distribuição autorizada.

6.1 A SKF do Brasil reconhece a validade das regras acima e as tornará imperativas para toda sua Rede de Distribuição Industrial.”

Em instrução complementar feita em meu gabinete, a SKF esclareceu que DGBB “é uma sigla para Deep Groove Ball Bearings, que é o tipo mais comum e simples de rolamento. Tendo em vista a simplicidade (natureza de quase commodity), o DGBB possui um percentual de *markup* menor que os outros tipos de rolamentos.

Por ser o tipo mais comum de rolamentos, ele é fabricado por praticamente todos os participantes do mercado". Já Mapro "refere-se a produtos de manutenção e esta categoria inclui aquecedores, lubrificantes, puxadores, entre outros". De acordo com a SKF "a lista que menciona Mapro nas (f.) dos autos corresponde à lista dos preços recomendados/sugeridos da SKF no momento da prática sob investigação" (p. 710 dos autos).

A instrução complementar, também, apurou a existência de 14 longas tabelas de preços, com validade em 16.11.2000; 23.11.2000; 07.12.2000; 05.02.2001; 12.02.2001; 19.03.2001; 26.03.2001; 09.04.2001; 02.05.2001; 09.05.2001; 21.05.2001; 01.06.2001; 13.06.2001; e 25.06.2001.

Existem várias teses defensivas que foram exploradas ao longo dos autos, sendo as principais (a) de que não foram impostas represálias contra desviantes; (b) de que se trata de infração impossível, em razão do baixo poder de mercado; e (c) de que existem ganhos de eficiência em razão da prática.

Com efeito, sobre as represálias, a SKF alegou que "nunca aplicou qualquer 'restrição comercial' ou 'penalidade', seja qual for o nome escolhido, que não a mera advertência formal" àqueles que se desviaram do *markup* combinado. Esclareceu-se, assim, que as poucas vezes que a SKF enviou comunicados para seus distribuidores que desviaram do combinado, "foram apenas alertas de descumprimento do que havia sido exigido e estabelecido pela rede de distribuidores, feitos por meio de cartas e sem qualquer implicação de outra natureza".

Quanto à impossibilidade da conduta, a SDE compreendeu que nos mercados de retentores, de ferramentas para manutenção e de equipamentos para monitoramento, a SKF não teria poder de mercado suficiente para impor qualquer tipo de prática vertical. Por outro lado, no mercado de rolamentos, considerando a ausência de informações mais precisas sobre a estrutura de mercado, a SDE optou por dar prosseguimento à análise. Concluiu que a prática de fixação de preços mínimos de revenda adotada pela SKF, "não obstante possa ter limitado a concorrência intramarca via preços, teve como efeito líquido o aumento de eficiência da rede de distribuição gerado pela ampliação da concorrência intramarca na dimensão qualidade de atendimento, pela eliminação do efeito carona e pelo consequente fortalecimento da concorrência intermarcas" (f. dos autos).

O Conselheiro Cesar Mattos, ao julgar este caso, teve um ponto de vista diferenciado sobre a questão. Para ele, "o parecer da Secretaria, embora aborde as eficiências que podem justificar a imposição de preços mínimos de revenda, não adentrou a discussão acerca da possibilidade de cobrar pela prestação dos serviços pré-venda de forma separada ou da assunção dos seus custos pelas próprias representadas". Não haveria, além disto, dados que comprovassem a "eficiência da restrição vertical que teria sido, eventualmente, imposta". Por outro lado, os pontos principais que levaram Cesar Mattos a decidir pela absolvição das representadas são os seguintes: (a) não há provas conclusivas no sentido de que a prática tenha sido efetivamente seguida – seja pelos distribuidores SKF, seja fora da própria rede

e (b) as representadas não teriam poder de mercado unilateral. Assim, no entendimento de Mattos, “embora não sejam precisos, os dados de *market share* que a SDE conseguiu angariar” [estes dados] “são suficientes para identificar que a SKF do Brasil não poderia, sem concertar-se com concorrentes, infligir qualquer ônus à concorrência” (grifo nosso). Quanto ao poder coordenado, Mattos avaliou existir elevada rivalidade intermarcas, o que tornava a presente prática “impossível” de ser perpetrada.

A Procuradoria do Cade, no mesmo sentido, avaliou que “a característica do mercado em que atua a referida empresa demonstra que, sendo deveras competitivo, impossibilita o efetivo domínio de um ou de mais de um produto – por mais alta que seja sua participação no mercado em um determinado tipo de segmento como rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes, equipamentos de monitoramento e ferramentas em geral” (f. dos autos).

Tanto o MPF, como a ProCade, a SDE e o Conselheiro Cesar Mattos entenderam que este tipo de infração não pode mais ser considerada como *per se* ilícita. Neste sentido, pedi vista dos presentes autos para conseguir avaliar, com mais vagar, como compreender os argumentos de defesa, em especial a existência das eficiências no caso concreto, e a visão do relator que considerou a presente infração como “impossível”.

Não bastassem estas duas questões, considero que este precedente representa um marco extremamente relevante e traz consigo um questionamento que ultrapassa as fronteiras específicas desta infração, nos levando a pensar, de forma generalizada, sobre a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras.

2. Considerações sobre fixação de preço (e *markup*) de revenda

De acordo com o Conselheiro relator, o presente caso diz respeito à fixação de preço de revenda – FPR (ou, em inglês, *Retail Price Maintenance* – RPM). Aliás, a própria SDE explicitou que FPR possui um caráter triplice, abrangendo: (a) fixação de preço mínimo de revenda; (b) fixação de preço máximo de revenda; e (c) fixação de preço de revenda fixo.

Poder-se-ia argumentar que esta nomenclatura não é a mais adequada à presente discussão, já que, em realidade, não se está fixando, ao menos diretamente, os preços mínimos dos produtos transacionados. Todavia, ao se buscar fixar *markups* (ou seja, margens de lucro) mínimas de revenda aplicados a uma tabela pré-determinada, indiretamente, está-se fixando o preço mínimo de revenda. De qualquer maneira, a Legislação pátria repudia tanto a fixação de preços como a fixação de margens de lucro de revenda. O art. 21, XI da Lei 8.884/1994 dispõe que configura infração concorrencial a ação de: “impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”.

Sobre a jurisprudência brasileira, há vários casos de “sugestão” de preços de revenda,² como o famoso caso Kibon (PA 148/1994). Mesmo nesta espécie de casos, de mera sugestão de preços, é possível existir uma preocupação se tabelas apenas sugestivas de preços conseguem (ou não) criar de mecanismos de coleta e disseminação de informações entre concorrentes que permitam ou induzam o paralelismo consciente ou colusão tácita (intra e entre marcas), sem que seja necessária a combinação expressa a respeito de preços, mesmo que tais tabelas sejam desprovidas de uma política de imposição de preços. Lembro, também, que esta Autarquia já julgou práticas de membros de uma associação, que, de comum acordo, estipularam preços, via tabela (que se intitulava sugestiva), mas mascarava um comportamento similar a cartel.³

-
2. No Processo Administrativo 103/1992, contra a representada Cimentos do Brasil S.A. – Cibrasa, conclui-se que a mesma não estipulava quantidades mínimas e/ou máximas de compra de cimento e que não sugeria preços finais de venda. No âmbito do, cuja representada era PA 91/1992 – Cia de Cimento do São Francisco – Cifrasa; do PA 89/1998 – Koerich S.A. Comércio de Automóveis, Amauri peças e Veículos Ltda e Volkswagem – Autolatina do Brasil; do PA 148/1994 – Kibon – Kraft Suchard Brasil S.A.; do PA 08000.018299/1996-86 (representados Livraria Eldorado Brasília Ltda. e Editora Ática S.A.) é possível verificar uma série de casos que versaram sobre tabelas meramente sugestivas de preços, sendo que as condições do mercado impediam qualquer dano anticompetitivo. No caso do PA 89/1998, ainda se verificou de uma sugestão de preços máximos, permitindo-se que os revendedores pudessem dar descontos e não havendo sanção àqueles que ultrapassassem o limite máximo.
 3. No âmbito do PA 08012.007238/2006-32 (representados Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Oswaldo Redaelli Filho); do PA 08012.000099/2003-73 (representados Auto Moto Escola Detroit, Auto Moto Escola Manhattan, Auto Moto Escola Indaiá, Auto Moto escola são Jorge, Auto Moto Escola São Judas Tadeu, Auto Moto Escola Gonzaga, Auto Escola Martins, Auto Moto Escola União, Auto Moto Escola Rallye, Auto Escola Orla, Auto Escola Estoril, Auto Escola Fátima, Pioneiro – Centro de Formação de Condutores Ltda. e Autotran – Centro de Formação de Condutores PA 08000.011520/1994-40 (representadas Sociedade de Medicina de Alagoas; Conselho Regional de Medicina do estado de Alagoas; Sociedade Alagoana de Radiologia; Sindicato dos Estabelecimento de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas – Sindhospital). No âmbito do Processo Administrativo 53/1992, julgado em 31.06.1993, condenou-se a Associações dos Hospitais de Sergipe por ter elaborado uma tabela de preços de serviços hospitalares, induzindo seus associados à adoção de conduta uniforme. Compreendeu-se que “em matéria de concorrência, a própria existência de tabelas de preços constitui-se prova suficiente da ação coordenada e, para quem a organiza ou elabora, caracteriza conduta anticoncorrencial, que tem por objetivo o domínio do mercado e o prejuízo à concorrência”. Em 14.02.1996, o Plenário do Cade julgou denúncia contra a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização contra a Associação Médica Brasileira – AMB, a qual foi imputada a prática de influenciar a uniformização de conduta de entre

Todavia, situação diversa ocorre quando há “imposição” e não apenas “sugestão” de preços de revenda. A preocupação com este tipo de conduta é de longa data. Já, em 1938, o Dec.-lei 869, de 18 de novembro passou a disciplinar a proteção da economia popular, tipificando como crimes os acordos para imposição de preços de revenda (art. 3.º, I). Conforme explica Priscila Brólio Gonçalves, citando Benjamin Shieber, o Consultor Geral da República, Dr. Aníbal Freire elaborou parecer, aprovado por Getúlio Vargas, no sentido de que o contrato celebrado entre a *Standard Oil Co. Of Brazil* e seus distribuidores (proprietários de postos de gasolina) continha cláusula ilícita de fixação impositiva de preços de revenda.⁴

Também, conforme mencionado por Rodrigo Surcan dos Santos,⁵ em 1940, a sentença do Juiz Raul Machado puniu a aludida prática, *in verbis*: “para a consecução desse objetivo, se não havia uma coação legal decorrente do contrato ou ajuste, havia, sem dúvida, uma coação de ordem moral e outra de ordem comercial, pois, o negociante que infringisse a tabela organizada de preços de produtos odontológicos, vendendo-os por preço inferior, seria eliminando do quadro de sócios do Sindicato dos Comerciantes de Artigos Dentários do Rio de Janeiro, vendo-se, ainda, em sérias dificuldades para aquisição, com o fim de revenda, dos aludidos produtos, porquanto o Sindicato determinava aos seus associados “a completa cessação de relações comerciais com as irmãs que não pertencessem ao quadro social dos sindicalizados”. A acusação, neste caso, era de infração ao art. 3.º, I, do Dec.-lei 869, de 18.11.1938, “por terem celebrado ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor” (grifo nosso).

Posteriormente, tem-se que este repúdio aos preços de revenda consta do art. 2.º, VIII, da Lei 1.521, de 26.12.1951. É verdade que junto com esta proibição, também nasceu a exceção do controles de preços (com a Comissão Federal de Abaste-

concorrentes, através da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários médios, utilizada em âmbito nacional por médicos, hospitais e serviços ambulatoriais (PA 61/1992). Para a relatora, Neide Terezinha Mallard, “não se requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que, utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos”. Já no âmbito do Processo 62/1992, contra a Associação dos Hospitais de São Paulo, se verifica um repúdio do Cade em relação a uma Associação que impõe tabela com propósito de influenciar adoção de conduta uniforme entre seus associados. Naquele precedente, entendeu-se não haver qualquer eficiência que justificasse a conduta.

4. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Singular, 2002. p. 273.
5. SANTOS, Rodrigo Surcan dos. *Resale Price Maintenance, suggested retail price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina norte-americana e europeia*. *Revista do IBRAC*. vol. 13. p. 127. 2006.

cimento de Preços, que podia, de forma lícita, tabelar preços máximos de revenda de mercadorias e serviços ao consumidor, conforme Lei 1.522 de 26.12.1951; sucedida pela Superintendência Nacional de Abastecimento – Sunab, em 1962 e pelo Conselho Interministerial de Preços – CIP, em 1968). Após, houve uma certa dúvida a respeito da antinomia da proibição de preços de revenda vis-à-vis o advento da Lei 4.137/1962, que, em seu art. 74 permitia que o Cade autorizasse acordos que tivessem por efeito “estabilizar preços”.

Na década de 1990, com a desregulamentação dos preços, a Política de Defesa da Concorrência se reestrutura e passa a proibir a prática de fixação de preços de revenda de forma muito clara, por intermédio do antigo art. 3.º, I, da Lei 8.158/1991 e, posteriormente, pelo já citado art. 21, XI, da atual Lei de Defesa da Concorrência.

Além da análise legislativa, pode-se verificar, do ponto de vista jurisprudencial, que ainda há alguns pontos a serem lapidados. Cita-se aqui o Processo Administrativo 08000.017766/1995-33, no qual a Fiat do Brasil S.A. havia estabelecido que seriam “tabelados os preços de venda dos produtos” que os seus concessionários deveriam praticar, sendo-lhes, na época, vedado conceder qualquer abatimento ou desconto, conforme item XI do contrato de distribuição.

Naquele caso, Lúcia Helena compreendeu que se tratava de “fixação de preços mínimos de revenda e não mera sugestão de preços. (...) na sua acepção clássica, fixação de preços de revenda (FPR) é definida como uma restrição vertical estabelecida contratualmente entre dois agentes econômicos integrantes de uma mesma cadeia produtiva, digamos, fabricante e distribuidor, no intuito de controlar o preço final vendido ao consumidor. *A FPR pode ter diversos objetivos: sustentar cartéis de fabricantes, distribuidores ou comerciantes; evitar o problema da dupla marginalização resultante da existência de monopólios sucessivos; estimular a provisão de serviços especiais; manter a qualidade do produto; e promover maiores esforços de vendas*”. Portanto, a FPR, que implica uniformização de preços e consequentemente restrição no leque de escolhas do consumidor, pode oferecer compensações (por exemplo, aumentar a qualidade dos serviços) ou não (por exemplo, facilitar o cartel). No mesmo voto do PA 89/1992, considerei que, a princípio, não existem eficiências ao consumidor decorrentes da conduta: *“além de estar preso à marca tem necessidade periódica de realizar revisões e aquisições de determinadas peças de reposição”* (grifo nosso).

Assim, em que pese o caráter dubio deste voto (que às vezes reconhece e às vezes nega a possibilidade de existir eficiências sobre esta conduta), como não houve investigação específica sobre FPR, o Cade se absteve de julgar a prática.

Todavia, no âmbito do Processo Administrativo 08012.004086/2000-21, envolvendo as representadas Gerda S.A., Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira e Siderúrgica Barra Mansa S.A., conhecido como cartel dos vergalhões, o então rel. Luis Alberto Esteves Scaloppe, não apenas julgou como condenou diversas empresas por esta conduta. O relator se pronunciou do seguinte modo: “quanto à

fixação dos preços de revenda, esta foi comprovada através do depoimento dos proprietários de distribuidoras independentes. Essa prática possui o condão de eliminar do mercado as distribuidoras independentes, que poderiam oferecer preços menores aos clientes. Tal fixação vai ao encontro dos interesses das representadas de criar suas próprias distribuidoras, com o crescente fechamento de distribuidoras independentes. Não se pode dizer que esta seja uma competição saudável e de interesse do mercado nacional”. Não obstante as referidas constatações e ciente de que o referido caso dos vergalhões englobava uma série de outras questões mais complexas, deve-se reconhecer que, neste âmbito específico não se fez qualquer ponderação de efeitos decorrentes da FPR.

Se, em alguns casos, o Cade chegou a aceitar a fixação de preços de revenda no mercado de cerveja (ver Processo Administrativo 08000.000146/1996-55 – cujas partes são Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. e Companhia Cervejaria Brahma) em outros casos, proibiu que as cervejarias estipulassem, na revenda, os preços das cervejas tidas como Premium em patamar superior aos preços das cervejas populares (ver AC 58/1995, entre Brahma e Miller Brewing Company e AC 122/1997 entre Cervejaria Reunidas Skol-Caracu S.A. e Carlsberb S.A.).

Todavia, não parece que exista uma discussão muito profunda sobre os requisitos para configurar ou não a ilicitude da FPR. Daí, entendendo que há necessidade de discutir três questões principais: (a) o papel dos mecanismos de coação para configurar FPR; (b) a avaliação da eficiência desta conduta; e (c) a existência ou inexistência de risco anticompetitivo associado.

2.1 Mecanismos de coação

No presente caso, entendeu-se que FPR necessita de coação. Ocorre que, como visto acima, uma organização criminosa pode combinar preços (tanto na revenda como na produção de bens), sem que seja estabelecido unilateralmente um sistema de sanções aos desviantes do cartel. Lembre-se, também, que práticas verticais com tabelas sugestivas podem representar danos à sociedade (mesmo sem imposição de sanções).

De todo modo, para que exista FPR, no seu sentido eminentemente vertical, é necessário que exista um comando para que se observe a política de precificação estabelecida. Assim, para descaracterizar a presente conduta, a SDE entendeu não haver “mecanismos de coação” que caracterizassem uma indução do *markup* mínimo sugerido. O Conselheiro relator, de forma semelhante, sugeriu o arquivamento do processo, por considerar que inexistem “provas de que os markups tenham sido, efetivamente, seguidos ou impostos”. Para embasar seu ponto de vista, citou Areeda e Hovenkamp, no sentido de que “sugestões que não sejam acompanhadas de mecanismos de coerção têm baixa probabilidade de evitar a prática de preços mais baixos por varejistas que desejem aumentar os seus lucros desrespeitando os preços sugeridos” (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen, 2004, vol. 8, p. 233-234).

Sem entrar no mérito sobre incentivos à colusão tácita advindos de tabelas eminentemente sugestivas, Areeda e Hovenkamp possivelmente estavam se referindo à permissão que existe num caso norte-americano, chamado caso Colgate [precedente extremamente formalista e controvertido], em que se admitiu, como lícita, a conduta de um distribuidor que simplesmente envia listas sugestivas, mas não combina, previamente, que se deva observar a referida lista como condição *sine qua non* para a existência da relação entre fabricante e revendedor.

No presente caso, ousou discordar da conclusão da SDE e do relator a respeito da inexistência de mecanismos de coação. A coação moral existe sim por parte da SKF. Utilizando-se de analogia com o Direito Civil, de acordo com Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho⁶ “coação moral (*vis compusvia*, *vis metus*) é a que resulta da intimidação ou da ameaça, em virtude da qual a pessoa enfraquecida em sua vontade ou na espontaneidade de querer, termina por acordar-se com os desejos de outra pessoa, para que se formule o ato jurídico pretendido”. Deste modo, o mero acordo ou a mera combinação entre fabricante e revendedores já previa uma série de ameaças aos desviantes do preço de revenda, com uma clara espécie de programa de estágios repressivos, que vão aumentando ao longo do tempo. Tais estágios se iniciam com uma correspondência formal sobre o descumprimento, podendo acarretar o aumento substancial do preço dos produtos da revenda. Caso tal prática se perpetue, há, ainda, a ameaça clara e explícita de desfiliação do revendedor da rede da SKF. Esta é sem sombra de dúvida uma coação existente, uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos revendedores, que – caso insistam em não observar a margem de revenda – poderão ser punidos pela sua conduta. Tal hipótese foge do escopo de proteção do caso Colgate, visto que se trata de um acordo *ex ante* sobre distribuição.

Também, estes estágios repressivos chegaram a ser iniciados, já que a SKF enviou advertências formais aos desviantes, lembrando-os do malfadado pacto e de suas inarredáveis consequências (ver f. dos autos em que a SKF reconhece ter enviado “alertas de descumprimento”). O fato de não ter se verificado o aprofundamento dos estágios repressivos, não significa que tais “alertas” não representassem coação ou mesmo não tenham tido qualquer efeito. Aliás, de acordo a interpretação da *Conseil de la concurrence*, na Décision 06-D-04 bis de 13.03.2006 relativa a práticas no setor de perfumaria de luxo, compreendeu-se que não há necessidade de estabelecimentos de represálias efetivas para configurar FPR como um ilícito:

“la jurisprudence exige seulement que soit prouvée la mise en place d’une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur, les représailles ne constituant qu’une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large

6. FILHO, Nagib Slaibi; CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 160.

éventail allant des simples contrôles de prix, aux pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives” (grifo nosso).

É equivocado argumentar, portanto, que represálias (como a desfiliação da rede ou a efetiva elevação de preço para desviantes) sejam elementos essenciais da conduta de FPR. De todo modo, compreende-se, assim, que a presente prática refere-se à imposição (e não simples sugestão) de margens de lucros mínimas, em uma cadeia verticalmente integrada.

2.2 Discussão sobre as justificativas da condutas: regra da razão ou *per se*

Considerando o escasso desenvolvimento jurisprudencial pátrio sobre a matéria e a recente efervescência internacional sobre as eficiências de FPR, entende-se ser interessante olhar a experiência do Direito Comparado para compreender melhor como outras jurisdições estão refletindo sobre este tema.

FPR nos Estados Unidos

Para Victor Calvete, a regra sobre FPR modificou-se diversas vezes nos Estados Unidos, sendo este fator, segundo sua interpretação, algo muito ruim à sociedade norte-americana:⁷

“pior do que uma regra má, é uma regra má que muda na pior altura: impedindo a FPR desde 1911 até 1937” [pelo precedente Dr. Miles] “numa altura em que os circuitos de distribuição eram muito atomizados, a Supreme Court criou um benefício para as empresas verticalmente integradas; permitindo a FPR” [por meio de Leis, como Miller-Tydings Act ou McGuire Act] “na medida em que os estados o quisessem, desde 1937 até 1975, a lei federal permitiu o lobbying a nível estadual (e, nessa medida, beneficiou diferenciadamente quem a ele melhor podia recorrer); voltando a proibir a FPR a partir dessa data” [via Consumer Goods Pricing Act] “a lei federal permitiu potenciar a tendência para a concentração na distribuição; voltando a admitir a fixação de preços mínimos de revenda, com base num juízo ad hoc, a partir de 2007” [pelo precedente Leegin] “o Supreme Court favorece a defesa dos circuitos de distribuição instalados face à ameaça das novas formas de distribuição virtuais, que muito ganhavam com a possibilidade de reduzir o preço dos bens vendidos (o que estavam em condições de fazer por poderem trabalhar com custos mínimos) – e foi ao encontro das convicções (podemos admitir que também dos interesses) dos 9.000 filiados na ABA que se dedicam às questões do antitrust”.

Independentemente das conclusões de caráter político, há de se concordar que houve grandes mudanças na forma como os Estados Unidos interpretam esta questão.

7. CALVETE, Victor J. Da ilicitude como uma das Belas Artes. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 67-121. De acordo com o site: [http://works.bepress.com/victor_calvete/2, verificado em 17 de dezembro de 2010].

Tudo começou com o caso *Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons Co.*, decidido em 1911 pela Suprema Corte norte-americana. Neste precedente, a empresa Dr. Miles Medical Company, estabelecida em Indiana, atuava na fabricação e venda de medicamentos, preparados por métodos e fórmulas secretas. A empresa vendia os seus medicamentos para intermediários farmacêuticos e atacadistas, que, por sua vez, os revendiam aos farmacêuticos varejistas. Para revender estes produtos, era necessário observar os preços mínimos e, conseqüentemente, as margens de lucro estipuladas. A Dr. Miles fez contratos com mais de quatrocentos intermediários e atacadistas e com cerca de vinte e cinco mil varejistas nos Estados Unidos, utilizando estes termos específicos.

A empresa ré, John D. Park & Sons Co., de Kentucky, era uma atacadista que se recusou a celebrar o contrato exigido que impedia a prática de descontos nos remédios transacionados. Resolveu comprar de intermediários por preços abaixo do mínimo estabelecido. Ou seja, a ré induziu diversos atacadistas verticalmente integrados com Dr. Miles a violarem a referida cláusula de preço mínimo. Neste sentido, a John D. Park & Sons Co. passou a comprar e revender estes remédios a um preço mais barato do que aquele utilizado pela cadeia vertical idealizada por Dr. Miles.

Em razão disto, a Dr. Miles entrou com uma ação para impedir esta quebra indireta dos seus contratos. Todavia a Suprema Corte compreendeu que a referida cláusula de preço mínimo não era válida, já que permitia, indevidamente, uma espécie de colusão no varejo, e “os acordos ou combinações entre revendedores, tendo por único objetivo a destruição da concorrência” [na revenda] “e à fixação de preços, são prejudiciais ao interesse público e sem efeito”.

No caso *United States vs. Colgate & Co.*, julgado em 1919, todavia, a Suprema Corte interpreta o caso Dr. Miles de forma um tanto peculiar, abrindo uma brecha para permitir fixação de preços de revenda. Este precedente versa sobre uma acusação contra Colgate & Co., empresa envolvida na fabricação de sabonetes e artigos de higiene, no sentido que a mesma buscava obter a adesão por parte de sua rede a respeito de preços mínimos de revenda. Caso dos revendedores não seguissem os preços indicados, a Colgate se recusava a continuar negociando com os mesmos. Nesta hipótese, a Suprema Corte considerou que a Colgate não forçava os revendedores a terem uma ou outra conduta. Ela apenas se recusava a continuar negociando com eles, estando tal prática de recusa em negociar dentro do escopo de sua liberdade empresarial. Assim, entendeu-se que o Sherman Act não impedia este tipo de conduta.⁸ Já, em *United States vs. Parke, Davis & Co.*, a Suprema Corte esclareceu que existem duas situações distintas: A primeira situação, legítima,

8. (*United States vs. Schrader's Son* – [<http://supreme.justia.com/us/252/85/case.html>]) e em 1922 (*Federal Trade Commission vs. Beech Nut Packing Company* – [<http://supreme.justia.com/us/257/441/case.html>]).

aconteceria em um ambiente no qual a empresa, após ter vendido seus produtos a um revendedor verifica que este se recusa a seguir os preços por ela fixados. Nesta situação, a empresa do *upstream* pode, legitimamente, não vender mais para este sujeito que desrespeitou suas normas internas, conforme mencionado no caso *Colgate*. Todavia, há uma segunda situação, esta sim ilegítima, que ocorreria quando há uma combinação prévia, ou seja, de forma antecipada, na qual a empresa do *upstream* impõe uma cláusula contratual, afirmando que ela irá negociar com o revendedor se, e apenas se, o preço fixado for observado.

Outro caso interessante foi o *United States vs. General Electric Co.*, julgado em 1926. Neste, a General Electric Company foi acusada de ter feito contrato com 21.000 agentes, para que estes vendessem suas lâmpadas elétricas com filamentos de tungstênio com preços fixados pela referida empresa. A Suprema Corte, por outro lado, considerou que a General Eletric tinha a patente deste invento e – no caso de agentes específicos contratados pela empresa – não se poderia falar de fixação ilícita de preços. Os referidos agentes seriam uma espécie de *longa manus* da própria empresa. Por outro lado, no caso *Simpson vs. Union Oil Co. of California*, julgado em 1964, entendeu-se que um posto de gasolina revendedor não era um simples *longa manus* da empresa distribuidora de gasolina. A diferença se verifica porque, no caso *General Electric Co.* a empresa possuía uma patente legítima das lâmpadas com filamento de tungstênio e estava exercendo um monopólio legal sobre o referido produto, diretamente. Já, no caso do mercado de distribuição de gasolina, não havia tal proteção legal. Mais do que isto, havia uma coação clara, no sentido de que caso a empresa revendedora de gasolina não observasse os preços impostos pela distribuição, o contrato entre as empresas era automaticamente rompido.

Após toda esta digressão jurisprudencial é que se chega no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. vs. PSKS, Inc.* (“Leegin”) de 2007. Este caso foi citado tanto pela SDE como pelo Conselheiro relator para demonstrar que a fixação de preços de revenda nos Estados Unidos não é mais considerada uma prática *per se* ilícita.

Com efeito, desde *Dr. Miles*, FPR mínimo era uma prática ilícita *per se* (ver, por exemplo, os casos *United States vs. Trenton Potteries Co.*, 273 U. S. 392, 399.401 (1927); *Nynex Corp. vs. Discon, Inc.*, 525 U. S. 128, 133 (1998)). Tal regra foi a que perdurou por quase um século. Todavia, em 2007, a Suprema Corte revisou *Dr. Miles* e preferiu analisar FPR, de forma casuística, consoante a regra da razão. Aliás, muitas foram as vozes que se levantaram contra *Dr. Miles*. O integrante da Escola de Chicago, Robert Bork, in *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York, 1993, p. 32-33, alegou que “raramente é possível identificar um decisivo passo em falso que controlou todo um ramo do Direito”, tanto nos Estados Unidos como no resto do mundo. Também, Richard Posner, in *Law – Second Edition*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 189 considerou que tal decisão repretava “um triste erro”. Outro doutrinadores, que não pertencem a Escola de Chicago, tiveram opinião semelhante. Handler Milton

considerou que a regra do caso Dr. Miles era “o erro mais gritante em todo o anti-truste”. Herbert Hovenkamp, in *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, p. 186, classificou a decisão de Dr. Miles como “o desenvolvimento mais infeliz na normativização da manutenção de preços de revenda”.⁹

Ocorre que estes posicionamentos não são pacíficos e há também muitos que defendem que a decisão de Dr. Miles estava correta, incluindo alguns membros do FTC. Aliás, a decisão da Suprema Corte de 2007 não foi unânime e houve muitos Ministros que votaram contra a referida mudança de opinião. Há de se reconhecer, todavia, que este episódio foi um tanto quanto desconcertante. De acordo com Victor Calvete “o embaraço com a decisão do caso Leegin, equivale, aproximadamente, ao de ver o Papa excluir um dos mais venerados santos do altar”.¹⁰

Eis o porquê da necessidade de compreender melhor este debate próprio do Direito Comparado, especificamente sobre este caso Leegin tão controverso, que está abaixo transcrito.

“A Peticionária, Leegin Creative Leather Products, Inc. (Leegin), projeta, fabrica e distribui produtos de couro e acessórios. Em 1991, Leegin começou a vender cintos com a marca Brighton. A marca Brighton foi ampliada para uma variedade de acessórios de moda feminina. É vendida nos Estados Unidos em mais de 5.000 estabelecimentos de varejo, a maior parte independentes, pequenas boutiques e lojas especializadas. (...). Leegin afirma que, pelo menos para os seus produtos, os pequenos varejistas tratam melhor os clientes, prestam mais serviços e tornam a sua experiência de compra mais satisfatória do que os maiores varejistas impessoais. Kohl explicou: Nós queremos que os consumidores tenham uma experiência diferente do que entrar no Sams Club ou no Wal-Mart. E você não consegue obter esse tipo de experiência ou de apoio ou de serviço ao cliente em uma loja como a Wal-Mart. O Reclamado, PSKS, Inc. (PSKS), opera a Kays Kloset, uma loja de vestuário feminino em Lewisville, Texas. A Kays Kloset comprava de aproximadamente 75 fabricantes diferentes e, ao mesmo tempo, vendia a marca Brighton. A PSKS começou a comprar bens de Leegin Brighton em 1995. (...) A Brighton foi a marca mais importante da PSKS, uma vez que esta respondia por 40 a 50 por cento dos seus lucros. Em 1997, a Leegin Brighton instituiu uma política de promoção de preços de varejo. Seguindo a política, a Leegin se recusou a vender a varejistas que revendiam os produtos da Brighton abaixo dos preços sugeridos. A política continha uma exceção para os produtos que não vendiam bem e que o vendedor não tinha planos de reordenamento. Na carta aos varejistas quanto à sua política de preços, Leegin declarou: Nesta época de mega lojas como Macy's, Bloomingdales, May Co. e outros, os consumidores estão perplexos com promessas de qualidade

9. CALVETE, Victor J. Op. cit.

10. CALVETE, Victor J. Op. cit.

e suporte de produto que nós acreditamos que estão faltando nessas lojas grandes. Os consumidores estão mais confusos com a venda sempre popular, venda, venda, etc... Na Leegin, optamos por romper com este padrão através da venda nas lojas especializadas. Lojas especializadas podem oferecer ao cliente mercadorias de grande qualidade, um serviço excelente, além de suporte por 365 dias por ano, de forma consistente. Sabemos que metade da equação refere-se à produção da Leegin e a outra metade é você, nosso revendedor, criando grandes lojas à procura de vendas dos nossos produtos com qualidade. A Leegin adotou a política de dar aos seus revendedores margens suficientes para fornecer aos clientes o serviço central de sua estratégia de distribuição. Ela também expressou preocupação de que o desconto prejudica a imagem da Brighton como marca de reputação. Um ano depois de instituída a política de preços Leegin, a mesma introduziu uma estratégia de *marketing* conhecida como 'Heart Store Program' (...). Ela oferecia incentivos para os varejistas para se tornarem 'lojas coração' e, em troca, os varejistas se comprometiam, entre outras coisas, a vender pelos preços da Leegin. A Kay's Kloset tornou-se uma loja Coração logo após a Leegin ter criado o programa. Depois, um empregado da Leegin visitou a loja e não a achou atraente. As partes parecem ter concordado que a Kay's Kloset não seria uma loja de Coração para além de 1998. Apesar de perder esse status, a Kay's Kloset continuou a aumentar suas vendas de Brighton. Em dezembro de 2002, a Leegin descobriu que a Kay's Kloset tinha dado descontos da linha inteira da Brighton em até 20 por cento. A Kay's Kloset alegou que os produtos colocados à venda da Brighton neste patamar se justificavam para competir com os varejistas próximos que também subcotavam os preços sugeridos da Leegin. A Leegin, no entanto, solicitou novamente que a Kay's Kloset cessasse o desconto. O seu pedido foi recusado, motivo pelo qual a Leegin parou de vender para a referida loja. A perda da marca Brighton teve um impacto negativo considerável na receita das vendas da Kay's Kloset. Por este motivo, a PSKS processou a Leegin na United States District Court do Distrito Leste do Texas. Alegou, entre outras questões, que a Leegin tinha violado as leis antitruste. Entrou em acordos com os varejistas para cobrar apenas os preços fixados pela Leegin. A Leegin introduziu testemunho de especialistas que descreveram os efeitos favoráveis à concorrência da sua política de preços. O Tribunal de Justiça do Distrito, invocou a regra *per se* criada pelo precedente de Dr. Miles. A PSKS, no julgamento, argumentou que o programa relativo à lojas Coração teria, entre outras coisas, demonstrado que a Leegin e os seus revendedores combinaram em fixar os preços de revenda. (...) O júri concordou com PSKS e concedeu indenização de US\$ 1.2 milhões. Em conformidade com 15 USC § 15 (a), o Tribunal Distrital triplicou os danos e reembolso PSKS pelos honorários advocatícios e pelas custas processuais. (...). O Tribunal de Apelações do Quinto Circuito afirmou a referida decisão. 171 Fed. Appx. 464 (2006) (*per curiam*). Em recurso, Leegin não contestou que havia entrado em fixação vertical de preços com seus revendedores. Em vez disso, sustentou que a regra da razão deveria ter sido aplicada a esses acordos. A Corte de Apelações rejeitou esse argumento, chegando a referida discussão à Suprema Corte Norte-Americana."

É apenas de posse destes dados históricos factuais que se consegue discutir, minimamente, o mérito da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Leegin*. De um lado, a maioria dos Ministros da referida casa, capitaneados pelo Min. Kennedy, compreenderam que a regra da razão deveria ser aplicada ao caso concreto.¹¹ Por outra perspectiva, os Ministros Breyer, Stevens, Souter e Ginsburg afirmaram claramente que tinham dúvidas sobre a revisão de Dr. Miles, conforme se verifica a seguir.

Neste sentido, abaixo serão simplesmente relatados os argumentos da posição da Suprema Corte, especificamente sobre o caráter pragmático da referida questão, sem adentrar no mérito formal, se há ou não *stare decisis* em relação à Dr. Miles, ou seja, se este precedente constitui uma regra de caráter irrevogável.

Teoria favorável à flexibilização de *Dr. Miles*

Regra da razão rígida

A maioria vencedora na Suprema Corte norte-americana, capitaneada pelo Min. Kennedy, fez uma avaliação muito minuciosa sobre a questão das práticas de verticalização de mercado.

Inicialmente, argumentou-se que a Seção 1 do Sherman Act proíbe “todo contrato, combinação em forma de truste ou de outra forma, ou conspiração, em restrição ao comércio entre os Estados”. Todavia, pela interpretação atual, apenas as restrições que não são razoáveis é que são proibidas pelo referido instituto, conforme *State Oil Co. vs. Khan*, 522 U. S. 3, 10 (1997). Assim, a “regra da razão” é aceita como um *standard* para testar se uma prática restringe o comércio em violação à Lei Concorrencial. Por meio da referida regra, o analista pondera todas as circunstâncias do caso ao decidir se uma prática restritiva deve ser proibida ou não, não fazendo, deste modo, um juízo relativo à probabilidade de danos concorrenciais – conforme *Continental T. V., Inc. vs. GTE Sylvania Inc.*, 433 U. S. 36, 49 (1977). Vários são os fatores que devem ser considerados em tal ponderação, como as informações relevantes do negócio e o histórico da restrição, sua natureza e seus efeitos. Por exemplo, geralmente, se avalia qual o poder de mercado das partes envolvidas em uma restrição (especialmente vertical), para fins de análise antitruste (conforme *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 768 – 1984). Por meio desta sistemática, distinguem-se as restrições com efeitos anticompetitivos, que retiram o bem estar das pessoas, das restrições que estimulam a competição e são boas para os interesses dos consumidores e da sociedade em geral. Todavia, a Suprema Corte compreendeu que a regra da razão não deve ser aplicada em todo e qualquer tipo de restrição. Com efeito, há, também, res-

11. Verificou-se uma revisão da regra *per se*, no âmbito da fixação de preços mínimos de revenda, de forma muito parecida ao que se verificou com a revisão da regra *per se* no âmbito da fixação de preços máximo de revenda, com o caso *State Oil Company vs. Bakat U. Khan Andkhan & Associates*.

trições que por si só (*per se*) já podem ser consideradas como categorias ilícitas, ou seja, que prescindem da avaliação sobre a razoabilidade da conduta, já que tais práticas sempre ou na grande maioria das vezes restringem a Concorrência (como fixação horizontal de preços).

Sobre o caso *Dr. Miles*, a Corte entendeu que o mesmo estava baseado em regras formalísticas da *Common Law* e não na avaliação dos efeitos econômicos da conduta. A decisão de *Dr. Miles* teria sido baseada em uma regra estipulada em 1628, sobre Propriedade Real, que não levou em conta as discussões de caráter pragmático sobre restrição vertical de preços. Compreendeu-se, nesta linha argumentativa, que a restrição vertical de preços – FPR pode ter vários efeitos positivos, dependendo das condições de mercado, conforme estabelecido em uma vasta literatura especializada (citou-se ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution* 76 – 2006; H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* 184.191 – 2005; R. Bork, *The Antitrust Paradox* 288.291 – 1978; F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 558, 3. ed. – 1990; T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* 170 – 1983; Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence From Litigation*, 34 *J. Law & Econ.* 263, 292.293 – 1991).

Kennedy entendeu que as justificativas para restrições verticais de preço são similares às justificativas das restrições verticais em sentido amplo. Para esta corrente, a prática restritiva vertical de preços pode estimular a competição intermarcas, ao reduzir a competição intramarca, dado que a mesma tem o potencial de encorajar distribuidores e varejistas a investir em serviços tangíveis ou intangíveis ou mesmo a auxiliar nos esforços promocionais do fabricante do *upstream*, posicionando o produto de forma diferenciada em relação aos seus rivais. Tal diferenciação de serviços daria aos consumidores mais opções, entre preços baixos e com atendimento de pouca qualidade ou preços elevados e com elevado grau de qualidade no atendimento ao consumidor. Para tanto, segundo a Suprema Corte, deveria ser enfrentado o problema dos *free-riders* (traduzindo-se, ainda que de forma imperfeita, como aproveitadores). Esta questão se verifica quando algumas lojas investem em *showrooms* muito caros, oferecendo demonstrações aos consumidores e/ou melhor treinamento de funcionários para demonstrar as qualidades do produto em questão, enquanto outras lojas atuariam apenas por descontos e se apropriariam, indevidamente, do investimento realizado na imagem ou na marca dos produtos ofertados, como ocorreu em *Leegin* (citou-se Posner, *Antitrust Law* 172.173 – 2. ed. 2001).

Do ponto de vista da competição intermarcas, a restrição vertical de preços, de acordo com alguns doutrinadores, poderia encorajar o fornecimento de serviços que não existiriam sem a referida margem pré-estabelecida (citou-se Mathewson & Winter, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, 13 *Rev. Indus. Org.* 57, 74.75 -1998; Klein & Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement*

Mechanisms, 31 J. Law & Econ. 265, 295 – 1988; Deneckere, Marvel, & Peck, Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance, 111 Q. J. Econ. 885, 911 – 1996).

Reconheceu-se, por outro lado, que este tipo de restrição pode ter efeitos anti-competitivos, como o incentivo à cartelização de um setor competitivo varejista. Um grupo de distribuidores pode entrar em um conluio para fixar preços e, posteriormente, compelir o fabricante no *upstream* a auxiliar o acordo ilícito com a política de manutenção de preços de revenda. Não haveria, assim, um interesse em estimular serviços ou promover a marca, mas dar vantagens a varejistas ineficientes. Os varejistas com melhores sistemas de distribuição e estruturas de baixo custo podem não querer cobrar os preços mais baixos, em razão de um acordo de FPR. (foi citado Marvel & McCafferty, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, 28 J. Law & Econ. 363, 373 – 1985). Mencionou-se que um cartel horizontal entre fabricantes ou entre os varejistas competidores que diminua a quantidade produzida, para aumentar preços é, e deve ser, uma prática ilícita *per se* (citou-se *Texaco*, 547 U. S., at 5; *GTE Sylvania*, 433 U. S., at 58, n. 28). Fez-se menção à hipótese de que um produtor ou um varejista com elevado poder de mercado no *upstream* pode ter interesse em impedir inovação na distribuição e poderá se utilizar da fixação vertical de preços para tanto. Também, a Corte alegou ser possível que um produtor do *upstream* seja coagido pelos distribuidores para fixar preços de revenda, caso o mesmo queira ganhar espaço na rede de distribuição, podendo tal coação ter efeitos perversos sobre a Concorrência. Outro alegado efeito anticompetitivo mencionado pela Corte diz respeito à hipótese de um fabricante do *upstream*, com poder de mercado, usar a fixação de preços de revenda para dar aos varejistas um incentivo a não revender os produtos de outros fabricantes menores do *upstream* ou para entrantes no *upstream*, tendo, como consequência uma espécie de fechamento do mercado de distribuição e uma diminuição da rivalidade no *upstream*.

Considerando estes efeitos contraditórios e simultâneos entre potenciais resultados pró e anticompetitivos, a maioria da Suprema Corte entendeu que a estipulação de preços de revenda, em alguns cenários, pode ser justificada, motivo pelo qual a regra da razão deve ser utilizada na referida análise. Todavia, os referidos Ministros da Suprema Corte fizeram uma ressalva importante, qual seja, a de que – neste tipo de conduta – “as consequências potencialmente anticompetitivas da restrição vertical de preços não podem ser ignoradas ou mesmo subestimadas”. Aliás, aparentemente, criou-se uma regra da razão diferenciada e mais rígida que a regra da razão comum, visto que se entendeu haver sérios perigos econômicos com a fixação de preço de revenda, devendo as cortes serem extremamente diligentes ao analisarem os impactos anticompetitivos da referida conduta. Assim, por meio deste entendimento, deve haver um “escrutínio mais cauteloso” se (a) houver outros produtores do *upstream* que adotem a prática de FPR ou (b) que tendam à colusão. Ademais, a Suprema Corte expressamente afirmou que se a iniciativa da

fixação de preços se originar dos revendedores e não do fabricante, há uma chance muito grande da mesma ser anticompetitiva:

“The source of the restraint may also be an important consideration. If there is evidence retailers were the impetus for a vertical price restraint, there is a greater likelihood that the restraint facilitates a retailer cartel or supports a dominant, inefficient retailer. See Brief for William S. Comanor et al. as Amici Curiae 7.8. If, by contrast, a manufacturer adopted the policy independent of retailer pressure, the restraint is less likely to promote anticompetitive conduct. Cf. Posner 177 (It makes all the difference whether minimum retail prices are imposed by the manufacturer in order to evoke point-of-sale services or by the dealers in order to obtain monopoly profits.). A manufacturer also has an incentive to protest inefficient retailer-induced price restraints because they can harm its competitive position”.

Considerando que, no presente caso, os revendedores sugeriram à SKF que fosse montado um sistema de fixação de margens de revenda, assim, mesmo pela aplicação da regra da razão rígida, ter-se-ia, de antemão, uma desconfiança expressa a respeito do caráter benéfico da aludida prática, caso o precedente *Leegin* seja utilizado, pelas autoridades brasileiras, como base analítica.

Teoria contrária à flexibilização de *Dr.Miles*

Regra per se

Em que pese a posição majoritária anteriormente mencionada, a Conselheira do FTC Pamela Jones Harbour¹² fez uma carta aberta à Suprema Corte em defesa da regra *per se* para casos de FPR.

Para a referida Conselheira, o que se buscou em *Leegin* era permitir a troca de lucros extras por serviços adicionais na revenda, por meio da conduta mencionada, que seria chancelada pela regra da razão em alguns casos. Todavia, ao afirmar que em alguns casos o cliente prefere trocar os seus descontos por serviços mais caros, a Corte estaria declarando que as preferências dos consumidores são falhas de mercado. Também, não seria correto o argumento de que alguns revendedores seriam “knaves” ou “free-riders” (citou-se Frederic M. Scherer & David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 554 – 3. ed. 1990). Tais revendedores podem ter melhores localizações para vendas, podem prestar serviços de boa qualidade e informações, se forem eficientes e oferecerem produtos a

12. Tem-se notícia que esta foi uma iniciativa isolada, já que o FTC e o DOJ não apoiaram este ponto de vista, conforme se verifica na manifestação do Reino Unido na OCDE “Both the Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC) filed amicus briefs supporting a rule of reason approach. The two agencies argued that per se treatment should be reserved for behaviour that always, or almost always, reduces competition and reduces output and consumer welfare. Since the effects of RPM may be pro- or anti-competitive (as discussed below), they argued that per se treatment is inappropriate”.

preços de mercado. A fixação de preços mínimos iria impedir o aumento deste tipo de eficiências.

Seguindo entendimento similar, o Min. Breyer, juntamente com os Ministros Stevens, Souter e Ginsburg apresentaram uma decisão contrária à da maioria, ou seja, uma opinião dissidente, específica sobre o caso *Leegin*. Os Ministros citaram os potenciais perniciosos efeitos que podem decorrer deste tipo de prática, quando há revendedores que lidam tanto com uma marca ou com multimasas. Ao ter este tipo de conduta, impede-se que os consumidores usufruam preços mais baixos, por descontos na revenda (citou-se Areeda & Hovenkamp 1632c, at 319.321; Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, 49 *The Antitrust Bulletin* 877, 899.900 – 2004; Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, 98 *Harv. L. Rev.* 983, 990.1000 – 1985). Além disto, há a possibilidade de que a fixação de preços reforce padrões de comportamento que inibem a concorrência, facilitando a colusão tácita entre os agentes do mercado. (citou-se Areeda & Hovenkamp 1632d, at 321.323; P. Areeda & L. Kaplow, *Antitrust Analysis* 231.233, pp. 276.283 (4th ed. 1988) (hereinafter Areeda & Kaplow). Cf. *United States vs. Container Corp. of America*, 393 U. S. 333 (1969); Areeda & Kaplow 247.253, at 327.348).

Breyer citou um estudo muito interessante sobre o tema, trazendo evidências empíricas de quão problemática pode ser a aceitação da fixação vertical de preços.

Do ponto de vista empírico, o FTC analisou dados antes e após o *Consumer Goods Pricing Act* de 1975. O referido instrumento legislativo revogou o *Miller-Tydings Fair Trade Act* e o *McGuire Act*, impedindo, de vez, a possibilidade de fixação de preços mínimos nos estados. Antes de 1975, alguns estados podiam escolher autorizar a fixação de preços mínimos de revenda. Todavia, os 36 Estados que tinham a referida autorização possuíam preços de 19% a 27% superiores em relação aos 14 Estados que consideravam a prática como um ilícito *per se* (citou-se o Bureau of Economics Staff Report to the FTC, T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, 160 – 1983).

Por outro lado, os supostos benefícios da referida conduta são: (a) a facilitação de novas entradas e (b) a melhoria do problema dos *free-riders*. Quanto à facilitação de entrada, a mesma diz respeito ao fato de que um fabricante pode contar com a rede de distribuição para criar novos produtos (repartindo o risco) e posteriormente dividirá parte do lucro do novo produto, permitindo a recuperação do investimento. O resultado pode ser um aumento da competição entre marcas, trazendo mais benefícios ao consumidor. Quanto aos *free-riders*, argumentou-se que é possível haver casos em que o fabricante apenas consegue sucesso se os varejistas de sua rede também investirem em lojas de qualidade, boa apresentação, criação de imagem, etc. Assim, alguns varejistas podem tomar carona nestes investimentos, poupando dinheiro e conseguindo mais lucros com isto.

Os economistas sugerem que há casos em que os preços de venda podem ser maléficos e outras vezes podem ser benéficos. Neste diapasão, os referidos Minis-

tros questionam: “antes de concluir pela aplicação da regra da razão, eu perguntaria tais questões da seguinte forma, quão frequente são os prejuízos e os malefícios de tal ocorrência? A discussão econômica, como estudos apresentados à Corte, podem auxiliar a prover respostas a tais questões, e ao fazer isto, a Ciência Econômica pode, e deve, contribuir com o Direito Antitruste. Porém, o Direito Antitruste não pode, e não deve, replicar, nos precisos termos, as visões (‘algumas vezes’ conflitantes) dos economistas. Isto ocorre porque o Direito, ao contrário da Economia, é um sistema administrativo cujos efeitos dependem de regras e precedentes apenas, considerando que são aplicados por juízes e jûris nas cortes ou por advogados que advertem seus clientes. E este fato significa que as cortes irão julgar, do ponto de vista administrativo, utilizando-se, algumas vezes, de regras per se sobre a ilicitude de prática, mesmo quando estas produzam benefícios” (citou-se F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* – 3. ed. 1990, no qual os autores alegam que alguns acordos de fixação de preços horizontais podem ser mais benéficos à sociedade do que maléficis à Concorrência, mas que considerando os potenciais custos de se modificar uma proibição per se pela regra da razão, tal prejuízo pode ser socialmente aceitável).

Em consonância com Breyer, a FPR causa males com frequência e regularidade, mas não há certeza de quão comuns são os benefícios encontrados na referida prática. Aliás, Breyer entende que o argumento de *free-rider* não é um problema sério em muitas ocasiões. As pessoas, ao viajarem para uma certa cidade, podem se aproveitar (ou pegar carona), muitas vezes gratuitamente, das paisagens dos lugares onde passam ou mesmo da própria avenida que as leva ao destino final. Também, a comunidade inteira se beneficia livremente, por exemplo, de uma ampla gama de ideias, como a ideia da pessoa que criou o primeiro supermercado. Este efeito carona é indesejável questiona o Ministro da Suprema Corte norte-americana? De forma mais específica, Breyer afirma que alguém pode até imaginar um negociante que se recusa a prover serviços pré-vendas, não informando como o produto funciona ou não apresentando uma atmosfera própria para a venda (com lojas perfumadas, por exemplo), mas, nesta situação, o Ministro sustenta: “deixem o consumidor usar tais serviços gratuitos” (de *free-riders*), se beneficiando de um ambiente de um varejista que provê o referido benefício psicológico e mantém os preços altos, mas compra de um varejista com preços baixos. Tal avaliação estaria embasada em um ponto de vista pragmático, que verifica uma série de problemas de implementação da regra da razão ao caso concreto, que consiga distinguir como se dá o efeito carona (ou *free-rider*):

“All this is to say that the ultimate question is not whether, but *how much*, .free riding. of this sort takes place. And, after reading the briefs, I must answer that question with an uncertain .sometimes.. See, e.g., Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as *Amici Curiae* 6.7 (noting .skepticism in the economic literature about how often [free riding] actually occurs.); (...). How easily can courts identify instances in which the benefits are likely to outweigh potential harms? My own answer is, *not very easily*. For one thing, it is often difficult to

identify *who*, producer or dealer, is the moving force behind any given resale price maintenance agreement. Suppose, for example, several large multibrand retailers all sell resale-price-maintained products. Suppose further that small producers set retail prices because they fear that, otherwise, the large retailers will favor (say, by allocating better shelf-space) the goods of other producers who practice resale price maintenance. Who initiated this practice, the retailers hoping for considerable insulation from retail competition, or the producers, who simply seek to deal best with the circumstances they find? For another thing, as I just said, it is difficult to determine just when, and where, the free riding. Problem is serious enough to warrant legal protection. I recognize that scholars have sought to develop check lists and sets of questions that will help courts separate instances where anticompetitive harms are more likely from instances where only benefits are likely to be found. (...). But applying these criteria in court is often easier said than done. The Court's invitation to consider the existence of market power, for example, *ante*, at 18, invites lengthy time consuming argument among competing experts, as they seek to apply abstract, highly technical, criteria to often ill-defined markets. And resale price maintenance cases, unlike a major merger or monopoly case, are likely to prove numerous and involve only private parties. One cannot fairly expect judges and juries in such cases to apply complex economic criteria without making a considerable number of mistakes, which themselves may impose serious costs."

A partir desta reflexão, o Min. Breyer compreendeu que não deveria escolher naquele momento se a regra *per se* deveria ser abandonada, sendo necessário refletir um pouco mais sobre a questão.

EUA depois de *leegin*:

Foi construída uma regra clara ou há a volta de Miles?

Muitos foram os que fizeram objeções à revisão do caso Dr Miles.

Do ponto de vista de Projetos de Lei, faço referência que, em 30.07.2009, o House Judiciary Committee's Courts and Competition Policy Subcommittee aprovou a HR 3190, podendo, talvez, tornar a prática de FPR, novamente, ilícita *per se* nos Estados Unidos. Aliás, o senador Herb Kohl, de Wisconsin, havia, anteriormente, introduzido a S. 148, Discount Pricing Consumer Protection Act, no mesmo sentido. Tanto a Câmara como Senado, recentemente convocaram audiências para discutir especificamente esta matéria. Também, o presidente da FTC, Leibowitz e Christine Varney, da divisão antitruste do DOJ, indicados por Obama, aparentemente, manifestaram o seu apoio à tentativa de revisão legislativa de *Leegin*.¹³

13. Ver Richard Liebeskind and Joseph R. Tiffany Two Years After *Leegin*, Questions Remain on Lawfulness of Resale Price Maintenance De acordo o site: [www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/053986E13BCE687E8E0CA54E89372048.pdf], verificado em: 19.01.2011

Em 2007, 35 procuradores gerais do estado apoiaram que se fosse revisto o mérito do caso *Leegin* e, em 14.04.2009, Maryland aprovou legislação expressamente ignorando a decisão *Leegin* no contexto estadual.

Outra avaliação tormentosa ocorreu quando o FTC, no caso *Federal Trade Commission (FTC) in the matter of Nine West Group Inc.*, buscou modificar uma decisão consensual no referido caso, adotando o standard de *Leegin*. Houve várias manifestações contrárias à revisão do caso *Nine West*. Outros casos julgados pelo FTC como *Poly Gram Holdings*; *North Texas Specialty Physicians* e *Realcomp* confirmam que a prática de FPR é “inerentemente suspeita” e que o padrão de prova para justificar a conduta deve ser muito robusto.¹⁴

Portanto, não parece completa a ideia de que atualmente, após *Leegin*, a utilização da regra da razão (sem nenhum tipo de rigidez) seja uma questão totalmente pacificada, conforme sustentado pelos órgãos instrutórios.

FPR na União Europeia

Na União Europeia, o art. 101 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estabelece que “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os,

14. Ver *Bye Bye Bargains? Retail Price Fixing, the Leegin Decision, and Its Impact on Consumer Prices*, Subcommittee on Courts and Competition Policy, House Judiciary Committee (April 29, 2008); see also *The Discount Pricing Consumer Protection Act: Do We Need to Restore the Ban on Vertical Price Fixing?*, Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, Senate Judiciary Committee (May 19, 2009). 18Ver *Executive Nominations*, Senate Judiciary Committee (March 10, 2009) (confirmation hearing for Christine Varney), Disponível em <http://judiciary.senate.gov/hearings/hearing.cfm?id=3700>. Ver carta do State Attorneys General, para o Senators Patrick Leahy, Specter, Kohl, et. al., *Re: Support for the Discount Pricing Consumer Protection Act (S. 2261)* (May 14, 2008).

20 Alan M. Barr, *State Challenges to Vertical Price Fixing in the Post Leegin World*, FTC Hearings on Resale Price Maintenance, Federal Trade Commission (May 21, 2009) at 3. Disponível em: [\[www.ftc.gov/opp/workshops/rpn/may09/docs/abarr.pdf\]](http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpn/may09/docs/abarr.pdf). Md. Code Ann., Com. Law § 11-204 (2009). Ver *New York vs. Herman Miller, Inc.*, 08-CV-02977 (S.D.N.Y. March 25, 2008).

por esse fato, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

Ocorre que, conforme o art. 101 (3), sempre é facultado às partes a apresentação de estudos que demonstrem que a prática em questão contribui para melhoria da produção ou da distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, de forma a seguir parâmetros de equidade e de preservação da concorrência. Ou seja, mesmo em casos de cartéis, há a possibilidade de se utilizar a referida defesa. (ver também o *Guidelines* de Restrições Verticais de 2000 e de 2010)

Além desta abordagem de efeitos, há tanto a regra de *minimis*, que estabelece que práticas verticais levadas a cabo por empresas com *market share* baixo não serão condenadas no âmbito antitruste, como a técnica chamada exceção em bloco, prevista no Regulamento 2790/1999 da Comissão Europeia [Block Exemption Regulation, ou simplesmente BER], que cria um porto-seguro (*safe harbour*) em relação a práticas verticais nas quais as empresas possuam menos de 30% de participação de mercado cumulativamente no downstream e no upstream. Trata-se de uma espécie de presunção de licitude. Todavia, as restrições verticais “*hardcore*” são apresentadas em uma espécie de “lista negra”, no art. 4.º do BER, e não podem ser incluídas neste tipo de exceção de bloco, tendo, também, uma avaliação diferenciada a respeito da regra de *minimis*.

Considerando tal sistemática, a FPR é o exemplo mais citado de prática vertical *hardcore*. Talvez, por isto, alguns autores consideram que a União Europeia utiliza-se da regra *per se* para o julgamento de FPR, sendo expresso este entendimento tanto pelo antigo *Green Paper on Vertical Restraints*¹⁵ como pelo Secretariado da OCDE na mesa redonda que tratou deste tema em 2008.¹⁶ Não obstante este ponto, o Secretariado esclareceu, conforme já mencionado anteriormente, que, do ponto de vista técnico, sempre é possível pleitear a defesa de eficiências em qualquer tipo de conduta na Europa. Todavia,

15. Ver Green Paper : “absolute territorial protection and Resale Price Maintenance (RPM) which may affect trade between Member States will not only continue to fall *per se* within Article 85(1) but are unlikely to be exempted”.

16. Ver OCDE – Policy Roundtable – 2008 – sobre Resale Price Maintenance – p. 48 em que o Secretariado da OCDE alegou que na Europa, “Setting minimum resale prices, however, is a practice that remains prohibited regardless of market share. In effect, RPM is treated as a *per se* infringement, at least with respect to minimum prices”. Já o representante da Holanda, neste mesmo evento, afirmou que não conseguia concluir com segurança se há ou não ilegalidade *per se* na União Europeia no que diz respeito a RPM.

na prática, no que diz respeito à conduta de FPR, as Cortes Europeias são extremamente receosas em relação a tais defesas (foi citado Kneepkens, Mart Kneepkens, *Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach*, 28 *European Competition Law Review* 656, n. 3 e 4, 2007). Com efeito, a jurisprudência europeia reconhece os efeitos perversos na fixação de preços de revenda, (ver decisão da Corte Europeia em 1971 *Deutsche Grammophon vs. Metro* (Caso 78/1970), em 1986, in *SA Binon & Cie vs. SA Agence et Messagerie de la presse*, Caso 243/1983; também Caso *Pronuptia* – OJ 13, 15.01.1987, p. 39; Caso *Comp.f.1/36.516 Nathan-Bricolux*, 05/07/2000 – OJ L54/01; 23/02/2001; COMP/37.975 *PO/Yamaha*, 16/07/2003; *CEPSA Estaciones de Servicio SA vs. LV Tobar e Hijos SL*, caso C-279/2006). Aliás, para a Comissão Europeia é improvável que, individualmente, se configure a exceção prevista no art.101 (3) para FPR.

Mais do que isto, a União Europeia se posicionou no sentido de que as defesas relativas à FPR, com questões atinentes à melhoria das condições de entrada ou de *free-riding*, não são justificáveis no longo prazo ou, de forma mais ampla, em mercados já existentes e com marcas bem estabelecidas. Ao invés de prevenir a competição entre distribuidores, poder-se-ia, assim, pensar em formas diferenciadas de pagamento no que diz respeito à revenda, ou mesmo uma diferenciação de preços feita pelo fabricante aos revendedores mais eficientes e que investem mais.

Não bastasse este rigoroso ponto de vista, deve-se avaliar que as legislações nacionais aparentam ter tratamento diferenciado nesta matéria. Assim, há quem sustente que na França [desde o Regulamento de 30.06.1945, alterado pela lei de 18.06.1952],¹⁷ na Romênia [art. 5.º(1) da Lei de Concorrência] e na Espanha¹⁸ a prática de FPR é ilícita *per se*. Também, na República Checa, (por meio da decisão da Corte Regional em Brno No. 62 Ca 14/2006-34 de 31.01.2007 – *Jizerské pekárny* e 31 CA 71/2004-129 de 22.11.2005 – *Oskar Mobil*), considera-se irrefutável a presunção de que FPR é prejudicial à concorrência. Por outro lado, em outros países, como na Itália [art. 2.º e 4.º da Lei de Defesa da Concorrência Italia – Lei 287 de 10.10.1990], a referida conduta é analisada pela regra da razão.¹⁹ No Reino Unido, após março de 2000, quando entrou em vigor o *Competition Act* de 1998, revogando o *Resale Price Act* de 1976, a princípio, também, passa-se a admitir uma abordagem semelhante a da União Europeia como um todo, ou seja, mais tendente a analisar os efeitos da conduta.

17. Ver Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy.

18. Ver Comissão Europeia. XXVI Relatório sobre política de concorrência 1996 Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy.

19. Ver Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy.

No âmbito da Alemanha, de acordo com Priscila Brólio “o art. 14 da GWB proíbe os contratos que limitam a liberdade da parte de fixar preços e outras condições comerciais, tratando as cláusulas de fixação de preços mínimos e máximos de revenda como ilícitas per se.”²⁰ Todavia, não parece ser esta a postura alemã. Com efeito, tanto o Bundeskartellamt, da Alemanha, e o OFT, do Reino Unido, alegam que a União Europeia está trilhando a interpretação mais aceitável em considerar a prática de FPR por intermédio de uma presunção de ilicitude *iuris tantum* (ou seja, pelo objeto), não se devendo aplicar uma presunção de licitude *iuris tantum* norte-americana (ou seja, pelo efeito), conforme se verifica nos trechos abaixo:

Posição do Bundeskartellamt – “In the wake of the Leegin judgment, there are calls in Europe to stop regarding RPM as generally anticompetitive and introducing a rebuttable presumption in favour of its legality. The Bundeskartellamt is of the opinion that this would be a step in the wrong direction. The abovementioned arguments in favour of and against RPM show that RPM may generate efficiencies but also make it very clear that these efficiencies are often not sufficient to outweigh the severe restrictions in price competition which it causes. Consequently, jurisdictions have to weigh the risks and benefits and find solutions that are practical and manageable for competition agencies. In this respect it needs to be stressed that the approach towards RPM under the European and German rules differs considerably from the US per se approach that applied to RPM before the Leegin judgment. Under European law, it is presumed that RPM is anticompetitive. However, if companies come forward with evidence that a vertical agreement generates efficiencies that may fulfil the conditions of Article 81 (3) EC or § 2 ARC, the competition agency would have to make its case that the agreement is indeed anticompetitive. In view of the negative effects of RPM mentioned above, it does not seem justified to change this order of presenting evidence. More specifically, in the light of these effects, a (rebuttable) presumption in favour of RPM's legality would impose too heavy a burden on a competition agency or a plaintiff to establish that a specific RPM system has anticompetitive effects. Furthermore, given the limited resources available, cases of RPM that may merit being taken up under competition law would probably not be investigated. Moreover, a change does not seem justified since the alleged pro-competitive effects of RPM often do not materialise in the real world. What is more, such effects can mostly be achieved by measures that are less restrictive of competition. Consequently, the negative effects resulting from eliminating intra-brand competition are normally not outweighed by alleged pro-competitive effects. The Bundeskartellamt is therefore of the opinion that the current rules

20. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Singular, 2002. p. 261.

under EC law (which are mirrored by German law) address the RPM issue in an appropriate manner. To successfully invoke an efficiency defence, the thresholds of Article 81(3) EC have to be met”.²¹

“Posição do OFT – It is not yet precisely clear how the rule of reason approach will be applied in practice in the US. In particular it is not clear whether there will effectively be a rebuttable presumption of illegality (similar to EC ‘object’ cases) or whether there will be a full rule of reason assessment (more similar to EC ‘effect’ cases). It is also important to note that there is extensive private competition litigation in the US, with the DoJ and FTC bringing only a small fraction of the total number of cases taken. This is in sharp contrast to the EC and UK where the administrative system means that, at present, the vast majority of cases are taken by DG COMP or the national competition authorities. (...) *In the UK, as under EC law, RPM is presumed to be anti-competitive ‘by object’ with no requirement for an anti-competitive effect to be demonstrated.* There is little evidence from a UK casework perspective that would militate in favour of relaxing this presumption of anti-competitive effect:

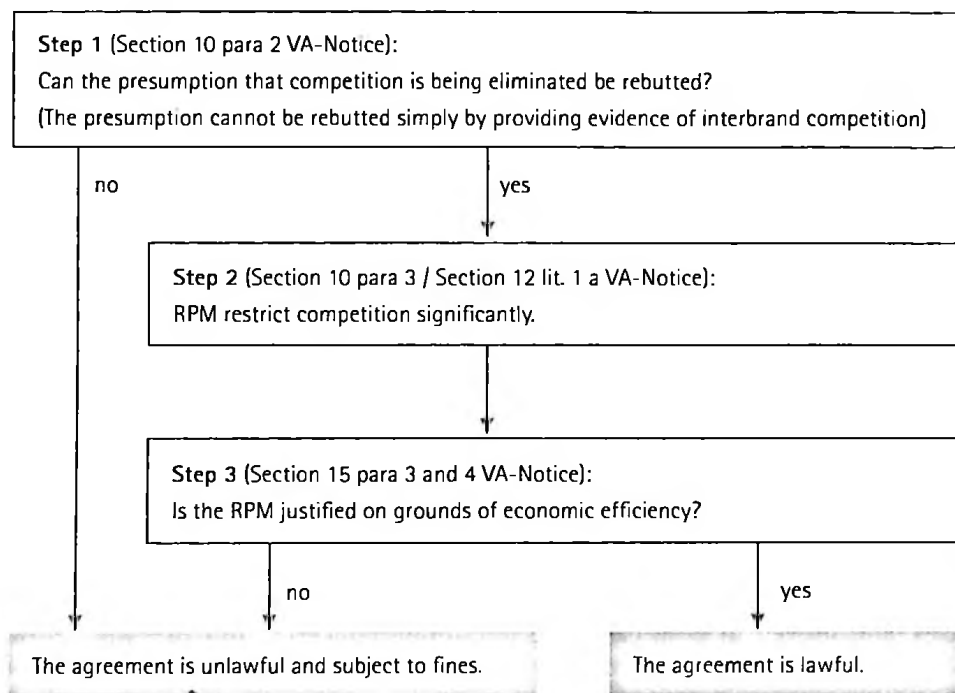
- While the economics literature on RPM highlights some efficiency benefits of RPM, our experience from UK book publishing has been that these efficiency benefits can be over-stated. As discussed above, this was one of the last sectors in the UK where RPM was legal. When RPM was removed, there were significant concerns about whether the efficiency benefits associated with RPM would be lost. In practice, we have instead seen an increase in book sales, in number of titles, in diversity of shopping experience, and we expect future increases in productivity.

- At the same time, whilst accepting the argument that RPM need not always have anti-competitive effects, the facts of the OFT’s cases against RPM on Replica Football Kits and Toys were clearly consistent with RPM having anti-competitive effects. There was a clear horizontal story of harm in both cases, and indeed in both cases the horizontal concerted practice was set out as a specific element of the case alongside the vertical RPM. (...) There may be occasions when RPM, viewed in the economic context, is not necessarily harmful or is indispensable for the efficient correction of incentive misalignment between vertically differentiated firms. The fact that RPM can be harmful in some circumstances, and beneficial in others, implies that interventions can potentially give rise to Type I errors (whereby pro-competitive and efficient activity is prohibited) and Type II errors (whereby there is too little enforcement and anti-competitive activity is insufficiently deterred). 29 Both types of error can have serious and long-lasting effects both on markets directly affected, and

21. Ver OCDE – Policy Roundtable – 2008 – sobre Resale Price Maintenance – p. 146.

on wider markets via the deterrent effect of interventions. It is important to think about these errors when choosing whether and where to intervene, and the OFT takes minimisation of Type I and Type II errors seriously. One way in which it does this is by applying a set of principles for prioritising its work. These focus on the impact and strategic significance of cases, and weigh this against the associated resource cost and risks. Carrying out this assessment intrinsically requires the OFT to establish a plausible theory of harm before taking forward any case, including RPM cases.”²²

A Suíça,²³ por seu turno, apresenta uma espécie de regra da razão estruturada e rígida sobre a matéria, conforme o gráfico abaixo:



Assim, na Suíça, três passos são observados para investigar se a FPR é lícita ou não.

Passo 1 – Inicialmente, há uma presunção de que acordos de FPR eliminam a concorrência efetiva, conforme Art. 5.º, § 4.º LCart. Por outro lado, para afastar

22. Ver OCDE – Policy Roundtable – 2008 – sobre Resale Price Maintenance – p. 204.

23. Idem, p. 190.

tal presunção, não basta alegar concorrência intermarcas (conforme Seção 10, § 2.º VA-Notice). É necessário que os preços não sejam transparentes, que não existam mecanismos de pressão, que seja uma lista de preços não vinculativa, dentre outras circunstâncias concretas, como por exemplo, justificativas sobre qualidade do serviço;²⁴ Não sendo possível afastar a presunção de ilicitude da FPR, a prática é considerada ilícita.

Passo 2 – Por outro lado, se for possível afastar esta presunção, mesmo assim, entende-se que esta espécie de acordo é prejudicial independentemente do *market share* (Seção 10, § 3.º e Seção 12 lit. a VA-Notice). Não é possível, portanto, aplicar a regra de *minimis rule* para FPR sob as leis Suíças.

Passo 3 – Apenas, então, analisam-se os efeitos econômicos da conduta, com propósito de avaliar se as eficiências na distribuição que compensam os prejuízos da prática; Por exemplo, avalia-se se há proteção contra *free-riders* ou resolução de problemas de dupla margem.

Outras jurisdições

A China (por meio do art. 18 do Fair Trade Act), a Coréia do Sul (por meio do art. 29 do Monopoly Regulation and Fair Trade Act of Korea – MRFTA), segue a proibição *per se* contra a fixação de preços mínimos de revenda.

Já, o México (por meio do Recurso de Revisão da Suprema Corte 2589/96, Grupo Warner Lambert México S.A de C.V. vs. Federal Competition Commission, que interpretou o art. 10 da Lei de Concorrência Mexicana) se utiliza da regra da razão para qualquer conduta unilateral.

Sabe-se que este debate internacional é muito grande e recente em uma série de outras jurisdições.

24. (ver artigo de Walter A. Stoffel, 2008, –Vertikalabsprachen und Marktabstimmung – Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission,– presentation hold at the Geneva Conference –Economic Experts in Competition Law.– Available at [www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de]. (Die Liste der Umstände – Der Grundsatz ist verbunden mit einer Auflistung von fünf konkreten Umständen, die bei der Einzelfallbeurteilung in der Regel eine Rolle spielen. Die fünf Umstände haben sich in der bisherigen Praxis des Sekretariates als problematisch erwiesen, vor allem wenn sie in der einen oder anderen Kombination vorkommen. Die Liste beginnt mit drei Umständen, die durch die Hersteller und Lieferanten beeinflusst werden können, und fügt diesen am Schluss zwei Marktcharakteristika an, welche auf eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Preisempfehlung hindeuten • eine nicht transparente Mitteilung der Empfehlung (1.), • die Verwendung von Druck und Anreizen zur Durchsetzung (2.), • und die fehlende Aussage über die Unverbindlichkeit der Empfehlung (3.); sowie alsdann • ein signifikant höheres schweizerischen Preisniveaus (4.), • und die tatsächlichen Befolgung der Empfehlung durch die Wiederverkäufer (5.).

Sinalização à sociedade brasileira

Entende-se relevante sinalizar se a prática de FPR é tolerável ou não à sociedade brasileira e, caso seja, em que medida há tolerância. Esta questão se torna mais interessante, levando em conta que o Conselheiro Cesar Mattos parece ter uma postura mais ousada que a experiência internacional, porque considera inexistir racionalidade econômica na conduta, *in verbis*:

“Suponha um monopolista no mercado upstream com vários revendedores (ou clientes de insumos no mercado downstream). Qual o possível interesse anticoncorrencial 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 [ou RMP] com preço mínimo. Na verdade, ao forçar um FPR de preço mínimo, o seu lucro cairá, enquanto o de seus revendedores aumentará. (...) [A] única forma de a FPR de preço mínimo ter propósitos anticoncorrenciais é se o mesmo estiver associado a uma prática cartelizada. (...) 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.”²⁵

Ou seja, há aqui quase que um argumento circular, em que só é possível FPR configurar um ilícito se houver facilitação de cartel na revenda com força suficiente para se impor contra o monopolista do upstream. Todavia, na referida hipótese, se os revendedores têm tanto poder para fazer tal imposição, isto significa que os mesmos já estão cartelizados e não necessitam da FPR como instrumento de facilitação do cartel. Além disto, trata-se de uma infração teoricamente impossível, já que o monopolista não terá incentivos em ver seu lucro diminuir. Deste modo, quase que se retira do mundo jurídico a ilicitude da FPR.

Ora, com tão rico e grande debate internacional sobre esta conduta, alguns considerando como prática inerentemente suspeita e outros como prática ilícita per se, talvez seja precipitado iniciar uma nova corrente que considera esta conduta como lícita, independentemente de qualquer circunstância. Aliás, a conduta de FPR pode ocorrer mesmo na ausência de um monopolista no upstream e pode, por exemplo, facilitar um cartel no próprio upstream.

Assim, antes de categorizar a conduta, talvez seja interessante, em um contexto democrático, promover uma discussão ampla, transparente. No seio deste deba-

25. MATTOS, Cesar. *Fixação de preços de revenda (Resale-Price Maintenance – FPR): elementos para um roteiro de investigação*. vol. 8, 4, p. 27-66, 2001.

te, poderá ser discutido como as diversas estratégias de verticalização podem ser tratadas pela autoridade de defesa da concorrência, a saber: contratos de franquia, contratos de exclusividade, FPR, dentre outras.

No caso concreto, a prática de FPR está devidamente comprovada. Por enquanto, salvo melhor juízo, a postura europeia, que versa sobre uma ilicitude pelo objeto parece ser mais adequada. Isto se dá porque a postura europeia é mais cautelosa e conservadora, já que, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de existir eficiência associadas a esta conduta vertical, também não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria, sem que se reflita, minimamente, a respeito com a sociedade a respeito deste tema. Aliás, os Estados Unidos é criticado pelo resultado que suas grandes mudanças de interpretação acarretaram no âmbito das estruturas verticalizadas.

Além disto, considerando o aspecto da regulação da risco anticompetitivos, entendo que – ao se inverter o ônus da prova – o representado terá que se preocupar, de forma muito mais aguerrida, em justificar a existência de concorrência intermarcas e de eficiências associadas. Ao Cade ou à sociedade em geral talvez possa ser difícil realizar este tipo de prova, já que é uma questão complexa, que demanda uma expertise setorial. Se a empresa realizou este tipo de prática tida como suspeita, muito provavelmente, ela tem muito mais condições técnicas para demonstrar o seu ponto de vista. O efeito imediato deste tipo de orientação é desincentivar aventuras de FPR sem uma justificativa muito firme e convincente e alegações frívolas no Cade. Serão aceitas como lícitas as FPR apenas excepcional e marginalmente.

Assim, mesmo admitindo que exista alguma espécie de justificativa atrelada, considero que caberia à SKF o ônus probatório da inexistência de risco anticompetitivo da aludida prática. Sobre este aspecto, irei discorrer na próxima parte do meu voto.

2.3 Análise do risco anticompetitivo

2.3.1 Definição de mercado relevante

As práticas verticais, geralmente, possuem mercado relevante alvo e origem da conduta.

Não obstante esta observação, não parece ter ocorrido uma definição precisa destes mercados até o momento.

A princípio, alguém poderia argumentar que, quanto à dimensão produto, os mercados afetados com a prática seriam os de produção (origem) e de revenda (alvo) de (a) rolamentos, (b) retentores, (c) ferramentas para manutenção e (d) equipamentos de monitoramento. Todavia, no AC 08012.002669/2002-89 (j. 14.05.2003), entre NKS Ltd. e Timken, o então rel. Miguel Barrionuevo adotou o parecer da Seae, definindo o mercado relevante como de rolamentos anti-fricção, subdivididos em rolamentos de esferas, cônicos e cilíndricos.

A SKF sustenta que o mercado relevante de rolamentos deve ser subdividido em (a) rolamentos para a indústria automotiva; e (b) rolamentos para outras aplicações industriais, visto que tal interpretação foi adotada pela Comissão Europeia em uma série de casos (tais como INA/FAG, Timken/Torrington e a NTN/SNR).

Ou seja, não parece haver uma delimitação do mercado, na dimensão produto, de forma consistente. Aliás, rolamentos podem ser segmentados das mais variadas formas, por exemplo: rolamentos de esferas (“Ball bearings”);²⁶ rolamentos de auto alinhamento (“self-aligning roller bearings”); rolamentos cônicos (“tapered roller bearings”); rolamentos cilíndricos (“cylindrical roller bearings”); rolamentos de agulha (“needle roller bearings”); dentre outros possíveis.

Embora exista esta grande diversidade de formas de segmentação do mercado, não houve um estudo aprofundado sobre a matéria, sendo ônus da requerente demonstrar sua participação de mercado, já que a tese defensiva é centrada neste conceito.

Veja que há uma série de problemas na forma como o mercado foi agregado. Por exemplo: No âmbito dos rolamentos esféricos de sulcos profundos (DGBB), as partes alegaram que se trata de uma “quase commodity”. Todavia, ao verificar a tabela de preços imposta pela SKF, no dia 13.06.2001, é possível verificar que na família DGBB há rolamentos que, sob o ICMS de 18%, como o 6004-Z, custavam R\$ 8,00 (oito Reais) e outros como o 618/630-MA custavam R\$ 38.287,60 (trinta e oito mil, duzentos e oitenta e sete Reais e sessenta centavos). Ambos pertencem aos rolamentos industriais. Aliás, o 23022 CC-C3/W33, da família SRB, tinha preço tabelado de 968,30 (novecentos e sessenta e oito Reais e trinta centavos). Por outro lado, o 23288-CAK-C3/W33, sob as mesmas condições, também da família SRB, estava tabelado com o preço de R\$ 134.253,12 (cento e trinta e quatro mil, duzentos e cinquenta e três Reais e doze centavos). Todas estas peças estão dispostas nas mesmas tabelas de preços. Verifica-se, desta forma, que tais tabelas se referem a bens extremamente heterogêneos. Aliás, mesmo quando comparados, dentro da mesma “família” e dentro de peças industriais, é possível encontrar uma grande disparidade de preços. Tal disparidade na precificação também se verifica quando se comparam os rolamentos automotivos.

Para comprovar este argumento, abaixo foi possível elencar uma pequena amostra da longa tabela de preços:

26. Ver também rolamentos de sulcos profundos (*deep groove Ball bearings*); rolamentos de três e quatro pontos (*three-point/ four point contact ball bearings*) e rolamentos de pressão (*thrust ball bearings*).

Parte da tabela com validade de 25.06.2001 – Peças industriais

DESCRIÇÃO	1% ICM	17% ICM	1% ICM	17% ICM	CURVA ABC	FAMÍLIA
09074 O	47,28	46,71	44,06	41,68	S	TRB
1008593 A	280,82	277,44	261,67	247,61	X	Mancais, acessórios
1009030 A	294,18	290,64	274,13	259,39	X	Mancais, acessórios
1077589	1.658,13	1.638,15	1.545,09	1.462,03	X	Kits, Ferramentas
1077589/2	3.744,18	3.699,07	3.488,89	3.301,33	X	Kits, Ferramentas
1077600	109,34	108,02	101,90	96,41	X	Mancais, acessórios
1077600-1	38,83	38,36	36,18	34,24	X	Mancais, acessórios
1077600-1A	32,60	32,21	30,37	28,73	X	Mancais, acessórios
1077601	71,03	70,17	66,19	62,62	X	Mancais, acessórios
108 TN9	48,25	47,67	44,95	42,53	S	SABB
11204 ETN9	89,92	88,84	83,79	79,29	S	SABB
11205 TN9	106,89	105,60	99,60	94,25	S	SABB
11205 TN9	115,56	114,17	107,69	101,91	S	SABB
11207 TN9	150,25	148,44	140,01	132,48	S	SABB
11209 TN9	204,03	201,57	190,12	179,89	S	SABB
11212 TN9	346,75	342,57	323,10	305,73	S	SABB
11590/11520/O	29,65	29,29	27,63	26,15	A	TRB
11X30206 A DB	89,14	87,08	82,14	77,72	S	TRB
1200 ETN9	38,85	38,38	36,20	34,25	B	SABB
1201 ETN9	38,83	38,36	36,18	34,24	B	SABB
1202	38,83	38,36	36,18	34,24	S	SABB
1202 ETN9	35,21	34,79	32,81	31,04	B	SABB
1203	38,85	38,38	36,20	34,25	S	SABB
1203 ETN9	38,85	38,38	36,20	34,25	B	SABB
1204 ETN9	48,58	47,99	45,27	42,83	A	SABB
1205 EKTN9	48,60	48,01	45,29	42,85	S	SABB
1205 EKTN9/C3	48,60	48,01	45,29	42,85	S	SABB
1205 ETN9	48,60	48,01	45,29	42,85	A	SABB
1205 ETN9/C3	48,60	48,01	45,29	42,85	S	SABB
1205 EKTN9	58,28	57,58	54,31	51,39	A	SABB
1205 EKTN9/C3	58,28	57,58	54,31	51,39	B	SABB
1206 EM	245,61	242,65	228,86	216,57	S	SABB
1206 ETN9	58,28	57,58	54,31	51,39	A	SABB
1206 ETN9/C3	58,28	57,58	54,31	51,39	B	SABB
1207 EKTN9	68,05	67,24	63,42	60,01	A	SABB
1207 EKTN9/C3	68,05	67,24	63,42	60,01	A	SABB
1207 ETN9	68,05	67,24	63,42	60,01	B	SABB
1208 EKTN9	80,66	79,69	75,16	71,12	A	SABB
1208 EKTN9/C3	80,66	79,69	75,16	71,12	A	SABB
1208 ETN9	80,66	79,69	75,16	71,12	B	SABB
1209 EKTN9	91,98	90,87	85,71	81,10	A	SABB
1209 EKTN9/C3	91,98	90,87	85,71	81,10	A	SABB
1209 ETN9	91,98	90,87	85,71	81,10	B	SABB
1210 EKTN9	108,86	107,55	101,44	95,98	A	SABB
1210 EKTN9/C3	108,86	107,55	101,44	95,98	A	SABB

Parte da tabela com validade de 25.06.2001 – Peças industriais

DESIGNAÇÃO	16% IONS	17% IONS	18% IONS	19% IONS	CURVA ABC	FAMÍLIA
22356 CCKW33	34 578.97	34 162.36	32 221.37	30 488.98	S	SRB
225147 M	206.45	203.96	192.35	182.02	S	TBB
226400	3 545.99	3 503.27	3 304.22	3 126.58	X	Kits. Ferramentas
227957 A	1 706.33	1 685.77	1 590.00	1 504.50	X	Kits. Ferramentas
227958 A	1 678.85	1 658.62	1 564.40	1 480.28	X	Kits. Ferramentas
230.500 CA/C08W509	44 786.43	44 246.83	41 732.89	39 489.10	S	SRB
230.500 CA/C3W33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.500 CA/W33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.500 CAK/C3W33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.500 CAK/W33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.530 CAK/W33	52 796.17	52 160.07	49 196.54	46 551.45	S	SRB
230.560 CA/C08W509	64 145.74	63 372.90	59 772.29	56 558.58	S	SRB
230.560 CAK/W33	62 571.73	61 817.85	58 305.58	55 170.75	S	SRB
230.600 CA/C08W509	48 139.53	47 559.54	44 857.30	42 445.61	S	SRB
230.630 CAK/W33	58 837.21	58 128.33	54 825.59	51 877.96	S	SRB
230.670 CAK/W33	116 748.58	115 341.97	108 788.66	102 939.56	S	SRB
2301	97.21	96.04	90.58	85.71	S	SABB
2302	50.00	88.92	83.87	79.36	S	SABB
2302 E-2RS1TN9	97.21	96.04	90.58	85.71	S	SABB
23022 CC/C3W33	968.30	956.63	902.28	853.77	S	SRB
23022 CC/C4W33	1 300.25	1 284.58	1 211.60	1 146.46	S	SRB
23022 CCAW33	944.60	933.22	880.20	832.88	B	SRB
23022 CCK/C3W33	944.62	933.24	880.22	832.89	S	SRB
23024 CC/C3W33	1 046.13	1 033.53	974.81	922.39	B	SRB
23024 CC/C4W33	1 076.91	1 063.94	1 003.50	949.53	S	SRB
23024 CCAW33	1 046.13	1 033.53	974.81	922.39	B	SRB
23024 CCK/C3W33	1 079.03	1 066.03	1 005.48	951.41	S	SRB
23024 CCK/W33	1 079.03	1 066.03	1 005.48	951.41	S	SRB
23026 CC/C3W33	1 302.10	1 286.41	1 213.32	1 148.10	B	SRB
23026 CC/C4W33	1 356.25	1 339.91	1 263.78	1 195.83	S	SRB
23026 CCAW33	1 358.28	1 341.92	1 265.66	1 197.62	B	SRB
23026 CCK/C3W33	1 400.78	1 383.90	1 305.29	1 235.10	S	SRB
23026 CCK/W33	1 400.78	1 383.90	1 305.29	1 235.10	S	SRB
23028 CC/C3W33	1 489.93	1 471.98	1 388.34	1 313.71	S	SRB
23028 CCAW33	1 444.85	1 427.44	1 346.35	1 273.95	S	SRB
23028 CCK/C3W33	1 442.71	1 425.33	1 344.34	1 272.06	S	SRB
23028 CCK/C4W33	1 567.93	1 549.04	1 461.02	1 382.47	S	SRB
23028 CCK/W33	1 442.71	1 425.33	1 344.34	1 272.06	S	SRB
2303	87.45	86.40	81.49	77.11	S	SABB
2303 E-2RS1TN9	130.47	128.90	121.58	115.04	S	SABB
23030 CC/C2W33	1 842.02	1 819.83	1 716.43	1 624.16	S	SRB
23030 CC/C3W33	1 844.82	1 822.59	1 719.04	1 626.61	B	SRB
23030 CC/C4W33	1 842.03	1 819.84	1 716.44	1 624.17	S	SRB
23030 CCAW33	1 844.82	1 822.59	1 719.04	1 626.61	B	SRB
23030 CCK/C3W33	1 902.55	1 879.63	1 772.83	1 677.53	S	SRB

Parte da tabela com validade de 25.06.2001 – Peças industriais

DESCRIÇÃO	16% ICMS	17% ICMS	17% ICMS	7% ICMS	CLASS/ABC	FAMÍLIA
23238 CC/C3W33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23238 CCW33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23238 CCK/C3W33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23238 CCKW33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23240 CC/C3W33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	S	SRB
23240 CCW33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	S	SRB
23240 CCK/C3W33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	B	SRB
23240 CCKW33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	S	SRB
23244 CC/C3W33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23244 CCW33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23244 CCK/C3W33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23244 CCKW33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23248 CC/C3W33	14 529,55	14 354,50	13 538,92	12 810,99	S	SRB
23248 CCK/C3W33	14 529,55	14 354,50	13 538,92	12 810,99	S	SRB
23248 CCKW33	14 529,55	14 354,50	13 538,92	12 810,99	S	SRB
23252 CACW33	19 135,36	18 904,81	17 830,71	16 872,03	S	SRB
23252 CACK/C3W33	19 135,36	18 904,81	17 830,71	16 872,03	S	SRB
23252 CACKW33	19 135,36	18 904,81	17 830,71	16 872,03	S	SRB
23256 CAC/C3W33	22 234,86	21 966,97	20 718,89	19 604,92	S	SRB
23256 CACKW33	22 234,86	21 966,97	20 718,89	19 604,92	S	SRB
23256 CACK/C3W33	22 234,87	21 966,98	20 718,90	19 604,93	S	SRB
23260 CAC/C3W33	28 845,30	28 497,77	26 878,65	25 433,48	S	SRB
23260 CACW33	28 845,29	28 497,76	26 878,64	25 433,47	S	SRB
23260 CACK/C3W33	28 845,30	28 497,77	26 878,65	25 433,48	S	SRB
23260 CACKW33	28 845,30	28 497,77	26 878,65	25 433,48	S	SRB
23264 CAC/C3W33	36 011,44	35 577,57	33 556,18	31 752,01	S	SRB
23264 CACK/C3W33	34 573,40	34 156,85	32 216,18	30 484,06	S	SRB
23264 CACKW33	34 573,41	34 156,86	32 216,19	30 484,08	S	SRB
23268 CAW33	44 757,35	44 218,10	41 705,80	39 463,45	S	SRB
23268 CAK/C3W33	44 757,35	44 218,10	41 705,80	39 463,45	S	SRB
23268 CAKW33	44 757,35	44 218,10	41 705,80	39 463,45	S	SRB
23276 CAK/C3W33	40 116,28	39 632,95	37 381,07	35 371,34	S	SRB
23280 CAK/C3W33	73 465,70	72 580,57	68 456,81	64 776,17	S	SRB
23280 CAKW33	73 465,70	72 580,57	68 456,81	64 776,17	S	SRB
23288 CAK/C3W33	134 253,12	132 635,61	125 099,73	118 373,67	S	SRB
234108 BM1/SP	1 796,91	1 775,26	1 674,39	1 584,37	S	TBB
234409 BM1/SP	1 892,29	1 869,49	1 763,27	1 668,47	S	TBB
234410 BM1/SP	1 951,11	1 927,60	1 818,08	1 720,34	S	TBB
234413 BM1/SP	2 267,27	2 239,95	2 112,69	1 999,10	S	TBB
234414 TN9/SP	2 587,55	2 556,37	2 411,14	2 281,51	S	TBB
234417 BM1/SP	2 899,88	2 864,94	2 702,18	2 556,88	S	TBB
234418 TN9/SP	3 322,87	3 282,84	3 096,31	2 929,83	S	TBB
234420 BM1/SP	3 593,91	3 550,61	3 348,86	3 168,81	S	TBB
234428 BM1/SP	8 647,81	8 543,62	8 058,21	7 624,95	S	TBB
235013 DC	2 267,99	2 240,66	2 113,37	1 999,72	S	CRB

Certamente que a comparação de preços, por si só, não é suficiente para definir o mercado relevante. Não obstante tal fato, em ambientes com elevada disparidade de preços, é muito provável que não exista substitutibilidade da demanda a ponto de justificar um mercado relevante único, independentemente da aplicação de testes mais sofisticados, para cada tipo de peça. Em outras palavras, ou há um prêmio de qualidade ao consumidor tão grande que justifique tamanha disparidade de preços (que por si só dificulta a utilização do teste do monopolista hipotético) ou, simplesmente, são equipamentos diferenciados não intercambiáveis pelo consumidor (o que é mais provável).

Também, quanto à substitutibilidade pelo lado da oferta, há indícios de que o mercado possa ser segmentado de forma bem estrita, o que poderia acarretar um redimensionamento da força da SKF no âmbito de rolamentos ou de peças específicas. Por exemplo, a Comissão Europeia, no Ato de Concentração envolvendo as empresas INA, AIG e NSFA, definiu o mercado relevante como sendo de rolamentos esféricos angulares para máquinas-ferramenta na Europa Ocidental. Além disso, no referido caso, entendeu-se que não haveria substitutibilidade pelo lado da oferta suficiente para aprovar a referida fusão, conforme Comunicação de Objeções apresentada pela Comissão. Ou seja, outros órgãos de defesa da concorrência tiveram grandes suspeitas ao agregar o mercado relevante analisado apenas pela ótica da oferta.

Ao ser indagada a este respeito, a empresa não apresentou qualquer estudo que pudesse ratificar o seu ponto de vista ou mesmo apresentar como se daria a substitutibilidade de oferta para seus tão diversificados produtos. Assim, qualquer menção ao argumento de que a empresa não possui “participação de mercado” elevada deve ser lida com extrema cautela, visto que tal afirmação se baseia em uma definição de mercado apriorística e não muito trabalhada, que pode tornar homogêneas mercadorias que não são substituíveis entre si, tanto pela oferta como pela demanda. Assim, deixa-se em aberto a definição precisa do mercado relevante produto. Por outro lado, serão utilizadas, a título informativo, como simples Proxy, as informações constantes nos autos de *market share*, sem que exista um comprometimento do Conselho a este respeito.

Quanto à definição geográfica dos mercados, o Cade em duas vezes o definiu como internacional (AC entre SKF e Timken – 08012.000294/2001-31 e AC 08012.002669/2002-89 entre NSK e Timken), visto que as importações de rolamentos atingiam aproximadamente cerca de 43% do total comercializado no mercado brasileiro. Para o Conselheiro rel. Cesar Mattos, todavia, tais importações não são independentes, mas, sim, feitas pelas próprias empresas já estabelecidas no mercado nacional, o que justificaria restringir a abrangência do mercado relevante ao âmbito nacional.

Sobre este aspecto, novamente, talvez fosse interessante explorar um pouco mais a definição geográfica do mercado, visto que a inexistência de custos ou de barreiras à importação pode, quiçá, justificar uma análise do mercado como mun-

dial, mesmo na ausência de importações independentes, ou seja, dando uma dimensão mais ampla no que tange ao mercado de origem.

Todavia, considerando questões relativas ao ônus da prova, entendo que (a) a representada acatou a definição geográfica nacional e (b) caso houvesse qualquer divergência sobre este aspecto, ainda assim, as conclusões deste processo não seriam modificadas, conforme será verificado a seguir.

2.3.2 Poder unilateral

Os fundamentos do voto do Conselheiro e dos pareceres da SDE, da Procuradoria do Cade e do MPF, no que tange à possibilidade da conduta, estão direcionados para os seguintes pontos nevrálgicos, quais sejam:

a) A SKF não possui *market share* suficiente para lhe conferir poder de mercado unilateral suficiente para criar risco anticompetitivo; e

b) É impossível haver poder de mercado coordenado, considerando a elevada rivalidade do mercado.

Assim, considerou-se tratar-se a FPR como crime [ou seja, infração] impossível. Tal conclusão baseia-se no art. 17 do CP, que considera não ser punível “a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Aplicando tal conceito ao Direito Concorrencial, o crime ou infração concorrencial ocorre, sempre quando os efeitos do art. 20 da Lei 8.884/1994 puderem ocorrer, ou seja, em última análise se está aqui falando se é ou se não é possível que uma conduta (seja ela horizontal ou vertical) consiga aumentar os preços dos produtos. A respeito de impossibilidade de aumento de preços, é possível pensar no modelo teórico hipotético de concorrência perfeita, no qual toda e qualquer prática horizontal ou vertical é – por concepção – impossível, em razão de uma série de fatores que acontecem de forma simultânea. Veja que no âmbito da concorrência perfeita, há uma infinidade de consumidores e de produtores, que transacionam um bem homogêneo, não havendo nenhum agente com poder de mercado. Posto de outra forma, tem-se, neste cenário, uma elasticidade da demanda infinita, na qual o menor aumento de preços é respondido com a total perda da quantidade vendida. Mais do que isto, não há dificuldades de entrada no mercado, sendo que também não há qualquer custo afundado. Portanto, é extremamente fácil a entrada e a saída do mercado. Mais do que isto, as partes, tanto produtores como consumidores, no modelo teórico de concorrência perfeita, têm conhecimento perfeito, absoluto, de tudo o que acontece no âmbito das preferências pessoais e dos termos de troca. É nesta sociedade, hipotética, de seres racionais e oniscientes, em que cartel é impossível por concepção, seja porque (a) a estrutura de oferta é extremamente dispersa/fragmentada, havendo grandes custos de unificá-la sob uma estrutura horizontal e (b), mesmo que formado o referido acordo ilícito, que eleve minimamente os preços, este será prontamente detectado e haverá, seguramente, alguma espécie de entrada fácil, provável, tempestiva e suficiente, que inibirá a elevação dos preços dos produtos.

Veja que pensar sobre possibilidade da consecução da infração levando em consideração a estrutura do mercado é diferente de pensar a possibilidade de obtenção de um resultado de um crime olhando-se para questões de natureza física (falta de lesividade de um revólver de brinquedo), química (falta de perigo em substância que não é tóxica, mas a pessoa erroneamente pensa administrar veneno) ou até mesmo biológica (se a vítima está ou não morta). Todas estas são questões empíricas facilmente verificáveis.

Pensemos em um homicídio por arma de fogo. O revólver (e o tiro proferido pelo mesmo), certamente, é o meio pelo qual se obtém o resultado criminoso. Um revólver sem balas ou de brinquedo, portanto, diz respeito a um meio ineficaz para matar uma pessoa, não havendo qualquer possibilidade de existir tentativa de homicídio, se o próprio homicídio não poderia ser levado a cabo, mesmo em teoria, por este meio. Já, por outra perspectiva, o objeto é relevante, já que para que o homicídio aconteça é necessário que a pessoa esteja viva. Atirar em pessoas que estão mortas pode talvez representar outra figura criminosa (como vilipêndio a cadáver), mas para o propósito de homicídio, certamente, se verifica uma absoluta impropriedade do objeto.

Se a diferença é clara entre o meio utilizado para o crime e o objeto que pode ser afetado em um homicídio [no caso, uma pessoa viva], a mesma coisa não ocorre em uma conduta anticompetitiva. Se pensarmos em um ambiente de concorrência perfeita, na tentativa cartelizante há, ao mesmo tempo, ineficácia absoluta do meio utilizado (já que, como pressuposto do modelo, um agente isolado ou mesmo alguns agentes não tem poder de mercado para elevar o preço do produto, em razão da elevada elasticidade da demanda) e absoluta impropriedade do objeto (visto que a estrutura de oferta, em si, e por concepção, contesta, via participação de agentes externos do mercado, a subida dos preços, mesmo na eventualidade de uma improvável coordenação dos agentes internos do mercado). Em outras palavras, agente e objeto se confundem.

Claro que para fins antitruste talvez fosse o caso de se questionar se a definição de mercado relevante está correta, visto que pelo teste do monopolista hipotético se espera que em um mercado seja possível que um monopolista consiga – de forma bem sucedida – alcançar um aumento de preço não transitório e significativo, o que não é possível alcançar sem relaxar as hipóteses do modelo de concorrência perfeita, em especial, a que diz respeito à contestabilidade do mercado.

Ou seja, como bem explicitado, este é um modelo hipotético que não consegue utilizar a terminologia antitruste de mercado relevante. Portanto, qualquer consideração sobre *market share* neste modelo é totalmente descabida e sem sentido prático.

A questão importante que cabe levantar é: e, no mundo real, um *market share* elevado é condição necessária ou mesmo suficiente para elevar preços? Esta consideração decorre da constatação de que uma prática apenas ganha relevância pública se o agente que a realiza tem força o suficiente para modificar preços.

Para Cesar Mattos: “se dois motoristas de táxi do ponto mais próximo ao Cade resolverem combinar não dar descontos aos clientes, dificilmente poderia ser considerado um ilícito anticoncorrencial, dada a total falta de capacidade de impor preços, coordenadamente, desses agentes ao mercado” (voto Processo Administrativo 08012.004484/2005-51).²⁷

Por outro lado, se homens de negócio (no exemplo taxistas) combinam preço entre si, muito provavelmente, há uma justificativa para tanto, visto que são agentes supostamente racionais que maximizam seu bem estar. Talvez, por isto, este tipo de prática seja considerada ilícita *per se*, ao menos em alguns países. Além disso, se estes taxistas, mesmo com baixo poder de mercado, conseguirem convencer outros agentes a realizar divisões territoriais ou mesmo a formar o referido cartel de preços, ainda assim, este seria um crime impossível? É crime impossível, por impropriedade absoluta do objeto, que agentes com pouco *market share* busquem colusão em um ambiente mercadológico específico, independentemente das características do mercado? E mesmo que tais características sejam dadas, e se saiba de antemão que a tentativa de colusão se deu em um ambiente mercadológico contestável, mas tal contestabilidade pode ser modificada a depender das expectativas dos agentes econômicos e/ou de outras variáveis que podem ser controladas e modificadas pelas ações dos mesmos? Como ponderar os riscos associados a estas práticas, sabendo que a autoridade concorrencial, também, pode cometer erros tanto em sub como em supervalorizar o que é possível e impossível no âmbito mercadológico?

Estas não parecem ser questões triviais, já que o mercado é interpretado, sempre, pela lente de um viés teórico econômico. Além disso, ele é parte de uma criação social. Do ponto de vista ontológico, utilizando os ensinamentos de Pierre Bourdieu, temos que, por meio de um processo de reflexividade, estruturas sociais são, ao mesmo tempo, estruturadas e estruturantes. De todo modo, temos

27. No mesmo sentido, é interessante avaliar o seguinte trecho escrito por Hovenkamp: “The widespread application of the *per se* rule to agreements among competitors has often blinded courts to some of these economics. For example, it is not generally a defense to a price fixing charge that the cartel members did not hold enough market power to reduce output profitably. If an urban market contains 50 similar grocers and three of them jointly run a newspaper advertisement quoting retail prices, the arrangement would reduce advertising costs for each of the three. Furthermore, three grocers out of 50 could not plausibly fix prices — customers would respond to their price increase by buying from the other 47. In such a case the inference that the arrangement creates efficiency is very strong, while the inference of price fixing is very weak. Nevertheless, a court might hold that the *per se* rule prevents it from considering both the argument that the defendants had no market power and that their agreement produced cost reductions that would benefit consumers” (HOVENKAMP, Herbert. *Economics and Federal Antitrust Law*. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985, p. 110-111).

que a estrutura de mercado não é decorrente de um dado empírico (físico, químico ou biológico), o que dificulta a analogia com a maioria dos exemplos penais de crime impossível, mas, pelo contrário, é decorrente de um processo reflexivo em que o agente interfere na natureza do objeto, podendo modificá-la, tornando o que a princípio era uma estrutura de elevada concorrência, na qual a prática anticompetitiva era – a princípio – improvável, em uma estrutura diferente que passa a ser potencial alvo de ilícitos competitivos como ilícitos possíveis, pela modificação de estruturas sociais. Daí que é difícil saber o que significa, *a priori*, impropriedade absoluta do objeto ou ineficácia absoluta do meio em um tipo de infração concorrencial, que diz respeito a relações humanas e estruturas de ofertas que se modificam e que possuem uma certa plasticidade peculiar. Daí a pertinência de a Lei 8.884 ter mencionado como condutas anticompetitivas não só as de abuso de poder econômico, como também as tendentes à dominação de mercado.

Deste modo, agentes com baixa participação de mercado, às vezes, podem infligir dano concorrencial, sim. Não parece ser impossível – do ponto de vista teórico – que agentes menores criem barreiras de entrada artificiais, via óbices formais e materiais ao desenvolvimento de concorrentes com elevada participação de mercado, pelas mais diversificadas estratégias de elevação de custos dos rivais. Também, foros que favorecem trocas de informações, criados por agentes pequenos podem, talvez, em determinados cenários, propiciar a colusão tácita entre todos os participantes do mercado. Assim como agentes com baixa participação de mercado podem realizar um convite à cartelização de todos os outros entes empresariais, o que poderia modificar o caráter improvável da conduta.

Soma-se a este já complexo cenário a seguinte questão: O novo guia de atos de concentração norte-americano reconhece que mesmo concentrações entre empresas com baixo *market share* podem gerar aumento de preço ao consumidor final, já que este conceito pode não refletir o ambiente competitivo:²⁸

“Market shares may not fully reflect the competitive significance of firms in the market or the impact of a merger. They are used in conjunction with other evidence of competitive effects”.

Tal questão é muito saliente no que diz respeito a fusões entre os agentes mais eficientes do mercado que teriam maior capacidade a adquirir *market share* futuro (em especial em leilões), ou mesmo quando se tem uma análise de bens diferenciados.²⁹ Eis o que se depreende da leitura de Joseph Farrell and Carl Shapiro (2010)

28. (e serem mais danosas que outras concentrações com participação de mercado superior mas menor elasticidade cruzada).

29. Sobre a análise de efeitos unilaterais em produtos diferenciados, o Guia de 2010 afirma que “In differentiated product industries, some products can be very close substitutes and compete strongly with each other, while other products are more distant

"Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition", The B.E. Journal of Theoretical Economics: vol. 10: Iss. 1 (Policies perspectives), Article 9. p. 4:

"The DOJ and the FTC have perhaps the world's largest concentrations of Ph.D. industrial organization economists, and *they do not mechanically rely on concentration and market shares*, but seek flexibly to understand the economics of the industry. Economic analysis of unilateral effects, in particular, has advanced greatly in recent decades, but the Guidelines begin by describing an approach to defining relevant markets, and stress market concentration as a primary signal of competitive effects. This approach does not always work well in the large class of mergers in which the merging firms sell differentiated products and the agencies must weigh concerns about unilateral effects. Product differentiation can make defining the relevant market problematic, notably because products must be ruled 'in' or 'out', creating a risk that the outcome of a merger investigation or case may turn on an inevitably artificial line-drawing exercise"

Para ilustrar estes problemas, digamos que a fusão entre duas empresas hipotéticas, que vendem produtos de luxo, eleve o preço destes produtos diferenciados a 4%. Assim, com este resultado, a linha *premium* não representa, por si só, um mercado relevante pelo teste do monopolista hipotético (já que geralmente exige-se um aumento superior a 5% para definir um mercado antitruste). Então, é razoável que nesta hipótese se incluam no mercado todos os produtos populares (que possuem menos elasticidade cruzada com os de luxo), o que pode diluir (e muito) a participação das empresas de luxo. Todavia, dizer que uma concentração que gera 4% de aumento de preços é irrelevante, porque os *market shares* dos produtos no agregado mascara ou esconde a grande elasticidade cruzada verificada

substitutes and compete less strongly. (...) Adverse unilateral price effects can arise when the merger gives the merged entity an incentive to raise the price of a product previously sold by one merging firm and thereby divert sales to products previously sold by the other merging firm, boosting the profits on the latter products. Taking as given other prices and product offerings, that boost to profits is equal to the value to the merged firm of the sales diverted to those products. The value of sales diverted to a product is equal to the number of units diverted to that product multiplied by the margin between price and incremental cost on that product. In some cases, where sufficient information is available, the Agencies assess the value of diverted sales, which can serve as an indicator of the upward pricing pressure on the first product resulting from the merger. *Diagnosing unilateral price effects based on the value of diverted sales need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration.* The Agencies rely much more on the value of diverted sales than on the level of the HHI for diagnosing unilateral price effects in markets with differentiated products. If the value of diverted sales is proportionately small, significant unilateral price effects are unlikely".

é, certamente, uma visão míope da concorrência. Aliás, é em razão deste tipo de questão, que os métodos de simulação de efeitos de fusão deixam de lado uma avaliação exclusivamente das estruturas da oferta em termos de participação de mercado percentuais (e acrescentam outras variáveis importantes à análise). E se isto é correto para fusões, também pode-se fazer a mesma afirmação no que diz respeito a condutas, podendo se ter um papel extremamente relativizado do *market share* no âmbito de infrações concorrenciais, para determinar o que é ou não uma “ineficácia absoluta do meio” ou mesmo “impropriedade absoluta do objeto”, caso estes conceitos consigam ser utilizados no antitruste.

Soma-se a todos estes problemas teóricos o fato de a Autoridade de Concorrência Suíça, por exemplo, considerar que *market share* não é sequer relevante para configurar a ilicitude de FPR, dado o caráter nocivo desta conduta. No mesmo sentido, nos termos dos *Guidelines* preparados pelo *Office of Fair Trading*, quando a soma das quotas de mercado dos intervenientes num acordo não exceda 25% do mercado relevante, considera-se que tal acordo não terá, *em princípio*, “an appreciable effect on competition” – mas entre as exceções está a fixação de FPR: “The Director General appears to regard such agreements as having an appreciable effect whatever their market share”.³⁰

Enfim, parece ser equivocado considerar poder de mercado como sinônimo de *market share*.

Mesmo assim, e fazendo todos estes descontos às análises anteriores, segundo levantamento da SDE, a SKF teria (a) 2% de participação no mercado de retentores; (b) 15% de participação no mercado de peças para manutenção; (c) 20% do mercado nacional de equipamentos de monitoramento; e (d) 28% participação no mercado de rolamentos. Portanto, no âmbito do mercado de rolamento, de acordo com Cesar Mattos, a SKF teria um *market share* próximo a 30%, superior aos 20% da presunção legal do nosso ordenamento jurídico, “mas sem indícios adicionais de poder de mercado”.

Neste sentido, Mattos compreendeu que a SKF é uma das quatro maiores empresas do setor, extremamente competitivas, e que garantem rivalidade ao mercado:

- SKF
- NSK
- INA/FAG
- Timken

Deste modo, para o relator, seria impossível que a fixação de preços de revenda, de forma unilateral, fosse uma prática que trouxesse algum prejuízo ao mercado. Sobre este respeito, discordo que (a) seja impossível realizar prática anticompetitiva em razão de baixo *market share* e (b) que não existem indícios

30. CALVETE, Victor J. Op. cit.

de poder de mercado, seja unilateral ou coordenado, suficiente para condenar a representada.

Inicialmente, verifico que não há mensuração separada do mercado alvo em relação ao mercado origem da prática. Sobre o mercado alvo, a SKF alegou existir tanto distribuidores exclusivos como multimarcas. De todo modo, quanto ao poder de mercado unilateral, novamente, lembro que na Suíça as condenações por FPR ocorrem de forma independente do *market share* das empresas envolvidas. Também, na União Europeia, esta conduta não estaria protegida pela exceção em bloco, dado o caráter *hardcore* da conduta, nem pela regra de *minimis*, que considera haver uma presunção de licitude a condutas verticais quando os representados possuem menos de 10 ou 15% de participação em um mercado relevante. Em outras palavras, o *market share* não serviria de escudo protetor à representada na Europa.

Olhando-se apenas para “participação de mercado” e utilizando-se a analogia com outras condutas verticais verificadas nos Estados Unidos, não há, também, um porto seguro para se determinar o *quantum* de *market share* é suficiente para causar dano em uma prática vertical.³¹ Pode-se citar o caso *Twin City Sportservice*,

31. De acordo com GONÇALVES, Priscila Brólio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. Ed. singular. p. 117 – “Segundo a ABA Section of Antitrust Law, o percentual de 20% de fechamento de mercado abaixo do qual um contrato de exclusividade de compra estaria resguardado (*safe harbour*), existe desde o início dos anos 1970. Porém, com a decisão *Jefferson Parish*, tal percentual passou a ser de 30%. Abaixo desse patamar, as cortes tenderão a desde logo descartar a ilicitude da prática, sem maior aprofundamento da análise (*Antitrust law developments*, cit., p. 217)”. Por outro lado, esta questão já foi tratada no voto do ex-Conselheiro Rigato no caso do PA 53500.000502/2001. Embora Rigato tenha sido vencido, pelo voto de qualidade da Presidente Elizabeth Farina – que questionou a definição do mercado relevante de distribuição de celulares, seu posicionamento foi aceito no que diz respeito ao fundamento que afastou esta presunção da ABA mencionada por Priscila Brólio Gonçalves. Seu voto está escrito da seguinte forma: “Muito embora a representada tenha reconhecido que o direito norte-americano faz uma análise qualitativa das cláusulas de exclusividade, afirmou-se, também que: ‘Em caso de fechamento de mercado de até 40%, a Jurisprudência, rotineiramente, sustenta a legalidade do contrato de exclusividade’ (f.) Para justificar a existência da referida zona de segurança a representada citou diversos casos norte americanos, dentre eles o caso *Jefferson Parish*. De acordo com a CRT, o caso *Jefferson Parish Hospital District n.2 vs. Hyde* foi um marco para a Suprema Corte Norte-Americana, pois, a partir de então, passou-se a ‘considerar lícitas as cláusulas de exclusividade que não provocassem fechamento de ‘parcela substancial do mercado’, fixada em torno de 30 a 40% do mercado” (Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 437, 1989. Cf.(f.) dos autos). “Todavia, cumpre esclarecer que o caso *Jefferson Parish Hospital District n.2 vs. Hyde* versava sobre a venda casada de serviços hospitalares e de anestesia. No referido caso, entendeu-se que, como o Hospital representado

Inc. vs. Charles O. Finley & Co., 676 F.2d 1291, 1301-02 (9.º Circuito), de 1984, em que se entendeu que o fechamento de 24% do mercado relevante de revenda

possuía apenas 30% de *market share*, não seria possível aplicar a regra que considerava a venda casada como um ilícito *per se* (o que não significa que seja ou não seja um ilícito sob a regra da razão). Além disto, entendeu-se no referido caso que os pacientes não conseguiam diferenciar os serviços ofertados por anestesiológicas, o que dificultava caracterizar qualquer espécie de coação na venda conjunta dos serviços médicos e de anestesia. Assim, a conclusão do caso *Jefferson Parish* não é uma autorização tácita para qualquer contrato de exclusividade que afete até 30% do mercado relevante, como alegou a representada. Além disto, não há uma regra – expressa – permitindo um ou outro valor. Por exemplo, os Estados Unidos já entenderam, no caso *Standard Oil Company of California (Standard Stations) vs. United States*, que o fechamento de 6,7% do mercado poderia, em mercados com elevadas barreiras à entrada, significar uma prática ilícita. Por outro lado, a representada alega que esta regra foi revista no caso *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co* (1961) e, principalmente, no caso *Jefferson Parish* (1984), sendo que – após 1984, as cláusulas fixadas até o limite de 40% seriam, naturalmente, consideradas lícitas. De fato, há uma série de casos que aceitaram o limite de até 20% de fechamento de mercado como razoável, tais como: *Caso Satellite Television & Associated Resources*, (com fechamento de 8%); *caso American Motor Inns vs. Holiday Inns* (com fechamento de 14,7%); *Cornwell Quality Tools Co. vs. C.T.S. Co.*, (fechamento de 10-15%); *Kidd vs. Bass Hotels & Resorts, Inc* (venda exclusiva de móveis para hotel que representa menos de 9% dos quartos de hotéis dos Estados Unidos); *TAM, Inc. vs. Gulf Oil Corp.* (com fechamento de 7% das vendas e 5%); *Bepco, Inc. vs. Allied-Signal, Inc.* (fechamento de mercado entre 18,5% e 21,5%, estando um pouco abaixo do que é substancial); *Caso Beltone Elecs. Corp.*, (fechamento de 7 a 8% dos pontos de venda e 16% das vendas líquidas). Contudo, não é correto afirmar que a jurisprudência norte-americana tenha definido um valor fixo para restrições verticais como *lícito per se*, independente das variáveis de mercado ou das barreiras à entrada. Para demonstrar este argumento, pode-se citar o caso *Twin City Sportservice, Inc. vs. Charles O. Finley & Co.*, 676 F.2d 1291, 1301-02 (9.º Circuito), de 1984, em que se entendeu que o fechamento de 24% do mercado relevante era considerado uma prática ilícita. Também, no caso *Minnesota Mining & Mfg. Co. vs. Appleton Papers, Inc.* 35 F. Supp. 2d 1138 (D. Minn), julgado em 1999, considerou-se que o fechamento de 30 a 40% significava o ‘fechamento do mercado’ ilícito. Assim, ao contrário do que a representada alega, em geral, a jurisprudência norte-americana tem considerado que a clausulas de exclusividade acima de 40% não estão em conformidade com as regras concorrenciais. Também, o fechamento de mercado acima de 50% tem sido considerado – em regra – como conduta ilícita [ver *Kohler Co. vs. Briggs & Stratton Corp.* (envolvendo o fechamento de 62% do mercado); *United States vs. Dairymen, Inc.* (considerando como ilícito o contrato de exclusividade em que o réu possuía 59,5% do mercado e os contratos afetavam 50% do mercado); *Oltz vs. St. Peter's Cmty. Hosp.* (em que 84% de participação do mercado)]. Não se desconhece que existam exceções e que

deveria ser considerado uma prática ilícita. Também, no caso *Minnesota Mining & Mfg. Co. vs. Appleton Papers, Inc.* 35 E Supp. 2d 1138 (D.Minn), julgado em 1999, considerou-se que o fechamento de cerca de 30% da revenda significava fechamento ilícito do mercado. Em todos estes casos as partes tinham participações unilaterais próximas a 30% (de forma semelhante à SKF) e entendeu-se não só que a infração era possível como se condenou a prática.

De todo modo, parece-me que fazer um juízo do *quantum* de participação de mercado é suficiente (ou não) à condenação de uma prática vertical pode significar, na realidade, um reducionismo da análise antitruste ao instrumental de participação de mercado (em especial no ambiente específico deste caso, em que há extrema heterogeneidade de produtos e razoáveis dúvidas sobre a validade da definição de mercado traçada pela requerente). Sobre este assunto, eu recorro meu Despacho 03/2010, no qual entendi ser relevante avaliar outras variáveis, como as elasticidades (própria e cruzadas); a margem de lucro unitária (que permite o cálculo do índice de *Lerner*) e o contexto econômico inerente, com o propósito de avaliar o que, de fato, significa poder de mercado. Todas estas questões fáticas fazem parte do ônus probatório de quem realiza uma conduta arriscada como FPR, sendo que a SKF não conseguiu trazer aos autos provas robustas de sua falta de poder de mercado.

Lembro, também, que a presente prática de FPR é diversa das demais práticas verticais, sendo atualmente considerada como inerentemente suspeita, conforme o recente caso *Realcomp*³² do FTC. Em razão disto, conforme explicita Meyer, a ilicitude de FPR, ao menos nos Estados Unidos, se daria de forma independente do *market share* das partes envolvidas³³ e apenas em casos extremos se admitiria a possibilidade da litude da mesma.

De todo modo, mesmo admitindo, por motivos eminentemente retóricos, que, sob o ponto de vista unilateral, a representada não tivesse poder de mercado suficiente para causar risco anticompetitivo, compreendo, ao contrário do Conselheiro relator, que existe, sim, diversos elementos palpáveis, neste caso, que possibilitam afirmar a existência de elevado “poder coordenado” entre as empresas de rolamentos, o que gera impactos, inclusive, na própria racionalidade da conduta.

2.3.3 Poder coordenado

o direito norte-americano prefere uma análise casuística. Porém, com certeza, não existe uma zona de segurança antitruste pacífica no direito norte-americano abaixo de 40% do mercado, como argumenta a representada”. Após, também, foram feitas considerações interessantes sobre o caso europeu Oscar Bronner/Mediaprint.

32. *Realcomp II Ltd.*, FTC Docket No. 9320, op. (Oct. 30, 2009), available at [www.ftc.gov/os/adjpro/d9320/091102realcompopinion.pdf].
33. David Meyer, em seu artigo *The FTC's New "Rule of Reason": realcomp and the expanding scope of "Inherently Suspect" analysis*.

Não se busca aqui avaliar se existe ou não cartel entre empresas, como uma prática ilícita, repudiada pelo ordenamento pátrio, visto que, para tanto, seria necessário que se percorresse um rito próprio, com investigação específica. Todavia, outra questão diz respeito às características estruturais da indústria. Em outras palavras, busca-se verificar se há condições objetivas para que empresas se coordenem ou tenham uma colusão tácita, como estratégia racional, no upstream, em razão da FPR. A avaliação da possibilidade de colusão na indústria, mesmo que tácita, é relevante para saber se e em que medida uma FPR é prejudicial no mercado afetado, visto que, como já largamente argumentado, quando não há concorrência intermarcas, mesmo que por questões estruturais, tal prática vertical tende a causar prejuízos sociais, mantendo a estabilidade do acordo tácito.

Há três espécies de provas que serão estudados, atinente às condições objetivas relativas à colusão tácita, a saber: (a) evidências societárias, (b) evidências econômicas e (c) evidências históricas da indústria.

Evidências societárias

A primeira questão que salta aos olhos do analista é que há uma série de relações societárias entre estas empresas tidas como concorrentes. Digo isto, porque, no caso analisado pelo ex-Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto (AC 08012.000294/2001-31 (j. 06.03.2002), as empresas SKF do Brasil e Timken do Brasil Ltda., constituíram uma *joint-venture*, por meio da empresa International Component Supply Ltda, para produzir anéis usinados sem tratamento térmico (machine Green rings), matéria-prima para produção de rolamentos. Como justificativa desta *joint venture* as partes alegaram à época que pretendiam combinar ativos existentes e apropriados em um prédio existente da SKF localizado em Cajamar para organizar e instalar a International Component Supply Ltda. com a finalidade de obter economias de escala. As requerentes visavam custos menores na produção de anéis de alta qualidade sem tratamento térmico e outros componentes a partir da matéria-prima fornecida pelas partes e por terceiros, conforme previsto no Contrato Principal datado de 22.12.2000. Alegou-se, também, que a SKF já possuía uma relação vertical com a Timken e fornecia anéis à mesma. Esclareceram, também, que a maioria das empresas que produzem anéis forjados, cônicos e usinados para fabricação de rolamentos cônicos (“anéis” ou “produto relevante”) não os comercializam, uma vez que, em tal mercado, a integração vertical é uma característica dessa indústria.

Já no AC 08012.002669/2002-89 (j. 14.05.2003), o então rel. Miguel Barrio-nuevo analisou uma *joint venture* entre NSK e Timken para a constituição de uma *joint venture* para a construção de uma planta industrial próxima à cidade de Shanghai, na República Popular da China (a “Fábrica de Suzhou”), que deveria produzir determinados rolamentos anti-fricção (“anti-friction bearings”), especificamente rolamentos cônicos (“tapered roller bearings”). A NSK e a Timken deveriam controlar, cada uma, 50% (cinquenta por cento) do capital social da “joint venture”,

denominada Timken-NSK Bearings (Suzhou) Co. Ltd. As empresas solicitaram permissão para transacionar, no Brasil, os produtos desta *joint-venture*.

Ou seja, Timken tem relação com a SKF para produzir o insumo de rolamentos e ao mesmo tempo possui uma *joint-venture* com a NSK para produzir rolamentos conjuntamente. Tais empresas (SKF, Timken e NSK) possuíam, conjuntamente, à época da conduta, 57% do mercado de rolamentos.

Não obstante esta evidente constatação, a representada foi chamada a se pronunciar, em instrução complementar feita em meu gabinete a respeito do mencionado vínculo societário e se este vínculo não teria como diminuir a rivalidade no setor. A resposta que obtive foi a seguinte:

“as *joint ventures* acima mencionadas cuja constituição foi notificada ao Cade em 2001 e 2002 (Atos de Concentração 08012.000294/01-31 e 08012.002669/2002-89) não tinham suas atividades atreladas à fabricação de rolamentos e, sim, eram voltadas a fabricação de produtos periféricos tais quais componentes que podem ser fornecidos por qualquer fabricante atuante neste segmento. Desta forma, estas *joint ventures* não seriam instrumentos hábeis a facilitar o exercício de poder coordenado no mercado de rolamentos.”

Todavia, não se concorda com o referido argumento (a) porque, ao contrário do que foi argumentado pelas requerentes, as *joint-ventures* são, sim, específicas para produção de rolamentos e de seus insumos ou (b) porque os insumos de rolamentos mencionados no caso SKF/Timken não podem ser fornecidos por qualquer fabricante, já que a referida produção de anéis usinados, como afirmado acima, é em grande parte verticalizada.

Aliás, será aberto um auto de infração específico para avaliar se a referida resposta pode ou não estar sujeita à multa de enganosidade. De todo modo, independentemente do mérito da referida apuração, do ponto de vista objetivo, é possível alegar, sim, que existem *joint-ventures*, no setor de rolamentos, que tendem a diminuir a rivalidade entre os principais concorrentes do mercado brasileiro.

Evidências econômicas

Não bastassem as relações societárias sólidas entre os supostos concorrentes, o mercado de rolamentos também possui algumas características que me levam a duvidar de que exista uma rivalidade intensa que impeça a colusão, ainda que tácita, entre os referidos membros.

A primeira variável, obviamente, é o interesse societário conjunto. A Timken lucra tanto com os rolamentos da SKF vendidos no Brasil como com os rolamentos vendidos pela NSK, o que tende a diminuir a rivalidade do mercado.

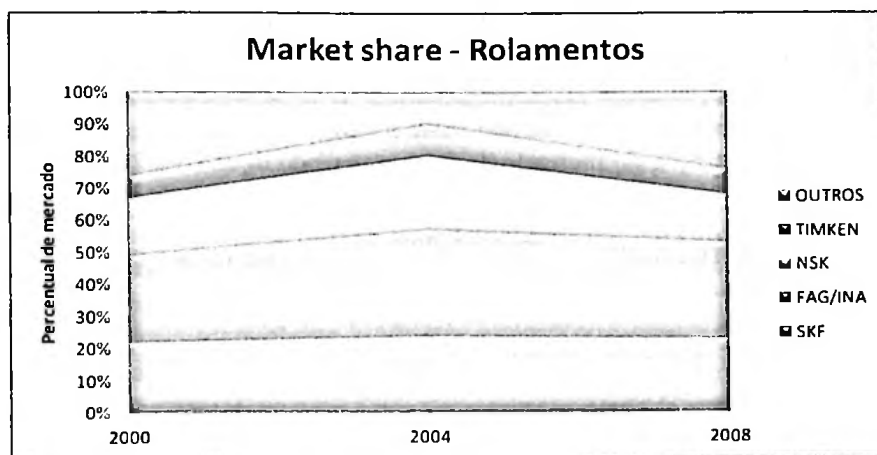
Existem vários fatores que demonstram haver pouca rivalidade no mercado. Considero que as condições para colusão tácita são em sua grande maioria excelentes para colusão tácita ou muito próximas de excelente, conforme quadro abaixo.

Tabela – Condições de rivalidade nos aplicativos empresariais

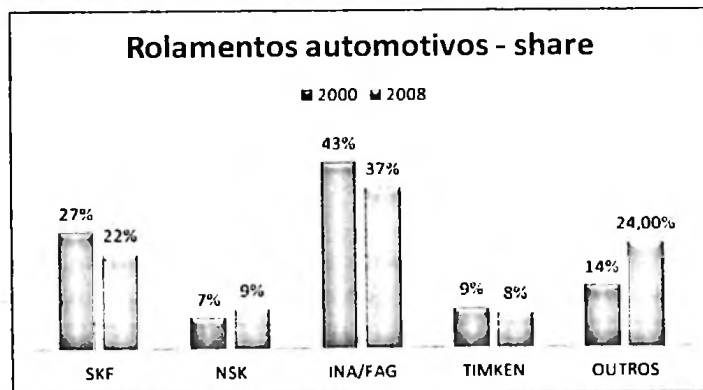
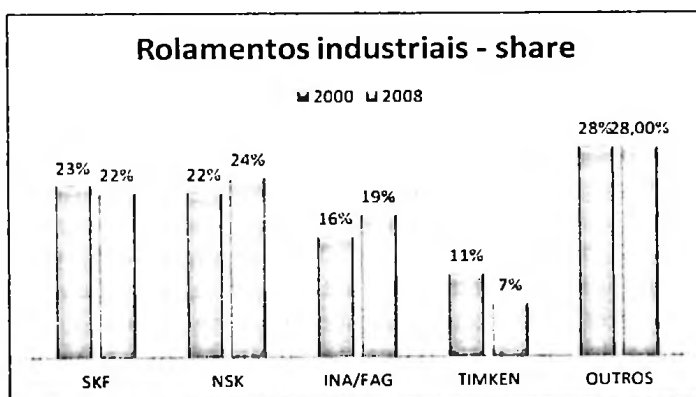
Motivação	Atributo	Condições			Mercado Relevante analisado
		Excelente: Coalizão tácita	Possível: Cartel	Difícil: Alta Rivalidade	
Custo da Negociação	Número de empresas	Muito poucas	Diversas	Muitas	Muito poucas
	Tipo do produto	Padronizado	Comparável	Diferenciado	Comparável
	Mudanças tecnológicas	Nenhuma	Média	Intensa	Média
	Concentração	Alta	Média	Baixa	Alta
Possibilidade de retaliação	Frequência de vendas	Alta	Média	Pequena	Alta
	Transparência do mercado	Grande	Média	Ausente	Grande
Ganhos de não cooperação	Crescimento do mercado	Baixo	Médio	Intenso	Baixo
	Elasticidade da Demanda	Baixa	Média	Alta	Baixa

Fonte: Elaboração própria, com base na metodologia de análise de rivalidade em outros setores. Para maior detalhamento sobre cada variável ver AZEVEDO, P. F.; DIAZ, M. D. M.; GREMAUD, A. P.; TONETO JR., R. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007. cap.10.

Olhando-se apenas para o mercado nacional, também, nos últimos anos, é possível verificar não apenas que houve simetria nos *market shares* das empresas supostamente rivais (o que aumenta o incentivo ao conluio tácito), mas também se verifica uma grande estabilidade nas referidas participações de mercado.



A referida estabilidade de *market shares* verifica-se tanto no âmbito de rolamentos industriais como no de rolamentos automotivos, conforme gráficos abaixo transcritos:



Outro dado, extremamente ilustrativo a respeito da possível falta de rivalidade no mercado diz respeito ao comportamento da participação dos preços e das quantidades ofertadas. Confidencial.

Levando em consideração o *market share* da SKF em rolamentos, é possível inferir que houve retração do mercado durante o período de 2004 a 2008, conforme tabela abaixo.

Diminuição do mercado em termos absolutos

	2004 (*)	2008
Volume de peças automotivas	Confidencial	Confidencial
Volume de peças industriais	Confidencial	Confidencial
Total da SKF	Confidencial	Confidencial
Participação % da SKF (agregado)	24%	23%
Total do mercado	Confidencial	Confidencial

Confidencial.

Ao ser questionada qual seria o motivo pelo qual o preço dos produtos aumentou enquanto que o total vendido diminuiu, a SKF alegou que “o aumento do preço atribuídos aos rolamentos, sejam eles de aplicação industrial ou automotiva, tem por justificativa econômica principal o aumento do preço dos materiais utilizados na fabricação de seus componentes”. Alegou-se que o preço do aço longo aumentou 178% e 235% entre janeiro de 2000 e dezembro de 2004. Na categoria de aços planos este aumento foi de 151% a 279%. Além disto, em meados de 2004, o preço do aço passou a sofrer aumentos sucessivos, impulsionados pelo aumento do preço de suas principais matérias-primas, quais sejam o minério de ferro e o carvão. O que é intrigante é que o impacto nos preços dos rolamentos automotivos confidencial foi mais acentuado que no setor de rolamentos industriais confidencial, sendo que ambos utilizam o mesmo insumo aço. Assim, certamente que os insumos impactaram no preço, mas deve ter outra justificativa em relação a este aumento, que não é controlada por insumos comuns.

Quanto à diminuição da demanda, a SKF atribui à crise que ocorreu em 2008. Todavia, ainda assim, parece esta ser uma resposta apenas parcial destes dados.

Claro que estas informações isoladas não querem dizer muita coisa, mas demonstram que ao mesmo tempo em que os preços de rolamentos automotivos aumentaram, o mercado de rolamentos, como um todo, diminuiu bruscamente, o que representa uma evidência econômica contrária à existência de elevada concorrência intermarcas.

Assim, após verificar estas avaliações numéricas do mercado brasileiro, não consigo encontrar quaisquer evidências que apontem para a suposta rivalidade mencionada pelo Conselheiro relator (guerra de preços, instabilidade de *market shares*, elevado crescimento da demanda, grande elasticidade preço da demanda, dentre outros). Pelo contrário, todos estes fatores indicam não existir rivalidade elevada intermarcas.

Ocorre que ao contrário de um cálculo matemático, estritamente delimitado, que consiga avaliar como se dá a rivalidade no mercado, tal conclusão é, necessariamente, de ordem subjetiva, sendo necessário verificar, também, o histórico das relações entre empresas.

Evidências históricas em outras jurisdições

O histórico do relacionamento interempresarial (incluindo movimentos em outras jurisdições) é relevante para considerar a rivalidade na indústria. Tal questão ganha ainda contornos maiores, tendo em vista que os votos dos Atos de Concentração 08012.000294/2001-31 e 08012.002669/2002-89 consideraram que o mercado relevante de rolamentos possui escopo internacional.

Considerando que um mercado relevante é um todo homogêneo, o que acontece em uma parte do mercado relevante tende a se propagar para as outras partes com a mesma intensidade. Assim como em vasos comunicantes, um líquido em equilíbrio apresenta, na mesma altura, pressão semelhante, uma conduta, dentro de um mercado relevante internacional, também, tende a apresentar efeitos similares, mesmo em países diferentes.

Sabendo disto, as empresas que estão no Brasil (e vendem rolamentos) tidas como fortes rivais, entraram em acordos ilícitos, na França, para cartelizar o seu sistema de distribuição. Caso o mercado de rolamentos seja definido como internacional, é muito improvável que este acordo horizontal tenha racionalidade apenas e exclusivamente na França.

As partes apresentaram defesa, contra-argumentando que:

“não existe possibilidade de exercício de poder coordenado entre os principais fabricantes de rolamentos, visto tratar-se de um mercado altamente fragmentado, com empresas que se dedicam a este ramo de atividade detentoras de vultosas fatias do mercado. Existem centenas de empresas atuantes no mercado mundial de rolamentos, algumas delas especializadas em apenas um tipo, outras em uma ampla gama de espécies de rolamentos. Aproximadamente dez empresas são vistas de forma geral como fornecedoras internacionais de todos os tipos de rolamentos, concorrendo em escala global, e, em conjunto, sendo responsáveis por suprir aproximadamente 75% da demanda mundial de rolamentos. Além disso, uma grande quantidade de fabricantes de rolamentos chineses têm recentemente entrado no mercado mundial de rolamentos o que tem intensificado a concorrência neste setor. Outro fato que impede o exercício de poder coordenado é o grande poder de barganha dos consumidores que também impede qualquer exercício unilateral e

coordenado de poder de mercado por parte dos fornecedores. Em relação ao cartel internacional condenado pelas autoridades antitruste francesas, deve-se ter em mente que o efeito da sentença se estendeu somente ao território nacional e não gerou qualquer impacto sobre as subsidiárias da SKF fora da França. Desta forma, esta prática não gerou qualquer efeito internacional.”

Inicialmente, é equivocado alegar que há muitas empresas com poder de mercado no âmbito de rolamento ou que as estruturas de mercado no mundo, no Brasil e na França são extremamente diferentes. Pelo contrário, *as grandes empresas brasileiras são as mesmas grandes empresas mundiais e as mesmas cartelizadas francesas.*

Market share rolamentos (agregado)

	Mundo (99)	Brasil (00-01)	França (99)
SKF	20,6%	28%	25%
NSK	19,4%	23%	10%
NTN	13,3%	3%	
Timken	10,0%	9%	8%
FAG-INA	9,4%	18%	22%
SNR	-	-	24%
Outros	27,3%	19%	11%

Além disto, não se está aqui julgado o referido cartel que ocorreu na França entre estas empresas. A grande questão é saber se existe a possibilidade das empresas que estão no Brasil entrarem em conluio, ainda que tácito, que lhes permita alguma espécie de poder coordenado e, assim, torne racional a hipótese de que a FPR gere risco à concorrência. Quando se fala em risco, não se está aqui falando necessariamente em dano à concorrência, mas apenas na probabilidade abstrata, objetivamente quantificável, de que um estado de coisas viabilize um maior dano à coletividade, decorrente da diminuição dos incentivos concorrenciais.

Sabendo que as empresas que fizeram o referido cartel na França são dos mesmos grupos transnacionais que as empresas brasileiras, questiona-se: É possível que grupos societários combinem preços em um país mas sejam rivais ferrenhos em outro país? Certamente, que tal hipótese é possível, mas, à primeira vista, parece improvável que os efeitos de combinações transnacionais e empresariais não consigam transbordar para outras fronteiras. Não é demais repetir: Aqui não se está julgando a prática específica do cartel que ocorreu na França, mas, simplesmente, avaliando uma variável histórica, comportamental, dos mesmos grupos empresariais que atuam no Brasil, no mesmo setor, sobre a mesma conduta, e próximo do período de tempo analisado da FPR brasileira.

É com este propósito que o Cade deve voltar sua atenção à França.

Na *Décision* 02-D-57 de 19.09.2002, *relative à des pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés*, o *Conseil de la Concurrence*, a Autoridade Antitruste da França, investigou e puniu uma prática relativa a alguns acordos de distribuição que grandes empresas fabricantes de rolamentos possuíam à época.

O quadro abaixo explicita quais eram as empresas que pertenciam ao mercado de rolamentos Francês, a saber:

Mercado de rolamentos – França – 99 – Agregado

Empresa	Market share
SKF (empresa sueca)	25%
SNR (empresa francesa)	24%
INA (empresa alemã)	17%
NSK-RHP, NTN, Koyo. (Empresas japonesas)	10%
Timken (empresa americana)	8%
FAG (empresa alemã)	5%
Nadella (American Franco)	4%
Outras	7%

A maioria delas possuía fábricas na França, exceto para as montadoras japonesas e alemãs da FAG. A SKF France controlava a empresa de rolamentos Brie, a RKS empresa e da Companhia de rolamento *Vendée*, estando presente em rolamentos de esferas (25%); rolamentos de rolos cilíndricos (15 a 20%); Rolamentos de rolo afilado (10%); rolamentos autocompensadores de rolos (15%); e várias peças e acessórios (20 a 25%).

Compreendeu-se que o mercado poderia ser analisado de forma diferenciada, dependendo da destinação do rolamento ou do porte do cliente atendido. Verificou-se existir, na França, cerca de 250 distribuidores de rolamentos. Durante a última década, se verificou uma redução do seu número e da formação de grupos nacionais. Também, foi possível observar o surgimento de grupos varejistas, como Doucet, Loudet, Martin Belaysoud e Binnetruy, Orefi, Trumel e Efrapo; dentre outros.

Especificamente quanto ao processo, compreendeu-se que haveria, de forma combinada entre as referidas empresas, a fixação de preços, descontos e bônus no âmbito dos distribuidores. Isto ocorria da seguinte forma. Cada fabricante publicava um catálogo de produtos com um preço unitário, que variava dependendo da quantidade encomendada.

Estes catálogos eram identificados de diferentes formas, dependendo da empresa:

- FAG-France: liste de prix nets distribution au 08 juin 1998,
- NTN: tarif 951,
- INA: tarif 95/01 G,
- SKF: barème d'achats des distributeurs agréés industrie,
- SNR: liste de prix LP794.

Tais listas possuíam uma sistemática de como se daria a precificação por parte da distribuição das referidas empresas. Além disto, houve aumentos de preços de referência fabricantes aplicados em 1993/1994, 1995 e 1998. Os documentos juntados no referido processo revelam quatro ondas de um aumento paralelo das taxas definidas pelos fabricantes para a atenção dos distribuidores: 3% no último trimestre de 1993, 4,5% no segundo trimestre de 1994, 4,5% no primeiro semestre de 1995 3,5% em 1998.

- Pour INA:

L'agence Sonotec, distributeur à Dijon, a communiqué un courrier du 07.12.1993 émanant de La société INA Roulements faisant état d'une hausse de 3% applicable à partir du 17/01/94 (cote 28).

CRD, distributeur à Grenoble, a communiqué une lettre de la société INA, en date du 23/06/94, l'informant d'une hausse de 4,50 % à compter du 01.07.1994 (cote 40). Par courrier du 27.02.1995, INA informe Sonotec d'une hausse de 4,50 % de son tarif distribution GL 94 pour toute commande à compter du 03.04.1995 (cote 49). INA fait état dans une note interne du 23.12.1997 d'une hausse de 3 % prévue pour mars 1998 (cote 63).

- Pour SNR:

SNR a annoncé à l'agence Sonotec, par courrier du 4 novembre 1993, une hausse moyenne pondérée de 3 %, à compter du 03.01.1994 (cote 27). Par courrier du 17.06.1994, elle informe la société IMA d'une hausse de 4,5 % à compter du 11 juillet 1994 (cote 35). Le 01.02.1995, elle annonce par courrier circulaire une hausse de 4,50 % à compter du 1er mars 1995 cote 52). Un document saisi dans le bureau de M. Pinchon, directeur marketing SNR, daté du 29.09.1997, fait état des dates d'annonce et d'effet d'une hausse de 3,5 % des tarifs des principaux concurrents de la société SNR, et, pour cette société, indique que cette hausse sera annoncée le 15.12.1997, avec effet au 01.02.1998 (cote 76).

- Pour FAG:

Deux circulaires de FAG, datées du 11.10.1993, indiquent "nous avons entrepris depuis deux ans, une harmonisation européenne de nos prix et la dernière étape nous amène à appliquer, à compter du 2 novembre 1993, une hausse moyenne pondérée de", concluant pour l'une, à une hausse de 3 %, et pour l'autre, à une hausse de 4,5% (cotes 25 et 26). FAG a adressé à l'ensemble de ses distributeurs

un courrier daté du 8/6/94 annonçant une hausse des tarifs de 4,50 % à partir du 1er juillet 1994 (cote 41). Le 31.01.1995, elle a adressé un courrier type à ses distributeurs les informant d'une hausse tarifaire de 4,50% sur toutes les livraisons à partir du 20 février 1995 (cote 50). Par courrier du 27.09.1995, FAG annonce une hausse linéaire de 5% sur toutes ses livraisons à compter du 06.11.1995 (cote 54). Une lettre circulaire de FAG aux distributeurs annonce le 20.10.1997 une hausse linéaire de 3,5 % à compter des livraisons au 20.01.1998 (cote 60).

- Pour SKF:

Par courrier du 20.10.1995, SKF a récapitulé les hausses de tarifs distributeurs qu'elles a annoncées au cours de la période: une hausse de 3,2% le 01.01.1993, une hausse de 3% le 15.11.1993, une hausse de 4,5% le 20.06.1994 et une hausse de 4,5% le 06.02.1995 (cote 56). Une lettre du 07.10.1997 annonce cette dernière hausse (cote 44). La hausse du 20.06.1994 est mentionnée dans un courrier du 31.05.1995 (cote 34). Une lettre circulaire de SKF aux distributeurs annonce le 01.10.1997 une hausse linéaire de 3,5% linéaire à compter des livraisons au 01.01.1998 (cote 57).

- Pour NTN:

NTN a annoncé, le 20 juin 1994, le relèvement de son tarif 932 "distributeur" de 4,50%, hausse entrant en vigueur au 11.07.1994 (cote 31). Une lettre circulaire de NTN aux distributeurs annonce le 17.12.1997 une hausse linéaire de 3,5% linéaire à compter des livraisons au 16.02.1998 (cote 62).

Aumentos dos preços de revenda na França

Tarif	Date d'annonce	Date d'effet	Hausse notifiée
FAG	11/10/93	02/11/93	3,0 %
SNR LP 194	04/11/93	03/01/94	3,0 %
SKF		15/11/93	3,0 %
INA 94/01G	07/12/93	17/01/94	3,0 %
FAG	08/06/94	01/07/94	4,5 %
SNR	17/06/94	11/07/94	4,5 %
SKF	31/05/94	20/06/94	4,5 %
INA	23/06/94	01/07/94	4,5 %
NTN	20/06/94	11/07/94	4,5 %
FAG	31/01/95	20/02/95	4,5 %

Tarif	Date d'annonce	Date d'effet	Hausse notifiée
SNR	01/02/95	01/03/95	4,5 %
SKF	07/10/94	06/02/95	4,5 %
INA	27/02/95	03/04/95	4,5 %
FAG	27/09/95	06/11/95	5,0 %
SKF	01/10/97	01/01/98	3,5 %
FAG	20/10/97	20/01/98	3,5 %
SNR	15/12/97	01/02/98	3,5 %
INA	23/12/97	03/98	3 %
NTN	17/12/97	16/02/98	3,5 %

Diversas declarações e documentos obtidos pela Autoridade Francesa indicavam a vontade de harmonizar as tarifas entre concessionários de diferentes fabricantes. Tal prática ocorria com a disponibilidade de troca de informação prévia para anúncios de aumentos dos diferentes distribuidores.

Para comprovar este tipo de afirmação, a Autoridade Francesa juntou as declarações feitas em 05.01.1999, pelo Sr. Le Dosser, CEO de rolamentos INA, no sentido de que compreendia correto haver uma normalização das taxas para fabricantes de rolamentos. Também, citou-se um documento manuscrito, datado de 09.06.1993, preparado por MP Kempf, diretor da empresa SNR França, apreendido nas instalações da SNR em 26.03.1998. Tal documento, marcado como "confidencial", estava escrito da seguinte forma:

"Tarif 94

K France (lire SKF France) a reçu des instructions de Suède:

– hausse au 1.10.93 de + 3% minimum

(...)

Décision K. France

– application au 1.11.93

– réserves sur le niveau de 3 % eu égard à la faible inflation en France

– établissement des documents suivants:

1.1 tarif confidentiel pour ses distributeurs (...)

2.1 tarif publié à diffusion restreinte (...)

3.1 barème d'achat à l'usage des distributeurs (8000 références) avec prix nets calculés avec des remises de 56 % si Q mini faible ou non respectée

ou 60% remise générale

ou 64% pour les prof

En fait, la 'fameuse' remise de 65,6 % devient remise 60% et les + 10 % accordés aux 'prof' → 64%

– Au 1.1.94, avec la suppression des aides, K fera bénéficier ses distributeurs 1 amélioration de 10 % sur ses superstandard ce qui mettra les prof à 67,6% et les autres à 64%

Décision FAG France

– suit la méthode K en souhaitant

– un rendement net de 3% mini (...)

– une harmonisation commune des super standard

Ce que nous demandent K et FAG être les premiers à sortir 1 tarif au 01.11.1993 (surtout FAG) en prenant comme référence le tarif allemand et en appliquant les mêmes remise qu'eux cad

60% sur remise générale

64% sur les prof (...)."

É possível verificar que havia uma comunicação explícita entre as referidas empresas para estabelecer taxas/tarifas de distribuição semelhantes. Também, Paulo Bordeaux, diretor comercial da SNR e Paulo Kempf, já referido, declararam, em relatório datado de 02.12.1998, que fizeram reuniões em cafés parisienses para discutir este tipo de questão, tendo participação específica da SKF:

"Les fabricants de roulements NSK, Koyo, FAG, SKF et nous-mêmes se sont rencontrés le 17 décembre 1993. Cette réunion a eu lieu dans un café de la région parisienne dont on ne se rappelle plus l'adresse... lors de cette réunion, SKF a remis à l'ensemble des participants présents des grilles de remises maximums qu'il aimerait bien voir appliquer par les participants... le représentant FAG a remis une grille de remises établie par sa maison-mère en Allemagne, suggérant aux participants de s'en inspirer."

Foram citadas uma série de outras provas e documentos, como uma nota manuscrita do Sr. Pinchin, diretor de *marketing* SNR, confirmando encontros neste sentido. O Depoimento de Rey, Diretor de uma agência de rolamentos e da FAG e SKF no seguinte sentido: "No início de 1998, houve aumentos similares de nossos fornecedores FAG e SKF. Tenho certeza que houve um acordo entre duas empresas para definir um preço equivalente no mercado. Para uma referência dada, há o mesmo preço da FAG e SKF". Um ex-gerente de compras em Pechiney, Sr. Verstraete disse: "Um aumento de 9% sobre os produtos, de cunho padrão, tem sido cumprido em julho de 2000 para os distribuidores e os departamentos de compras da Pechiney. Os principais autores deste aumento são FAG, SKF e SNR. Esta combinação aumenta, juntamente com resultados a longo desde 1994, sendo demasiado evidente para ser considerado aleatório ou inocente".

Verificou-se, também, no mencionado processo, que as empresas SKF, FAG, e SNR tinham regras muito bem estabelecidas entre as empresas produtoras de rolamentos e seus respectivos distribuidores.

Sobre a SNR, há diversos relatos a respeito da criação de zonas de influência destes distribuidores, a saber: De acordo com declarações recolhidas, não havia contrato escrito que formalizasse a relação comercial entre SNR e seus distribuidores. Mr. Thi, gerente de compras Estabelecimentos Guiffroy disse: "(...) não há acordo de distribuição formal entre nós e SNR (...)". Da mesma forma, Guy Rivas, a sociedade CMTPI confirmou que: "(...) não existe contrato escrito entre SNR e nós (...)". Todavia, os distribuidores da SNR se beneficiavam de uma exclusividade de venda sobre em um território. Vários relatos confirmavam a natureza absoluta da referida exclusividade, sendo que os fabricantes retiravam do distribuidor todo suporte técnico e/ou comercial quando este ousasse realizar uma venda fora de sua área de influência.

O Sr. Michel Bricotte, CEO da Sonotec, disse em um relatório datado de 19.10.1995: "(...) nós temos uma área geográfica que respeitamos. Para SNR, temos o território da Côte d'Or (...) evitamos sair porque, em caso de problemas técnicos, o fabricante não irá prestar assistência técnica (...)". Mr. Thi, citado acima, também afirmou o seguinte: "(...) Somos um distribuidor autorizado da SNR (...) nossa área fica a leste do Isère e algumas cidades vizinhas de Loire, Rhône e Drôme. Se um cliente fora da zona decide abrir uma conta (...) para comprar da SNR, nós sempre indicamos um distribuidor SNR local. A exclusividade territorial é reforçada pelo fato da SNR retirar a sua assistência técnica para um cliente fora da área (...)\" (c.160).

Todas as demais empresas também tinham uma certa divisão do território de suas próprias redes de distribuição. No caso específico da SKF, os seus distribuidores formalizaram um contrato chamado "Passeport pour l'avenir". O referido contrato previa explicitamente a exclusividade de venda sobre um território, sendo esta prática adotada por todas as empresas do setor.

A SKF foi punida em 7.900.000 euros pela Autoridade Francesa por ter feito a referida combinação de taxas de preço na distribuição de rolamentos.

Rivalidade intermarcas

Sabendo que há fortes vínculos societários entre as referidas empresas, que todas as variáveis econômicas demonstram condições excelentes para o estabelecimento de colusão tácita no setor, tendo conhecimento que as mesmas empresas que atuam no Brasil já realizaram acordos restritivos à concorrência em outros países (envolvendo FPR), tem-se aqui uma dificuldade muito grande em aceitar o argumento de que o risco à concorrência é nulo pelo estabelecimento de preços de revenda, seja porque (a) há poder coordenado entre as empresas e (b) há racionalidade na facilitação de possível cartel na produção de rolamentos.

Se tal prática é considerada per se ilícita ou se a mesma deve ser analisada por uma regra da razão rígida, em ambas hipóteses, independentemente da memorável

discussão teórica, tal conduta certamente está à margem da legalidade. Aqui não há condições objetivas para afirmar, com razoável grau de certeza, que a concorrência intermarcas consegue, por si só, afastar o risco concorrencial que foi assumido pela representada.

2.3.4 Da prática específica

Não bastasse todo o debate já travado, de acordo com Mattos, a prática de FPR não foi seguida pelos revendedores. É verdade que alguns países exigem a observância específica por parte da revenda destes preços, a exemplo do teste francês da “*application significative*” em que há necessidade de se ter algum impacto nos preços ou mesmo nos níveis de dispersão da revenda (antes e após a prática de FPR).³⁴ No presente caso, não houve uma mensuração dos níveis de dispersão de preços de revenda.

Todavia, no Brasil, aparte da discussão já travada sobre crime impossível, havendo risco anticoncorrencial, o art. 20 da Lei 8.884 é explícito ao dispor que a *efetiva obtenção* do efeito anticompetitivo de uma possível conduta é irrelevante para caracterização da infração. Neste âmbito, cabe questionar, apenas, se havia, à época da conduta, ou não, o risco do que aconteceu na França ser replicado no Brasil, tendo consequências indesejáveis.

Sobre este aspecto, entendo que o risco não só era grande como era proibitivo. Ora, a SKF conhecia as variáveis do mercado, tinha participado de esquemas semelhantes que restringiram a concorrência em outros países, no âmbito da distribuição, e, mesmo assim, concordou em fixar *markups* na distribuição de rolamentos no mercado nacional. Tal conclusão é independente da aplicação efetiva dos preços tabelados pelos revendedores.

Outrossim, no que diz respeito à defesa da conduta com base em argumentos de eficiência, não creio que se deva concordar com a mesma por dois motivos simples:

- Primeiro: Se eficiências existiam, não haveria sentido da prática de FPR ter durado tão pouco tempo, como alegado pela SKF. Ora, após sete meses de conduta o atendimento pré-venda deixou de ser essencial? A representada alega que o monitoramento da prática foi custoso demais. Por outro lado, isto por si só demonstra que a FPR não era “essencial” como único meio para garantir a diferenciação do atendimento na revenda. Se houve uma limitação da concorrência em troca de

34. Sobre este aspecto, a França exige, para considerar FPR ilícita, que os preços sejam conhecidos pela revenda “*évocation des prix*”, que exista uma política de preços específica com possíveis sanções aos desviantes “*police des prix*” e que exista uma observância significativa dos preços de revenda “*application significative*” (ver 06-D-04). Ocorre que quando não há uma observância significativa busca-se avaliar se o nível de dispersão de preços de revenda antes da prática é diferente do nível de dispersão de preços após a prática.

uma eficiência que poderia ter sido obtida por outro meio, então, é muito provável que as eficiências não sejam uma defesa correta a ser apresentada à autoridade concorrencial.

• Segundo: De todo modo, assumindo o *standard* europeu, da ilicitude pelo objeto, compreendo que a SKF não se desincumbiu do ônus de demonstrar as eficiências de sua conduta.

Assim, ousou discordar dos órgãos instrutórios e do Conselheiro relator e entendendo que a empresa deva ser punida pela referida prática de fixação de preços de revenda.

3. Individualização da pena

Uma vez verificada a existência de ilícito concorrencial, passa-se a analisar e individualizar a pena.

Da dosimetria da pena

Como não houve quantificação da vantagem auferida pela representada, em consonância com o art. 23, I, da Lei 8.884/1994, a pena em abstrato deve ser a de “multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos”.

Quanto aos incisos do art. 27 da Lei 8.884/1994, deve-se levar em consideração que a infração é de elevada gravidade (conforme art. 27, I, da Lei 8.884/1994). Estamos julgando uma prática unilateral, assim, por não se tratar de uma *societa sceleris*, cartel, cuja reprovabilidade tende a ser maior, tal fator deve ser levado em consideração.

Não se tem notícia de qualquer vantagem auferida ilícita, conforme dispõe o art. 27, III, da Lei Concorrencial. A infração foi consumada, mesmo que tenha tido alguma dificuldade em sua implementação (art. 27, IV, da Lei Concorrencial). Houve um risco de lesão concorrencial, objetivamente determinado conforme exposto ao longo do voto (art. 27, V, da Lei Concorrencial), por outro lado, não é possível alegar que tenham ocorrido, necessariamente, efeitos econômicos negativos no mercado (art. 27, VI, da Lei 8.884/1994). Sabe-se que o infrator é empresa já estabelecida no mercado e de porte razoável (art. 27, VII da Lei 8.884/1994). Como fator atenuante adicional, não se verificou nenhum tipo de reincidência, bem como a prática durou apenas 7 meses.

Assim, compreendo que a representada deva ser multada em 1% do seu faturamento do ano anterior à abertura deste processo administrativo. A SKF esclareceu que a AB SKF é a empresa controladora do Grupo SKF e uma empresa holding e, dessa forma, não está envolvida de qualquer forma com as atividades da SKF do Brasil Ltda. ou com quaisquer outras subsidiárias do Grupo SKF localizadas na Suécia ou em outras jurisdições. Em 2000, a SKF do Brasil registrou um faturamento bruto de (confidencial). Para efeito de cálculo da multa, nos termos do art. 11 da Lei 9.021/1995 será considerado o faturamento do estabelecimento no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segun-

do os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa. (ver: [www.receita.fazenda.gov.br/Pagamentos/jrselic.htm]). Confidencial. Portanto, o valor da multa de 1% deste faturamento atualizado corresponde a (confidencial).

4. Da conclusão

Por todo o exposto, considero a Representada como incurso do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/1994, e determino:

1. O pagamento de multa, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.884/1994, no valor acima mencionado, qual seja, a confidencial.

2. A Representada deverá comprovar o cumprimento da decisão no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação desta decisão.

É como voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2010 – VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO, Conselheiro do Cade.

Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania/Procon-SP.

Representada: SKF do Brasil Ltda. – advogados: Marcelo Procópio Calliari, Daniel Andreoli de Oliveira e outros.

Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

Voto-vista: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo.

Ementa: Processo Administrativo. Fixação de preços de revenda – art.s 20, I, e 21, XI, da Lei 8.884/1994. Mercados relevantes de produção e distribuição de rolamentos, retentores, ferramentas de manutenção e equipamentos de monitoramento. Votos do Conselheiro relator Cesar Mattos e do Conselheiro Olavo Chinaglia pelo arquivamento, e dos Conselheiros Vinicius Marques de Carvalho e Ricardo Machado Ruiz, bem como do então Presidente Fernando Furlan pela condenação. Definição dos standards de ilicitude e do regime de distribuição dos ônus probatórios que devem circunscrever a adequada incidência da regra da razão no âmbito específico da conduta de imposição de preços mínimos de revenda. Ausência de incompatibilidade entre a regra da razão e sistemas mais ou menos rígidos de presunção de ilegalidade nos termos da legislação nacional e das experiências internacionais. Voto pela condenação da representada.

VOTO-VISTA – 1. Trata-se de processo administrativo instaurado para investigar a prática de fixação de preços de revenda por parte da empresa SKF do Brasil Ltda. (“SKF”).

2. Após longa instrução, devidamente sumariada no relatório de (f.) (autos públicos), o processo foi incluído na pauta da 455.^a Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, realizada em 11.11.2009. Na ocasião, o Conselheiro relator, César Costa Alves de Mattos, votou pelo arquivamento do processo, acompanhando, portanto, o parecer da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). Assim procedeu por entender, em resumo, (a) que “os efeitos d[a] RPM [fixação de preço de revenda, no acrônimo em inglês¹] sobre o bem-estar são considerados ambiguos” (f.), (b) que, via de regra, o interesse do agente a montante (o produtor) é o de reduzir a margem do agente a jusante (o distribuidor) e não o inverso, mitigando assim o problema da chamada “dupla marginalização”, não havendo portanto incentivos ou racionalidade para que ele queira reduzir os níveis de competição na rede de distribuição com propósitos puramente anticompetitivos (f.), (c) que, portanto, a conduta só pode ser explicada, em mercados com razoável competição intermarca, por outras eficiências que a caracterizem, sendo a mais importante a redução do efeito carona no serviço ou na publicidade entre os varejistas, ou, alternativamente, (d) “como instrumento de facilitação de cartéis, seja no mercado a jusante, seja a montante” (f.), mas apenas em mercados propensos à colusão na dimensão intermarcas, (e) que a conduta, no Brasil, não pode ser tratada de forma *per se* (f.) e (f) que, no caso concreto, *apesar de não haver nenhuma prova da presença, mesmo em tese, de eficiências*, também não haveria prova do “intuito de promover a coordenação *upstream* ou *downstream*”, nem “de que os *mark ups* tenham sido, efetivamente, seguidos ou impostos” (ou seja, de que a ameaça de coação da SKF sobre os distribuidores se tenha tornado real), o que ensejaria, por si só, o arquivamento (f.).

3. Após o voto do relator, o então Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho pediu vista dos autos e, ao trazê-los de volta à mesa para julgamento, abriu divergência e votou pela condenação da Representada.

4. A condenação da Representada fundou-se, nesse voto divergente, em múltiplos fundamentos autônomos, dos quais destaco os seguintes: (a) seria, no presente caso, “incontroverso que houve fixação de preços de revenda” (f. do voto em sua versão confidencial), (b) a fixação de preços de revenda seria conduta específica e expressamente repudiada pelo art. 21, XI, da então vigente Lei 8.884/1994 (f.), (c) a coação, no caso, estaria provada a partir da “ameaça clara e explícita de desfiliação do revendedor da rede da SKF” (f.), (d) várias jurisdições antitruste estrangeiras considerariam a fixação de preços de revenda como uma conduta altamente suspeita, contrariando portanto a posição do relator, que considerou, no mais das vezes, “inexistir racionalidade econômica na conduta” (f.), (e) haveria, no caso, evidências societárias, econômicas e históricas de colusão na indústria a

1. Deste ponto em diante utilizarei, para referir-me à mesma conduta, de seu acrônimo em português (FPR).

que pertence a requerida (f.), havendo, portanto, fortes indícios de que ela coloque riscos para o bem-estar geral, (f) nesse contexto, “*caberia à SKF o ônus probatório da inexistência de risco anticompetitivo de aludida prática*” (f.), sendo irrelevante, nos termos da lei brasileira, a efetiva consolidação desse risco em prejuízo concretamente ocorrido para o bem-estar do consumidor (f.). Em resumo, segundo esse voto divergente, “assumindo o *standard* europeu, da ilicitude pelo objeto”, a SKF não se teria desincumbido do “ônus de demonstrar as eficiências de sua conduta” (f.), justificando-se por isso sua condenação.

5. Prosseguindo o julgamento, houve votos dos Conselheiros Ricardo Machado Ruiz e Fernando de Magalhães Furlan (então presidente do Cade) pela condenação da Representada e do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia pelo arquivamento do processo.

6. Após o voto-vista do então Presidente, na 506.^a Sessão Ordinária de Julgamento, o julgamento foi suspenso diante de pedido de vista por mim formulado.

7. A razão fundamental de meu pedido de vista está no evidente caráter de precedente de que se reveste este caso. Trata-se de um ponto já sublinhado no voto-vista do então Conselheiro, hoje Presidente Vinícius Carvalho, para quem “este precedente representa um marco extremamente relevante e traz consigo um questionamento que ultrapassa as fronteiras específicas desta infração, nos levando a pensar, de forma generalizada, sobre a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras” (f.).

8. A meu ver, o que está em jogo neste julgamento é de fato a *própria definição dos standards de prova (e de distribuição de seus respectivos ônus) que serão usados pelo CADE para avaliar acordos de imposição de preços mínimos de revenda*. Trata-se, obviamente, de um tema da maior importância, que diz com a própria função de um tribunal especializado como o Cade: estabelecer uma jurisprudência racional capaz de tornar operativos, claros e seguros os termos de uma legislação aberta e eminentemente principiológica como é a legislação de proteção da ordem econômica.

9. Especificamente, interessa-me explorar neste voto, com um pouco mais de vagar, um dos pontos específicos tratados no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, consistente na submissão da conduta aos *standards* da “regra *per se*” ou da “regra da razão”. Trata-se de um tema que, a meu ver, tem gerado importantes confusões no âmbito do direito antitruste brasileiro, e que merece, por isso, tratamento cuidadoso. Esse tratamento já foi iniciado no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, especialmente a partir de uma detida análise das experiências estrangeiras e também da própria legislação brasileira, levando-o a um resultado com o qual eu concordo integralmente: o de que era ônus da SKF provar eventuais eficiências ou mesmo o caráter pró-competitivo da conduta, justificando-se sua condenação na medida em que (a) ela não se desincumbiu dessa prova, e (b), houve, em contrapartida, prova incontestada da prática objetiva do fato presumido como ilícito (ou seja, da fixação de preços de revenda).

10. Esse é, evidentemente, apenas um entre múltiplos fundamentos presentes no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho para fundamentar a condenação, havendo, ao lado desse, toda uma discussão independente de colusão no setor que poderia, nos termos da divergência, sustentar, sozinha, a condenação. Contudo, não quero me ater a essa outra discussão, pois, do ponto de vista de política jurisprudencial, o tema que aqui quero explorar parece-me mais premente, mais urgente, e também capaz, por si só, de sustentar a condenação da representada.

11. O que pretendo esclarecer é que, a meu ver, trata-se de um importante equívoco procurar apartar, a partir de suas próprias naturezas, aquilo que normalmente chamamos de regras “*per se*” e “da razão”, procurando assim definir contornos específicos, rígidos e únicos para uma e para outra e defender, a partir daí, que o sistema jurídico nacional adota uma e não a outra, ou ambas, ou nenhuma delas no trato das condutas anticompetitivas.

12. Na verdade, entendo que o que chamamos de regras “da razão” e “*per se*” nada mais é senão os dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito pra lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial. A tais presunções corresponde, no processo administrativo, um leque também variado de arranjos possíveis de distribuição de ônus probatórios entre a autoridade persecutora e as pessoas físicas e jurídicas investigadas, cada qual sendo compatível com um tipo específico de conduta, na medida, naturalmente, de sua gravidade e da frequência com que ela produz efeitos deletérios.

13. Esclarecer isso e determinar, a cada caso, em que grau dessa escala deve ser colocada cada conduta específica, determinando os *standards* de prova necessários para sua configuração, as excludentes específicas de ilicitude que são admitidas, os limites de poder de mercado unilateral ou coordenado que serão exigidos para sua configuração, entre outros temas, é, como já ressaltai, a mais importante tarefa de que este tribunal especializado é incumbido, traduzindo sua missão última que é a de tornar, como dito, operativo e algo mais estável um ramo do direito particularmente árido, principiológico e de difícil operação como é o direito antitruste, especialmente no âmbito do controle de condutas.

14. Estes foram os motivos que fundamentaram o meu pedido e estes são os temas que passo aqui a analisar à luz do caso concreto.

1 – Sobre o caráter “ambíguo” da FPR: as dúvidas da teoria econômica acerca de seu caráter anticompetitivo ou pró-competitivo e as implicações dessa “dúvida” em termos de política jurisprudencial

15. Existe, há mais de um século, intenso debate na teoria econômica sobre as implicações concorrenciais e de bem-estar coletivo da FPR, com posições que

vão desde aquela aparentemente sustentada pelo Conselheiro César Mattos em seu voto neste caso, de que a conduta seria quase sempre justificada por eficiências e que não haveria interesse do fornecedor em aumentar injustificadamente as margens de seus distribuidores, sendo ela, portanto, benéfica como regra, até o argumento do Juiz Breyer em seu voto dissidente no caso *Leegin*, reproduzido no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, de que “a FPR causa males com frequência e regularidade, mas não há certeza de quão comuns são os benefícios encontrados na referida prática”.

16. Na verdade, esse dissenso é tamanho que, do ponto de vista da política jurisprudencial e legislativa, há quem defenda que a prática deveria ser considerada ilícita pelo próprio objeto, sem margem sequer a defesas baseadas em eficiências específicas (como era o regime norte-americano desde 1911 até 2008), até os que defendem que a conduta deveria ser considerada *licita* pelo próprio objeto, de sorte a nunca poder ser punida. Daí a afirmação do Dr. César Mattos, em seu voto, de que “os efeitos do RPM (FPR) sobre o bem-estar são considerados ambíguos”.

17. Um dos principais efeitos negativos apontados – que é de especial relevância para a análise deste caso – é de que a fixação de preços seria um facilitador para uma conduta colusiva por parte dos revendedores.

18. De fato, como anota Hovenkamp, a imposição de FPR foi usada, em muitos casos, para facilitar a organização de um cartel. Segundo ele, “(...) a decisão dada em *Dr. Miles* condenando pela primeira vez a FPR foi o resultado de um dos maiores cartéis da história americana – um acordo entre membros das associações nacionais de atacado e varejo de drogas para fixar os preços de medicamentos patenteados.”² O autor afirma, ainda, que em todas as primeiras decisões dos tribunais americanos dadas em casos de FPR havia fortes evidências tanto de colusões horizontais quanto verticais.

19. Segundo Hovenkamp, haveria fundamentos econômicos para crer, também, que a FPR poderia ser utilizada, no âmbito de um acordo entre revendedores, como um dispositivo para excluir do mercado ou pelo menos retardar a entrada de outras empresas revendedoras.

20. Contudo, o mesmo autor afirma que a fixação do preço de revenda pelo produtor é, muitas vezes, uma tentativa de evitar o *problema do carona (freerider)*, ou seja, a deterioração das condições de serviço ou promoção por parte de alguns distribuidores com o objetivo de reduzir seus preços de revenda e, assim, ganhar injustificadamente espaço de mercado em detrimento de outros distribuidores que gastam mais com serviços e promoção e que, por isso, são obrigados a praticar preços mais altos. Na teoria econômica, essa passou a ser, fundamentalmente, a

2. Cf. Herbert Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: Thomson Reuters, 2011. p. 465.

principal justificativa teórica para a utilização lícita da FPR em mercados sujeitos à diferenciação por serviços de venda, pré-venda ou pós-venda.³

21. O raciocínio, no plano teórico, é razoavelmente simples. Um consumidor interessado em comprar um carro, por exemplo, teria incentivo de informar-se sobre o produto na loja que oferecesse os melhores serviços de pré-venda, mas iria acabar comprando na loja que oferecesse o menor preço. Apesar de oferecer um serviço melhor, a primeira loja não conseguiria, no longo prazo, concorrer com a loja que oferece o menor preço e seria expulsa do mercado, ou, alternativamente, acabaria por reduzir seus próprios níveis de serviço. O resultado final seria a deterioração das condições de serviço em toda a rede distribuidora e a perda de *market share* do fornecedor para outras marcas de carros dotadas de uma rede de distribuição provida de melhores serviços. Para evitar esse efeito, a montadora precisaria incentivar a oferta de serviços de pré-venda por suas revendedoras, uma vez que esses serviços são considerados fundamentais para a tomada de decisão do consumidor, e uma forma de fazê-lo seria fixar um preço de revenda para todas as concessionárias que, assim, teriam que oferecer o carro pelo mesmo preço. Com o preço de revenda fixado pela montadora, as concessionárias poderiam oferecer serviços adicionais para atrair os consumidores, e passariam a competir por serviços e não por preços. De acordo com Hovenkamp: "(...) com o preço final de venda fixado, ambos os revendedores irão competir entre si não por preços, mas pela quantidade de serviço que podem fornecer".

22. Outras eficiências usualmente associadas à prática de FPR estão relacionadas à melhor distribuição do produto, ao incentivo à entrada de novo fornecedor no mercado e à redução da assimetria de informações entre fornecedores e distribuidores, mas são, via de regra, laterais e menos importantes que aquela relativa ao efeito carona, salvo, eventualmente, a de incentivo à introdução de um *novo produto* no mercado, que pode, de fato, e por um curto período, ser promovida racionalmente mediante a garantia de margens mínimas para a rede de distribuição.

23. Além disso, é comum defender-se que a fixação de preço de revenda também pode ser utilizada para garantir que o distribuidor tenha interesse em expandir seu portfólio de produtos, dispondo-se a ofertar, junto com produtos mais rentáveis, outros de sucesso comercial mais incerto, promovendo, assim, um interesse legítimo do fornecedor. Hovenkamp dá o exemplo de uma editora que deseje vender seus livros em uma grande livraria. De todos os livros ofertados pela editora, apenas alguns farão sucesso comercial, e a FPR poderia, neste caso, garantir às livrarias uma boa margem de lucro nos livros que farão sucesso, viabilizando a distribuição de livros com menos sucesso comercial e aumentando, assim, o bem-estar do consumidor, que terá acesso a uma gama maior de produtos.

3. Todas as referências seguintes correspondem ao mesmo trabalho citado na nota anterior, e dizem respeito, basicamente, às sessões iniciais do Cap. 11 (*Intrabrand restrains on distribution*).

24. Não há, contudo, nos estudos econômicos, uma teoria geral dominante sobre os efeitos líquidos de restrições verticais de preço. Segundo o próprio Hovenkamp, “nós temos relativamente pouca informação de quantidade sobre a frequência com que restrições como a FRP são usadas por razões pró ou anticompetitivas”.⁴

25. Há, ao contrário, um razoável consenso (reproduzido, aliás, nestes autos), de que as dúvidas levantadas pela teoria econômica acerca do caráter benéfico ou prejudicial das restrições verticais ligadas a preço (especialmente a FPR) não foram até hoje acompanhadas ou fundadas em dados empíricos e, até por isso, a evolução do debate correspondente (a) colocou-se, até este momento, quase que exclusivamente em um plano puramente teórico e (b) provocou importantes guinadas de entendimentos ao longo dos anos.

26. Alguns, como aliás, de alguma forma, o próprio Hovenkamp, defendem que estas dúvidas seriam uma razão importante para lidar com a conduta debaixo de uma “regra da razão estrita”, ou seja, de um juízo de razoabilidade feito caso a caso e destinado, sempre, à realização um exame específico de efeitos líquidos positivos ou negativos concretamente produzidos. Segundo o próprio autor, a enorme instrução que esse tipo de exame exige teria a virtude de fornecer aos economistas material de pesquisa capaz de resolver, de uma vez por todas, a questão de saber se a conduta é em geral benéfica ou deletéria.⁵ O problema, como ele mesmo aponta, é que, “infelizmente, os serviços ‘educativos’ produzidos por um contencioso antitruste baseado em uma regra da razão desse tipo são extremamente caros”, e, mesmo no sistema americano posterior a *Leegin*, nada garante que venha a ser esse (o exame caso a caso de efeitos líquidos, sem outras qualificativas) o *standard* a ser adotado.⁶

27. Um ponto que merece ser ressaltado, contudo, é a existência de pelo menos um efeito negativo da FPR que é incontestável, que ocorre sempre, por força necessária da imposição dessa prática. Trata-se, evidentemente, do aumento do nível de preços intramarca. Por definição mesmo, a prática da FPR impede que certos distribuidores vendam dados produtos a preços mais baixos que um determinado patamar, impedindo, portanto, que os consumidores que preferem esse produto em relação a outros similares possam aproveitar-se dos ganhos de bem-estar que seriam daí decorrentes. Supondo ainda um certo nível de diferenciação entre os produtos que concorrem no mercado *intermarcas*, seja em virtude de preferências de marca, diferenças de qualidade, ou outras semelhantes, é razoável supor, ainda, uma possível redução de quantidades em relação ao ponto ótimo concorrencial, gerando, assim, nos limites da diferenciação, efeitos econômicos semelhantes aos de um cartel.

4. Idem, p. 490.

5. Idem, p. 536.

6. Idem, *ibidem*.

28. Esse é um ponto admitido e explicado pelo próprio autor já mencionado acima, o qual é, por sinal, defensor de um tratamento particularmente “brando” para a conduta em questão. Como ele mesmo admite, “mesmo uma restrição vertical que aumenta quantidades pode às vezes ser ineficiente,” especialmente em mercados que “contém consumidores marginais, que precisam ser educados sobre as qualidades de um produto particular, e inúmeros consumidores inframarginais, que já apreciam a qualidade do produto e sabem como usá-lo”. Neste caso, “o fornecedor pode aumentar sua oferta oferecendo serviços de venda desenhados a trazer novos consumidores marginais para seu mercado, mas embutir o preço desses serviços no produto de tal forma a que *todos* os consumidores, incluindo os inframarginais, precisem pagar por ele”.⁷

29. O próprio caso *Leegin* é exemplificativo neste sentido, pois tratava, como ressaltado no voto do então Conselheiro Vinicius de Carvalho, de um mercado de bolsas femininas, acessório que dificilmente se enquadra entre aqueles que demandam informações de pré-venda particularmente específicas ou sofisticadas acerca de seus usos e qualidades. Até por isso, os chamados *point-of-sale services* daquele caso foram definidos pela Suprema Corte Americana, simplesmente, como a oportunidade de oferecer aos consumidores uma “experiência agradável de consumo”, algo como as taças de *prosecco* ou *champagne* que algumas lojas de luxo oferecem a seus clientes enquanto escolhem roupas e acessórios. Evidentemente, quando a FPR é utilizada para garantir as “eficiências” representadas por esse tipo de “serviço”, todos os consumidores pagam: não apenas aqueles que entendem ser imprescindível beber o *champagne* para comprar a bolsa, como os que dispensariam, em outras condições, o mesmo tipo de serviço.

30. O ponto, contudo, é que a tarefa que se coloca ao Cade não é a de saber, com grau de verdade científica, qual lado desse debate teórico econômico tem razão. Essa é uma tarefa muito importante, mas que é reservada, exclusivamente, para os debates acadêmicos e científicos da economia. Para o Cade, a questão é decidir como esse caráter ambíguo pode ser traduzido em uma política de interpretação e “enforcement” do art. 21, XI, da Lei 8.884/1994, que seja, ao mesmo tempo, racional para a Administração, justa para o administrado, e de bom senso em termos de incentivos para os agentes do mercado.

31. A meu ver, definir os *standards* de punição da FPR no Brasil é desincumbir-se, exatamente, dessa missão. Trata-se, em resumo, exatamente do mesmo ponto sublinhado pelo Juiz Breyer em seu voto dissidente no caso *Leegin*, segundo o qual “a discussão econômica (...) pode e deve informar o direito antitruste”, mas este “não pode, e não deve, replicar precisamente as visões econômicas (às vezes conflitantes)” em questão. Isso ocorre “porque o direito, ao contrário da teoria econômica, é um sistema administrativo cujos efeitos dependem do conteúdo de regras e prece-

7. Idem, p. 505-506

centes que possam ser aplicados por juizes e juris em tribunais e por advogados na orientação de seus clientes. E esse fato significa que os tribunais terão frequentemente que lançar mão de seu próprio julgamento administrativo, às vezes até para aplicar regras de ilicitude “per se” a condutas de negócio que podem, em certas hipóteses específicas, produzir benefícios”.

32. O que Breyer quer dizer com isso é muito semelhante ao que a Suprema Corte Americana ressaltou em um outro julgamento de 1990 (*FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n*), no qual comparou as regras *per se* em direito anti-truste às regras de limite de velocidade em estradas. Essas regras de velocidade, segundo a Suprema Corte, seriam como que substitutos imperfeitos (e talvez menos eficientes de um dado ponto de vista singular) de uma outra regra hipotética, mais genérica, destinada a impedir os motoristas de dirigir em velocidade superior àquela permitida por sua própria destreza e pelas condições de clima e estrada. Essa regra hipotética, para ser operacional, deveria obrigar a autoridade administrativa a verificar e provar, a cada caso, as condições específicas de pista, segurança do veículo, destreza do motorista e condições do ambiente, de sorte a fixar, também com vistas ao caso concreto, qual seria, dadas aquelas específicas condições, o limite de velocidade “eficiente”, capaz de permitir ao motorista o aproveitamento máximo dos benefícios que a velocidade traz sem com isso colocar em risco os demais motoristas. Obviamente, esse limite variaria de caso para caso, e, na comparação proposta, equivaleria ao teste específico das “condições de mercado” que determinariam os “efeitos líquidos” da conduta de dirigir a certa velocidade. Ao contrário desse teste *feito para o caso*, as regras de limite de velocidade usam simplificações e presunções e acabam por obrigar um piloto de Fórmula 1 a dirigir seu seguríssimo automóvel de passeio esportivo a, digamos, no máximo 100 ou 120 km/h, em estradas com perfeitas condições de tráfego, quando ele poderia fazê-lo nessas circunstâncias (e de modo perfeitamente seguro) a velocidades bem superiores. Ocorre, contudo, que, se vistas do ponto de vista da política de *enforcement*, tais regras de limite fixo de velocidade são perfeitamente sensatas e eficientes, pois seria muito difícil, custoso e eventualmente arbitrário aplicar, simplesmente, o *standard* da destreza, segurança do veículo e condições específicas de pista a todos os casos de abuso potencial de velocidade. Se isso fosse feito, acabaria por gerar incerteza quanto ao permitido e ao proibido, falta de isonomia em muitos casos, e baixa punição de condutas efetivamente perigosas em tantos outros. Assim, a regra “arbitrária” da fixação de um limite rígido de velocidade, que poderia parecer irracional num primeiro momento, torna-se perfeitamente racional do ponto de vista específico do direito, em outro.

33. A meu ver, a questão, nestes autos, é justamente essa. Se, por um lado, o debate econômico reproduzido acima mostra que não seria sensato (ou mesmo compatível com o texto legal vigente no país, como veremos adiante) simplesmente proibir, de forma absoluta, a fixação de preços de revenda em todas as hipóteses,

sem admitir quaisquer defesas ou exceções (como faziam os norte-americanos até 2008), ele também mostra, por outro lado, que seria igualmente insensato submeter essa conduta a um teste obrigatório de efeitos líquidos negativos concretamente produzidos, semelhante, em tudo e por tudo, àquele hipotético teste de “destreza e condições de pista e ambiente”. Tenho receio, no entanto, que seja mais ou menos isso o que muitos acabam propondo ao dizer que a conduta deveria ser submetida “à regra da razão” e não “à regra *per se*”. Aliás, essa hipótese não seria apenas tão insensata quanto a anterior, mas também tão incompatível com o texto da lei brasileira quanto. A questão, portanto, é a de entender e determinar em que ponto intermediário entre esses dois extremos devem ser fixadas as presunções e os padrões de prova para punição de FPR no Brasil. Não é definir, portanto, se ela se enquadra na regra *per se* ou na regra da razão, mas sim *entender quais devem ser os contornos específicos da regra da razão no que diz respeito a essa conduta*, fixando uma jurisprudência que possa ser, como ressaltado por Breyer, seguida pelo próprio Conselho, entendida e aplicada por juízes, desembargadores, promotores e procuradores, compreendida e obedecida por empresários e assimilada por advogados, de tal sorte a que eles possam aconselhar, com algum grau de segurança, seus clientes acerca das condutas que são tidas por lícitas e aquelas que são tidas por ilícitas.

II – A análise da FPR sob a regra “per se” ou sob a “regra da razão”: um “falso problema”

II.1. A experiência internacional

34. No plano internacional, as preocupações relatadas acima não passaram despercebidas às autoridades judiciárias e administrativas encarregadas da tutela antitruste. A preocupação central de traduzir as dúvidas econômicas sobre os efeitos da FPR em políticas de *enforcement* sensatas, justas e razoáveis marcou, sem exceções, todas as jurisdições relevantes. Por sinal, esse é um ponto que foi exaustivamente tratado no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, que fez um importante e abrangente inventário da evolução do tema nos EUA, Europa e outros países, focando sua análise, justamente, na submissão da FPR às regras *per se* e da razão. Não quero, aqui, reproduzir o inventário já realizado no voto que abriu a divergência, mas alguns comentários adicionais sobre o tratamento do tema nessas jurisdições são importantes para definir com clareza a minha posição no caso, que é a *de ressaltar a inexistência de uma dicotomia clara entre essas duas regras*, e sublinhar que se trata de extremos de uma mesma escala variável de presunções de licitude e ilicitude, de razoabilidade e irrazoabilidade das condutas, reforçando a necessidade de o Cade definir, em termos de política jurisprudencial, os *standards* de análise correspondentes.

35. Creio que essa tentativa pragmática de traduzir as dúvidas econômicas acerca da FPR em políticas operacionais e minimamente claras de persecução marcou todas as jurisdições já inventariadas pelo voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, e tentarei, adiante, sublinhar isso.

II.1.a. A oscilação da jurisprudência norte-americana

36. Como dito, o voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho explorou minuciosamente, em suas (f.), a evolução do tema na jurisprudência da Suprema Corte Americana, ressaltando, ainda, que “a regra sobre FPR modificou-se diversas vezes” naquele país.

37. Como se constata do voto, a primeira importante posição a respeito foi manifestada no caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, decidido em 1911. Esse é, a bem da verdade, o primeiro caso importante decidido pela Suprema Corte envolvendo acordos de restrição vertical, e teve por objeto, justamente, uma restrição do tipo *preço fixo*, ou seja, uma prática de FPR. Na oportunidade, a Suprema Corte decidiu que a FPR deveria ser presumida em todas as circunstâncias como ilícita, por ser, por seu próprio objeto, irrazoável. De certa forma, a decisão dialoga com a tradição anterior do *common law* inglês e americano (que será retomada adiante) de separar as restrições à concorrência em dois grupos, distinguindo aquelas que tem *por próprio objeto* restringir a liberdade de comércio (em geral ilícitas), daquelas que são, na verdade, *acessórias a um acordo principal lícito* (que tem objetivo distinto da própria restrição à liberdade de comércio), e que com este guardam relação razoável de dependência, não sacrificando, ademais, a liberdade de comércio de forma desproporcional aos benefícios obtidos pela convenção lícita principal. A decisão, a bem da verdade, sequer usa a expressão “regra *per se*”, apesar de se ter tornado comum dizer que ela inaugurou, no regime americano, o “tratamento *per se*” da FPR. Por isso, Gavil, Kovacic e Baker têm inteira razão quando dizem que “a abordagem *per se* de *Dr. Miles* não decorreu de uma análise econômica elaborada das consequências da FPR,” mas, antes, “da conclusão da Corte de que essas restrições não seriam ‘razoavelmente necessárias’ para a ‘proteção do contratante’ e de que, portanto, seriam ‘não razoáveis’”, refletindo, portanto, “a análise de acessoriedade desenvolvida em *Addyston Pipe*, que a Corte citou expressamente em seu acórdão”. Portanto, ainda segundo os mesmos autores, “a regra *per se* derivada de *Dr. Miles* decorreu mais da percepção de que não haveria um propósito legítimo subjacente” à restrição ao comércio representada pela conduta que “de uma clara conclusão acerca de seus prováveis efeitos competitivos”. No caso, a abordagem desses efeitos prováveis apareceu apenas no voto dissidente de Oliver Wendel Holmes.⁸

38. Essa posição recebe temperamentos e oscilações no sentido de um rigor maior e menor com a conduta em vários outros casos,⁹ sendo que, subsequente-

8. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul: West, 2008. p. 356.

9. *United States v. Colgate & Co.*, de 1919, *United States v. Park, Davis & Co.*, de 1960, *United States v. General Electric Co.*, de 1926, *Simpson v. Union Oil Co. of California*, de 1964, por exemplo.

mente, como será visto adiante, é desenvolvida e consolidada, ainda, a tese de que o Sherman Act não proscree de forma absoluta toda e qualquer restrição ao comércio, mas apenas aquelas “desarrazoadas”. Sem prejuízo disso, o fundamento de Dr. Miles, como visto, foi o próprio julgamento de irrazoabilidade da conduta (de irrazoabilidade *presumida pelo próprio objeto*, como aliás se faz ainda hoje nos EUA nos casos de *fixação horizontal de preços*). Essa permaneceu, de modo geral, como sendo a regra em todos os Estados americanos ao menos até o início da década de 1950, quando a legislação federal permitiu que os Estados membros editassem legislações locais autorizando a FPR, e muitos desses Estados assim o fizeram, contornando, portanto, a proibição contida em Dr. Miles.

39. Como ressaltado na (f.) do voto que abriu a divergência nestes autos, o resultado dessa ação consistiu, em média, numa elevação de preços da ordem de 19% a 27% nos 36 Estados americanos que optaram por autorizar a FPR, o que levou o Congresso Americano a revogar a autorização anterior por meio do Consumer Goods Pricing Act de 1975, restaurando, assim, a proibição absoluta veiculada em Dr. Miles.

40. As críticas a essa posição extrema, contudo, recrudesceram justamente na década de 1970, especialmente por influência da chamada “Escola de Chicago”, que teve enorme influência no campo do direito econômico a partir de então. A agenda de intervenção estatal mínima e liberdade máxima de mercado veiculada por essa corrente de pensamento econômico caminhou, no plano do antitruste, no sentido de questionar o efetivo caráter prejudicial de boa parte das condutas tidas como “suspeitas”, com exceção, unicamente, dos cartéis. No campo das restrições verticais à concorrência, isso significou uma espécie de presunção de que tais condutas deveriam ser presumidas, em regra, como sempre eficientes, e que por isso só deveriam ser punidas em situações extremas, quando se provassem, real e efetivamente, danosas à concorrência em nível superior ao das eficiências que delas decorressem. O teste adequado para tanto deveria ser um *teste caso a caso de custo-benefício*, marcado pela *demonstração e quantificação*, por parte da autoridade antitruste, (a) dos *prejuízos efetivos* da conduta em análise para o mercado relevante em questão, (b) das *eficiências* por ela geradas e (c) do caráter negativo da *soma geral* desses fatores em relação ao bem-estar econômico coletivo. A seguir, chamarei esse tipo de procedimento de análise de “*teste de efeitos líquidos negativos*” e procurarei demonstrar como, por influência da Escola de Chicago, esse teste passa a ser defendido por muitos, quase que indiscriminadamente, como o padrão adequado de análise para a mais variada gama de restrições à concorrência.

41. Em certo sentido, esse tipo de abordagem de custo-benefício para a análise de condutas anticompetitivas já estava, de alguma forma, presente no direito americano desde muito antes da década de 1970, como ressaltado em casos como *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, de 1911, e *Chicago Board of Trade v. United States*, de 1918, relacionando-se àquilo que a Suprema Corte americana chamou, lá nos anos de 1910, de “*regra da razão*”. Esse ponto será retomado

adiante, mas o que é importante ressaltar, aqui, é que essa “regra da razão”, ou da “razoabilidade”, definida pela Suprema Corte nos anos de 1910, não é em nada oposta ou incompatível com os *standards* de presunção de ilicitude definidos em *Dr. Miles*. Aliás, o que ocorre é justamente o contrário.

42. Como visto, *Dr. Miles* fundamenta sua conclusão sobre a ilicitude da FPR justamente na “irrazoabilidade” dessa conduta, ou seja, na “falta de razão”, lida nos termos da anterior experiência do *common law* americano e inglês com as restrições ao comércio, que seria neste caso presumida. Além disso, o caso *Dr. Miles* (que supostamente seria um marco da análise *per se*) foi analisado pela Suprema Corte simultaneamente ao caso *Standard Oil*, e decidido no mesmo ano de 1911, apenas seis semanas antes deste último. Portanto, bem lida a jurisprudência americana da década de 1910, ela jamais apartou em duas categorias distintas a “regra da razão” de *Standard Oil* e a “regra *per se*” de *Dr. Miles*. Ao contrário, se levarmos em conta que *Dr. Miles* foi decidido pela Suprema Corte menos que dois meses antes de *Standard Oil*, seremos forçados a concluir (como aliás o próprio acórdão demonstra) que a *presunção de ilegalidade da FPR em Dr. Miles nada mais é senão manifestação concreta da “regra da razão” (entendida como exigência de um juízo de razoabilidade, nos termos do common law inglês e americano) para esse tipo específico de conduta.*

43. Fato é, contudo, que a influência da Escola de Chicago sobre a Suprema Corte Americana e sobre o antitruste americano cresceu enormemente ao longo da década de 1970 e, especialmente, durante as administrações de presidentes republicanos subsequentes a essa data. Uma de suas importantes manifestações, no que diz respeito ao caso presente, consistiu na decisão de 1977, dada no caso *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.* Neste caso, a Suprema Corte procurou distinguir as restrições verticais fundadas em preço (como a FPR) daquelas não baseadas em preços, e estabeleceu que estas últimas deveriam ser examinadas, sempre, caso a caso, sem regras ou presunções anteriormente concebidas, a partir de um teste de efeitos líquidos negativos nos moldes acima indicados. Ao fazer isso, ressaltou que esse tipo de teste seria, por excelência, manifestação da aplicação da regra da razão ao direito antitruste. Ponderou, ainda, em linha com a Escola de Chicago, que as restrições à concorrência *intermarca* deveriam ser o foco principal do direito antitruste, e que preocupações outras distintas dessas não deveriam poluir a análise correspondente.

44. Independentemente dos méritos ou não dessa decisão, seu resultado em termos de incentivos institucionais é evidente. A partir de *Sylvania*, cai vertiginosamente o número de casos de restrições verticais litigados no sistema de justiça americano. A razão para tanto é autoevidente: esses casos, examinados debaixo do “teste de efeitos líquidos negativos”, passam a ser muitíssimo trabalhosos e custosos para instruir, e quase sempre resultam em vitória da parte acusada. Como ressaltava Maurice E. Stuke, “uma das razões para isso é que existem inúmeras questões de fato envolvidas em um caso julgado com base na regra da razão [nos mol-

des propostos pela Suprema Corte no caso *Sylvania*, ou seja, entendida como um teste caso a caso de efeitos líquidos negativos sem outros *standards* anteriores]”.¹⁰ Esse tipo de caso exige que a administração (ou no caso americano, o demandante civil) prove, por sua conta, não apenas a existência de um acordo potencialmente lesivo à concorrência, mas também “(a) os efeitos anticompetitivos produzidos no contexto de um mercado relevante geográfico e de produto bem definido, o que envolve lidar com questões como a elasticidade cruzada da demanda, bem como de substitutibilidade pelo lado da oferta em tais mercados, em caso de entrada, (b) a ausência de justificativas pró-competitivas para a restrição (incluindo a extensão em que a restrição inclui eficiências produtivas, reduzindo custos marginais e permitindo benefícios pró-competitivos para os consumidores, (c) que eventuais justificativas... não são... razoavelmente necessárias para atingir os objetivos pró-competitivos em questão, (d) que existem alternativas menos restritivas para atingir os mesmos objetivos, e (e) que os efeitos anticompetitivos ultrapassam os benefícios pró-competitivos”.¹¹

45. Ora, a guinada final que ocorre no sistema americano em relação especificamente à FPR consistiu, justamente, na proposta (ainda que mitigada, como veremos adiante) de utilização desse mesmo tipo de critério de análise (teste de efeitos líquidos negativos) também para a fixação de preços no plano vertical. Simplificadamente, é isso o que a suprema Corte fez no caso *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, de 2007, conforme extensamente relatado no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, que sumariou, também, as inúmeras críticas que surgiram no âmbito da comunidade antitruste americana no que diz respeito a essa decisão.

46. As críticas são, fundamentalmente, de política jurisprudencial, e levam em conta (a) a baixa frequência com que ocorrem os benefícios que normalmente podem decorrer da FPR (principalmente, garantir serviços na rede de distribuição que não possam ser promovidos por outro meio e que sejam essenciais à comercialização do produto), (b) a alta frequência com que ocorrem seus prejuízos (a facilitação de cartéis a montante e a jusante, além do incremento direto e necessário dos preços intramarca, com prejuízo direto e necessário do consumidor inframarginal, como aliás demonstrado nos 36 Estados americanos que autorizaram a FPR a partir da década de 1950) e (c) os custos de analisar a conduta debaixo de um teste de efeitos líquidos, muito superiores àqueles de processá-la debaixo de *standards* mais definidos e pré-concebidos de prova e ilicitude.

47. Um exemplo eloquente dessa crítica está em um texto de Marina Lao sugestivamente intitulado “*Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for*

10. Maurice E. Stucke. Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law? 42 *UC Davis Law Review* 5.

11. *Idem*.

Resale Price Maintenance". Nesse texto, a autora critica duramente a submissão de todas as condutas que possam, em tese, ter às vezes algum efeito positivo ao regime severo dos testes caso a caso de efeitos líquidos negativos, argumentando que tal abordagem é "contrária à moderna teoria da decisão, que exige foco não tanto na possibilidade de uma dada prática ter efeitos competitivos positivos ou negativos, e sim na frequência e na relativa magnitude dos potenciais efeitos positivos ou negativos e em saber se já, para os positivos, meios menos restritivos à concorrência para atingi-los."¹² Segundo a mesma autora, se os padrões da regra da razão propostos no caso *Sylvania* (ou seja, testes caso a caso de efeitos líquidos negativos) forem utilizados no futuro para os casos de FPR, "a FPR irá na verdade se tornar de fato lícita *per se*, pois casos submetidos à 'regra da razão cheia' são notoriamente caros de litigar e virtualmente impossíveis, para o demandante, de vencer".¹³

48. Trata-se do mesmo ponto que, muito antes, já havia sido enunciado por Robert Pitofsky (ex-conselheiro do FTC e diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown), em um pequeno texto que escreveu em 1984 postulando a manutenção do regime de presunção de ilegalidade trazido por *Dr. Miles*. Segundo Pitofsky, mudar esse regime de presunções em favor de um teste de efeitos líquidos negativos para a FPR "equivaleria provavelmente a considerar a conduta lícita *per se*, e isso seria instituído unicamente para dar conta de uma situação que raramente aparece, na qual o produtor precisa desesperadamente que o distribuidor promova serviços que não podem ser prestados de outra forma".¹⁴

49. Esse é, ainda, o mesmo e exato fundamento utilizado pelo Juiz Breyer para justificar sua divergência em *Leegin*, conforme referido, inclusive, no voto do Conselheiro Vinícius Carvalho.¹⁵

12. Marina Lao. *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation For Resale Price Maintenance*. In: Robert Pitofsky (ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008. p. 197.

13. Idem, *ibidem*.

14. Robert Pitofsky. *Why Dr. Miles Was Right*. 8 Regulation 27, 29 (1984).

15. "I have already described studies and analyses that suggest (though they cannot prove) that resale price maintenance can cause harms with some regularity – and certainly when dealers are the driving force. But what about benefits? How often, for example, will the benefits to which the Court points occur in practice? I can find no economic consensus on this point. There is a consensus in the literature that 'free riding' takes place. But 'free riding' often takes place in the economy without any legal effort to stop it. Many visitors to California take free rides on the Pacific Coast Highway. We all benefit freely from ideas, such as that of creating the first supermarket. Dealers often take a 'free ride' on investments that others have made in building a product's name and reputation. The question is how often the 'free riding' problem is serious enough significantly to deter dealer investment.

50. Contudo, sem prejuízo da extraordinária pertinência dessas críticas, fato é que a decisão da Suprema Corte em *Leegin* passou longe de determinar, efetivamente, a utilização de um mesmo teste de efeitos líquidos, nos moldes estabelecidos em *Sylvania*, para todos os casos de FPR.

51. Ao contrário, o que está lá sugerido, como ressaltou o Conselheiro Vinícius Carvalho, é que o regime de presunções absoluto de *Dr. Miles* deveria ser substituído por um outro *standard* de ilicitude mais apto a levar em consideração as eficiências que essa conduta pode eventualmente produzir. Tal *standard* não será mais, portanto, o de presunção de ilicitude pelo próprio objeto, mas também não deverá ser, provavelmente, o de utilização indiscriminada de testes de efeitos líquidos caso a caso. Por exemplo, a própria Suprema Corte sugeriu em *Leegin* que deve haver um “escrutínio mais cauteloso” da FPR se houver outros produtores que adotem a mesma prática ou se ela ocorrer em mercados que tendam à colusão, ou mesmo *quando a iniciativa da fixação de preços for dos próprios distribuidores, como é, por sinal, justamente o caso presente*.

52. Portanto, mesmo no caso americano, a decisão da USSC no caso *Leegin* não encerra o problema, “tirando a FPR do campo da regra per se e a levando para o da regra da razão”, como alguns simplificadamente enxergaram.

53. Ao contrário, ela inaugura um novo problema, que consiste em saber “qual” regra da razão deverá ser estruturada para lidar, a partir de agora, com a FPR. Hovenkamp mesmo o admite, ao dizer que “as restrições verticais devem ser regidas pela regra da razão, mas nada impede que esta regra seja de um tipo diferente da-quele sugerido pela Suprema Corte no caso *Sylvania*”.¹⁶

54. Portanto, mesmo no caso americano é errado e simplificador dizer que a FPR deixou de ser um ilícito *per se* e passou a ser regida pela regra da razão. Na verdade, ela deixou de ser presumida *iure et de iure* como ilícita, e passou a sujeitar-se a critérios de razoabilidade que ainda precisam ser construídos pela Suprema Corte americana, mas que muito possivelmente serão ser distintos e mais

To be more specific, one can easily imagine a dealer who refuses to provide important presale services, say a detailed explanation of how a product works (or who fails to provide a proper atmosphere in which to sell expensive perfume or alligator billfolds), lest customers use that ‘free’ service (or enjoy the psychological benefit arising when a high-priced retailer stocks a particular brand of billfold or handbag) and then buy from another dealer at a lower price. Sometimes this must happen in reality. But does it happen often? We do, after all, live in an economy where firms, despite *Dr. Miles’ per se* rule, still sell complex technical equipment (as well as expensive perfume and alligator billfolds) to consumers.

All this is to say that the ultimate question is not whether, but how much, ‘free riding’ of this sort takes place. And, after reading the briefs, I must answer that question with an uncertain ‘sometimes’.”

16. Hovenkamp, ob. cit., p. 536.

rigorosos que os testes de efeitos líquidos semelhantes ao tipo de “regra da razão cheia” trazido no caso *Sylvania*. Isso, é claro, se o Congresso americano não acabar agindo novamente como já fez em 1975, para novamente tornar, por lei, absolutamente proibida a FPR. Trata-se de hipótese, por sinal, nada improvável, inclusive já havendo proposta nesse sentido em trâmite no Senado americano, com parecer favorável da comissão correspondente.¹⁷

II.1.b. A posição da Comissão Europeia e das demais jurisdições europeias

55. O regime de tratamento da FPR no âmbito da União Europeia, como ressaltado também no voto do Conselheiro Vinícius Carvalho, segue igualmente a mesma linha intermediária entre a presunção absoluta de ilicitude e a submissão da conduta a um exame caso a caso de efeitos líquidos negativos, *estando, contudo, muito mais próximo do primeiro ponto que do segundo*. Trata-se de um tema bastante tratado no voto do Conselheiro Carvalho, mas a relevância do ponto para o problema específico que quero tratar nesta declaração de voto justifica retomá-lo com algum detalhe.

56. Nesse sentido, não custa lembrar que o potencial lesivo da FPR está estabelecido, de modo genérico, no atual artigo 101 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) (antigo art. 81(1) do “TCE”),¹⁸ segundo o qual:

“São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (a) *Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção*; (b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; (c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

17. “Since Leegin, a number of States have expressed their continued interest in challenging resale price maintenance (‘RPM’) as per se unlawful under state antitrust laws and at least one, Maryland, has amended its antitrust laws to specifically reject Leegin and codify per se treatment. In addition, still pending before Congress are companion bills, H.R. 3190 and S. 148, which would effectively overrule Leegin. Chairman Jon Leibowitz of the Federal Trade Commission has publicly supported the bills, although he previously also voted in favor of relieving shoe retailer Nine West of the prohibition of RPM in the aftermath of Leegin...” (2011 annual Teacher’s Update to Gavil, Kovacic & Baker’s Antitrust Law In Perspective: Cases, Concepts And Problems In Competition Policy (2nd ed. 2008), p. 13).

18. Os arts. 81(1), 81(2), 81(3) e 82 do Tratado da Comunidade Europeia foram transpostos, com vigência a partir de dezembro de 2009, para os atuais arts. 101(1), 101(2), 101(3) e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, mantendo-se seu conteúdo essencialmente intocado.

(d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; ou (e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (grifei).

57. O inc. 2.º do mesmo artigo (antigo art. 81(2) do TCE) estabelece, basicamente, a nulidade desses tipos de acordo, ao passo que o inc. 3.º (antigo art. 81(3) do TCE) possui uma redação que poderia dar a entender que se trata, não obstante, de ajustes sujeitos à análise, sempre, à luz de um exame caso a caso de efeitos líquidos, semelhante à “regra da razão cheia” proposta em *Sylvania*. Tal inciso dispõe que as proibições ao art. 101(1) podem ser declaradas inaplicáveis a acordos, associações entre empresas ou práticas que “contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: (a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; e (b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.¹⁹

58. No que diz respeito aos acordos referidos no art. 101(1) do TFUE, para além da ressalva contida no inc. 3.º, atinente à licitude, sob condições, daqueles que viessem a contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou econômico, restou estabelecida pela Corte de Justiça da União Europeia desde cedo uma ressalva adicional, consistente na isenção de persecução administrativa a acordos cujo impacto sobre a concorrência não fosse significativo. A partir dessa jurisprudência da Corte Europeia, a Comissão Europeia editou uma série de normativos visando regular o que seriam acordos

19. O art. 102 do mesmo Tratado (antigo art. 82 do TCE) dispõe, por sua vez, sobre os abusos de posição dominante, estabelecendo que “é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”, exemplificando, entre tais práticas abusivas, as seguintes: “(a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; (b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e (d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”. Essa norma exige, contudo, demonstração de posição dominante para sua aplicação, e não é comumente utilizada como fundamento para a proibição de FPR entre fornecedores e distribuidores.

com potencial ofensivo à concorrência não significante, e em que condições tais acordos poderiam ser considerados como tal. Dentre tais normativos três, atualmente em vigor, merecem ser considerados nesta sede.

59. Em primeiro lugar, a chamada “*Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1)*”, ou, simplesmente, “*de minimis notice*”, estabelecida em 2001 (2001/C 368/07) e que consolidou aquilo que é hoje conhecido como regra “*de minimis*”. Essa regra procurou definir de forma razoavelmente objetiva o conceito de “restrição não significativa à concorrência” a partir de *proxys* definidas com base nas participações das empresas envolvidas no acordo em relação ao mercado relevante em questão. Segundo essa nota da Comissão Europeia, deveriam ser presumidos como inofensivos para a concorrência acordos entre empresas que não detivessem, em conjunto, *market share* superior, em dois anos sucessivos, a (a) 10% em qualquer dos mercados relevantes afetados, caso fossem, efetiva ou potencialmente, concorrentes entre si, ou (b) 15%, caso não fossem.²⁰

60. Ocorre, contudo, que tal regra “*de minimis*” não se aplica a restrições “*nucleares*” (*hardcore restrictions*), assim compreendidas, entre outras, as restrições consistentes em cartéis de fixação de preços, quantidades ou alocação de consumidores, além de um conjunto de restrições verticais entre as quais se destaca, justamente, a fixação (mas não a mera sugestão) de preços fixos ou mínimos (mas não máximos) de revenda.

61. Além disso, a “*Regulation EU No 2790/1999*” procurou dispor, também, sobre situações padrão em que se poderia aplicar, sem maiores considerações e “em bloco”, as exceções do art. 101(3) a certos acordos verticais, presumindo-se, assim, o caráter pró-competitivo dessas avenças, a partir da presunção da geração de eficiências superiores a qualquer eventual potencial anticompetitivo. A atual versão desse normativo estabelecendo “*Vertical Block Exceptions*” foi editada pela “*Regulation EU no. 330/2010*”, de 20.04.2010, e, de um modo geral, isenta de persecução administrativa os acordos verticais feitos entre fornecedores e distribuidores que não detenham mais de 30% de participação em seus respectivos mercados relevantes de venda e compra de mercadorias.

62. Ocorre, contudo, que tal exceção não se aplica, novamente, aos casos de fixação de preços mínimos de revenda. Para que esses acordos sejam considerados ilícitos, portanto, não se aplica nem a exigência de pelo menos 10-15% de *market share* contida na regra de *de minimis*, nem a exigência de participação superior a 30%, contida nas “*vertical block exemptions*”.

63. A razão para esse tratamento mais severo da fixação de preços mínimos de revenda na Europa está explicada na própria *Regulation 330/2010*. Segundo

20. Em certas circunstâncias especiais, envolvendo efeitos cumulativos de acordos paralelos entre distribuidores ou fornecedores, esse percentual pode cair para 5%.

seu considerando 10, tal exigência de *market share* mínimo não deve se aplicar a *“acordos contendo restrições que provavelmente irão restringir a concorrência e causar danos aos consumidores, ou que não são indispensáveis ao atendimento dos escitos de incremento de eficiência. Em particular, acordos verticais contendo certos tipos de restrição severa à concorrência, como de imposição de preços mínimos ou fixos de revenda (...) devem ser excluídos do benefício da isenção em bloco (...) independentemente do market share dos contratantes”*. Tal disposição é repetida, mais adiante, no art. 4 do mesmo normativo, declarando novamente o caráter altamente suspeito de quaisquer acordos que *“tenham por objeto a restrição na capacidade do comprador de determinar o preço de venda”* de suas mercadorias, com exceção, apenas, aos acordos de preço máximo, ou aos casos de mera sugestão de preços de revenda, desde que ela não resulte, por pressão das partes ou outros mecanismos quaisquer, em efetiva fixação de preços mínimos.

64. O terceiro normativo que importa aqui analisar consiste no atual *Guia de Análise sobre Restrições Verticais da Comissão Europeia*, datado de 2010.

65. Ao se afirmar, singelamente, que a União Europeia adota a “regra da razão” para lidar com condutas envolvendo FPR mínimos, quer-se dizer, geralmente, que tal conduta não prescinde completamente, segundo esse guia, e dadas certas condições, de escrutínio relativo às eficiências específicas que dela possam decorrer, nos termos, basicamente, do disposto no art. 101(3) do TFUE.

66. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de *o próprio acusado ser capaz de provar*, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio. A regra geral é a de considerar a conduta como altamente suspeita, havendo condenação sempre que o indiciado não conseguir desincumbir-se desse seu ônus de demonstrar tais eficiências, independentemente, inclusive, de seu *market share*.

67. Novamente, as razões para esse tratamento suspeito são trazidas pelo próprio Guia da União Europeia sobre Restrições Verticais e podem ser encontradas, v.g., em seu parágrafo 224, onde se lê que *“a fixação de preços de revenda pode restringir a concorrência de inúmeros modos. Primeiro, a FPR pode facilitar a colusão entre fornecedores ao aumentar a transparência dos preços no mercado (...)”* além de *“minar os incentivos do fornecedor para reduzir seus preços aos distribuidores”*. Em segundo lugar, *“ao eliminar a concorrência intramarcas a FPR também pode facilitar a colusão entre distribuidores”*, sendo que *“a resultante perda da competição por preço parece ser especialmente problemática quando a FPR é inspirada pelos próprios distribuidores, cujos interesses coletivamente considerados tendem a colocar-se em detrimento dos consumidores”*. Em terceiro lugar, a FPR pode *“suavizar”* a própria concorrência entre produtores ou distribuidores, especialmente quando estes são distribuidores de várias marcas. Em quarto lugar (e, diria eu, em posição de especial destaque), *“o efeito imediato da FPR será o de impedir certos distribuidores de baixar seus preços de revenda para a marca em questão”*, o que significa que, *“em outras palavras, o efeito direto da FPR é um aumento de preços”*. Em quinto lugar, a

FPR pode, em certas circunstâncias, “reduzir a pressão sobre as margens do fornecedor”. Em sexto lugar, a FPR, se implementada por um fornecedor com poder de mercado, pode resultar em fechamento de mercado para fornecedores menores. Por último, “a FPR pode reduzir o dinamismo e a inovação ao nível da distribuição” ao reduzir os incentivos para que os distribuidores mais eficientes ganhem mercado e escala com preços mais baixos. O mesmo efeito pode, inclusive, “impedir a entrada ou expansão de formatos de distribuição baseados em preços baixos”.

68. É por tais razões que o parágrafo 223 desse guia dispõe expressamente que:

“Como explicado na sessão III.3, a imposição de preços de revenda (FPR) (...) fixos ou máximos (...) é tratada como uma restrição nuclear (“hardcore”). Quando um acordo inclui FPR, esse acordo deve ser presumido como restritivo à concorrência e portanto sujeito às disposições do Art. 101(1). Tal circunstância também dá margem à *presunção* de que o acordo *não preencherá, provavelmente* (“is unlikely to fulfil”) as exceções do art. 101(3), razão pela qual o regime de exceção em bloco também não se aplica. Contudo, os contratantes têm a possibilidade de apresentar uma defesa baseada na obtenção de eficiências, nos termos do art. 101(3), em um dado caso concreto. *Será ônus da parte que alegar tal defesa* a demonstração de que tais eficiências resultam provavelmente da FPR em seu acordo, e de que todas as condições do art. 101(3) estão preenchidas. Se isso ocorrer restará à Comissão examinar efetivamente os prováveis efeitos negativos para a concorrência e para os consumidores antes de decidir se as condições do art. 101(3) estão de fato preenchidas” – grifos nossos.

69. O guia estabelece explicitamente, portanto, que é *incumbência dos investigados* demonstrar a ocorrência das eficiências mencionadas no art. 101(3). Sem isso, a conduta é simplesmente *presumida* como deletéria à concorrência. É somente após a prova, pelos investigados, de que tais eficiências são plausíveis que a autoridade irá engajar-se em um exame concreto dos efeitos deletérios para os consumidores e sopesar uma coisa com a outra, de modo a verificar se a exceção do art. 101(3) está preenchida. Vale lembrar que esse resultado é tido pelo próprio guia como “pouco provável” (“unlikely”), especialmente na medida em que tal exceção exige prova de que a FPR (a) contribuiu para melhorar produção ou a distribuição dos produtos, com reversão para os consumidores de parte equitativa do lucro daí resultante, que (b) não impôs aos distribuidores restrições que não fossem indispensáveis à consecução desses objetivos, e (c) que não teve o efeito de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, nos termos, inclusive, do que dispõe o subsequente parágrafo 225 do Guia.

70. Por conta do caráter severo com que tais normativos presumem a ilegalidade da FPR e transferem para o próprio acusado o ônus de provar o contrário, demonstrando inequivocamente que a conduta produziu eficiências não obtíveis por outros meios menos restritivos e que tais eficiências foram compartilhadas com o consumidor, muitos comentadores apontam que o regime da FPR na União Europeia acaba equivalendo, na prática, a algo muito próximo da ilegalidade per

se (dizem isso, basicamente, por oposição àquelas versões mais “cheias” da regra da razão, que a moldam nos termos propostos no caso *Sylvania*), gerando condenações independentemente de análises de *market share* ou da prova de efeitos deletérios concretamente produzidos.²¹

71. Dado o caráter particularmente suspeito com que a legislação europeia trata a imposição de preços mínimos de revenda, não é de se estranhar que várias jurisdições individuais europeias tenham, também, uma tendência correlata de tratar com especial rigor os casos de FPR envolvendo preços mínimos ou fixos, cercando-a de presunções de ilicitude de variada ordem.

72. Na Áustria, por exemplo, a imposição de preços mínimos, ou mesmo de guias para o cálculo de preços, margens ou descontos é, de modo geral, presumida como deletéria à concorrência e por isso ilícita (CA (section 1(4))), a não ser que seja provado o caráter exclusivamente sugestivo da lista de preços e a ausência de qualquer tentativa de *enforcement* de tais sugestões por parte do fornecedor.

73. Na Bélgica, a fixação de preços mínimos é também considerada, na prática, como um ilícito per se (ver, v.g., a decisão do “Competition Council” proferida no caso *Gebroeders Mermans v. Van Cauwenbergh* – no. 98-RPR-6, datada de 1999), sendo permitida, contudo, a fixação de preços máximos, bem como a mera sugestão de preços, desde que comprovadamente limitada a tal.

74. Também na França, a fixação de preços mínimos é, do ponto de vista prático, presumida como deletéria à concorrência e por tanto considerada ilícita, exigindo apenas prova da efetiva aplicação dos preços por parte dos distribuidores e da implementação de mecanismos de controle por parte dos fornecedores, independentemente, repito, de efetivo impacto na concorrência.²²

75. Na Alemanha, a conduta é proibida expressamente pelo § 14 do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, exigindo-se apenas um nível mínimo de “substancialidade” para que possa ser punida.

76. Na Irlanda, adota-se, também, uma abordagem bastante próxima da proibição per se, considerando-se a imposição de preços mínimos como proibida inde-

21. Ver, à guisa de exemplo, Hanns Ullrich (ed.), *The Evolution of European Competition Law*, p. 94 e ss. e 115 e ss., ou Xavier Vives (ed.), *Competition Policy in the EU*, p. 325, comparando, neste caso, o regime europeu com o novo regime americano depois de *Leegin*.

22. A respeito pode ser citada, v.g., a Decision 93-D-50 da Autoridade da Concorrência Francesa, proferida em 23.11.1993, fundada praticamente apenas na circunstância de que “les clauses anticoncurrentielles des contrats concernés par l'accord vertical ont empêché les utilisateurs finaux de profiter des baisses de prix susceptibles de résulter du jeu normal de la concurrence”, condenando assim a fornecedora apesar de sua participação de mercado superar em apenas poucos pontos percentuais a casa dos 20%.

pendentemente do *market share* do fornecedor ou de quaisquer outras circunstâncias, e apesar, inclusive, de disposições aparentemente em contrário contidas nos Guidelines da Comissão de Concorrência (ver, a respeito, as decisões E/03/004, E/03/003, ou E/03/002). A fixação de preços máximos de revenda ou a mera sugestão de determinados preços não são consideradas ilícitas, desde que não consistam em maneira indireta de fixação de preços.

77. Na Itália, apesar de também ter sido editado recentemente um novo guia que sugere a necessidade de análise mais cuidadosa de eventuais eficiências decorrentes da conduta, a fixação de preços mínimos de revenda é vista com particular desconfiança e presumida como deletéria à concorrência, conforme disposto no art. 2.º da Lei Federal 287.

78. Na Espanha, tem sido também consideradas como ilícitas per se tanto a fixação de preços mínimos de revenda como a proibição de descontos e promoções,²³ apesar de uma recente decisão, dada no caso *Corral de las Flamencas*, ter considerado a conduta como não sujeita a punição pelo fato de a acusada deter menos de 1% de *market share* no mercado relevante afetado (Caso S/0105/08, julgado em 03.12.2009).

79. No Reino Unido, também há diversos casos de condenação da fixação de preços mínimos de revenda, com punições que já chegaram à casa dos 250 milhões de libras, sempre debaixo da presunção de prejuízo à concorrência, a não ser em caso de demonstração de condições muito específicas de mercado capazes de afastar, de modo absoluto, essa presunção, conforme disposto no art. 4.º do UK Competition Act de 1998.

80. Na Lituânia, acordos verticais que restringem, direta ou indiretamente, a liberdade de fixação de preços dos compradores são ilícitos. No entanto, a imposição de preços máximos e a mera sugestão de preços não são proibidos.

81. Na Bulgária, preços fixos e fixação de preços mínimos são considerados ilícitos “per se”. Preços sugeridos e fixação de preços máximos são tratados como exceções em certas circunstâncias, desde que inexista qualquer cláusula de fixação de preços mínimos. Assim, a FPR é considerada uma “hard core” e prescinde de uma análise de possíveis eficiências.

82. Na República Tcheca, a imposição de preços fixos ou mínimos é considerada a prática “hard core” de restrição à concorrência, sendo os seus efeitos anticompetitivos presumidos, mas a República Tcheca admite a refutação dos mesmos, sendo que o ônus da prova da licitude da conduta é do representado.

23. Ver, a respeito, as decisões da autoridade Antitruste espanhola dadas nos casos *Calvia/Diasa* (541/2002, julgado em 18.06.2003), *Asturcolechón/Tempur* (579/2004, julgado em 31.05.2005); *EKO-AMA Mondariz* (578/2003, julgado em 02.11.2004); *Aceites* (612/2006, julgado em 21.07.2007) e *MDC Ingeniería/ Productos Haller* (634/2007, julgado em 21.07.2008).

83. Na Dinamarca, a fixação de preços máximos de revenda ou a mera sugestão de preços de revenda são geralmente aceitas. No entanto, a sugestão de preços de revenda acompanhada de meios que forcem os revendedores a não desviarem dos preços sugeridos é considerada uma restrição “hard core”, bem como a fixação de preços mínimos de revenda e preços determinados.

84. A Estônia possui entendimento semelhante ao entendimento da Comissão Europeia no sentido de que a imposição direta ou indireta de preços de revenda mínimos ou fixos é considerada ilícita. A mera sugestão ou a fixação de preços máximos de revenda não são ilícitas.

85. Na Grécia, a comunicação de preços fixos e a fixação de preços mínimos de revenda, direta ou indiretamente, é ilícita. A fixação de preços de revenda é considerada com uma conduta “hard core” e, portanto, não são sequer analisadas as supostas eficiências por ela geradas.

86. Na Hungria, a fixação de preços mínimos de revenda é igualmente proibida, admitindo-se um tratamento diferenciado aos casos de fixação de preços máximos de revenda ou sugestão de preços.

87. Em Portugal, a imposição de preços fixos de revenda, bem como a fixação de preços mínimos de revenda é considerada como ilegal. Há também uma lei que proíbe a revenda de certos produtos a um preço menor do que o de compra.

88. Na Romênia, a FPR, como um princípio geral, é considerada ilícita “per se”, independente da participação de mercado das partes. A SPR e a FPR máximo são consideradas legais, contanto que não resultem em uma fixação de preços de revenda na prática.

89. Na Eslováquia, a imposição de preço de revenda fixo e a fixação de preços mínimos são consideradas restrições “hard core”, levando à direta restrição da concorrência, em detrimento principalmente dos consumidores.²⁴

90. Portanto, em praticamente todos os países europeus e no âmbito da própria EU, a FPR é sujeita a regimes particularmente severos de presunção de ilicitude, com a imposição dos ônus de prova em contrário ao próprio investigado, apesar de todas essas jurisdições (inclusive a comunitária), tratarem a conduta, formalmente, debaixo da “etiqueta” da “regra da razão”. Obviamente, não se trata da mesma “regra da razão” proposta pela Escola de Chicago ou pela Suprema Corte americana no caso *Sylvania*, mas sim de um regime muito mais inteligente de razoabilidade, em que o caráter suspeito da conduta é suficiente para disparar uma presunção de irrazoabilidade independentemente, inclusive, de poder de mercado

24. Para um inventário do regime a que se submete a FPR nestas e também em diversas outras jurisdições, ver, entre outras fontes, Stephen Kinsella (ed.). *Vertical Agreements*. London: Law Business Research, 2012, e Priscila Brolio Gonçalves. *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição*. São Paulo: Singular, 2002.

por parte de quem a pratica, mas em que sobra, contudo, espaço para o próprio investigador provar eficiências que possam demonstrar o caráter razoável da FPR em dadas circunstâncias.

II.1.c. A posição de outras jurisdições que também adotam presunções variadas de ilegalidade da FPR

91. De modo às vezes ainda mais severo do que nos exemplos europeus citados acima, diversas outras jurisdições do mundo também resolveram tratar a fixação de preços mínimos ou fixos de revenda debaixo de uma série de presunções *iuris tantum* ou *iure et de iure* de ilicitude, dispensando, assim, para a condenação, análises particulares de sua potencialidade concreta (ou seja, à luz do caso concreto) de produzir efeitos líquidos danosos à concorrência, e independentemente também de qualquer consideração sobre o poder de mercado de quem a pratica ou às vezes até sobre a produção de eficiências. Assim fizeram, é provável, por considerar justamente o caráter “altamente suspeito” dessa conduta, bem como os custos de *enforcement* e fiscalização que seriam despendidos (de forma talvez improdutiva) com uma análise caso a caso da ocorrência efetiva de um resultado concreto prejudicial à concorrência, dado que a conduta possui, sempre, ao menos o potencial de prejudicá-la.

92. A Austrália, por exemplo, lida com a FPR como infração per se, considerando a conduta ilícita independentemente de qualquer análise *market share* ou poder de mercado de quem a perpetra. Outras restrições verticais não relacionadas a preço são tratadas menos severamente e implicam tanto uma análise de poder de mercado como a consideração de eventuais eficiências. A proibição, de caráter absoluto, para a FPR, aplica-se, contudo, apenas à imposição de preços mínimos ou fixos, mas não à imposição de preços máximos ou à mera sugestão (desde que efetivamente provada tão somente como tal) de preços de referência.

93. No Canadá, é ilícita qualquer conduta ou termo de contrato que venha a impedir a redução de preços ou de qualquer forma induzir o revendedor a aumentar os preços praticados.

94. A legislação antimonopólio da China também proíbe expressamente a imposição de preços mínimos ou fixos.

95. Na Colômbia, a fixação de preço mínimo e máximo de revenda consiste em ilícito “per se”.

96. Israel também adota uma posição distinta para restrições verticais consideradas “soft core” e “hard core”. Para as primeiras, a análise de ilegalidade implica algum tipo de consideração de poder de mercado, de análise dos padrões de competição intra ou intermarcas, da produção de eficiências e elementos congêneres. Para as segundas, contudo, o dano à concorrência é presumido. No caso da fixação de preços mínimos de revenda, trata-se de restrição “hard core” proibida de modo absoluto pelo o art. 2(b) da Lei Antitruste Israelense, com a exceção apenas dos acordos estabelecidos em contratos de franquia.

97. O Japão também adota uma proibição absoluta da prática de imposição de preços mínimos de revenda. Nessa jurisdição a existência de um acordo não é sequer condição indispensável para caracterizar a ilicitude da prática, sendo suficiente, por vezes, apenas a comprovação de que uma parte obrigou a outra, de alguma forma, a aderir a sua instrução sobre o preço a ser adotado. Ainda, a jurisprudência japonesa não diferencia a fixação de preços máximos e mínimos de revenda, chegando a considerar que ambas acabam por funcionar de maneira similar.

98. A fixação de preço mínimo de revenda é ato ilícito “per se” na Coreia. No entanto, em alguns casos de propriedade intelectual e produtos classificados como commodities, é permitida a prática de FPR. A legalidade da fixação de preços máximos de revenda é determinada pela regra da razão.

99. Assim, é possível dizer que um número expressivo de autoridades antitrustes ao redor do mundo também considera a fixação de preços mínimos de revenda uma restrição “hard core”, lançando mão de presunções diversas de sua ilicitude, e fazendo distinção entre o tratamento desse tipo de conduta e das condutas de fixação de preços máximos e/ou sugestão de preços.

100. *Não vejo qualquer razão para que o Cade venha aplicar, no Brasil, regime diverso deste, ainda mais quando a própria Lei Antitruste, passada e aprovada no Congresso Nacional, assim recomenda, como veremos adiante.*

II.2. Os Anexos I e II à Res. 20/1999 e a opção da jurisdição brasileira pela análise segundo a “regra da razão”

a) Res. 20/1999

101. O inventário realizado acima do regime de persecução administrativa da FPR em inúmeras jurisdições internacionais mostra, creio eu, que a “ambiguidade” de que esta conduta parece ser cercada no âmbito da teoria econômica não foi acompanhada, em geral, de políticas de *enforcement* igualmente “ambíguas”. Ao contrário, levando em conta os custos de atribuir à autoridade administrativa uma responsabilidade quase infactível de demonstrar todos os efeitos deletérios de uma dada conduta concreta, e considerando ainda que os prejuízos decorrentes da FPR são em regra muito mais frequentes e palpáveis que seus potenciais benefícios (os quais podem, ainda, normalmente ser produzidos por outro modo), a maior parte das jurisdições mundiais submete a conduta a um regime mais ou menos rígido de presunção de ilegalidade.

102. Quando essa presunção é absoluta e não admite prova em contrário, fala-se, com mais propriedade, de proibição “per se”. Foi o caso dos EUA durante mais de mais de 90 anos e é ainda o caso da Austrália, Canadá, Japão e Israel, entre outros países. Quando, ao revés, é relativa, e admite prova em contrário a cargo do próprio investigado, fala-se em uma proibição submetida ao regime da “regra da razão”. *Contudo, o termo, neste último caso, remete a um regime muito distinto daquele a que a Suprema Corte Americana estabeleceu, v.g., em Sylvania.* Esse é um tema relevante e voltarei a ele mais adiante.

103. Neste ponto, contudo, é preciso examinar como a jurisdição brasileira tem lidado com o problema, de sorte a melhor compreender (e eventualmente qualificar) a afirmação corrente de que tal conduta é, entre nós, igualmente examinada debaixo da “regra da razão”, sem maiores qualificações.

104. No âmbito do Cade, a Res. 20, de 09.06.1999, procurou editar um guia com *sugestão* de alguns parâmetros que poderiam ajudar a lidar com restrições verticais no âmbito deste Conselho. O seu anexo I definiu e classificou algumas destas práticas e o seu anexo II previu critérios básicos sugestivos para a análise dessas práticas restritivas. Vale aqui reproduzir o texto introdutório aos anexos:

“A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor” – grifos nossos.

105. Tal Resolução foi bastante influenciada pela teoria antitruste norte-americana elaborada nos anos 70 e 80 a partir dos influxos da Escola de Chicago. Nesse então, como já dito e pelas razões já ressaltadas, o foco era a análise dos efeitos de condutas horizontais (ou seja, práticas concertadas entre concorrentes), relegando-se a um segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação complementar.

106. Especialmente com relação à análise de práticas verticais, importante notar que a Escola de Chicago²⁵ defendia a chamada teoria da “dupla margem”, a qual, em poucas palavras, apontava que práticas verticais seriam geralmente eficientes, uma vez que seria economicamente mais interessante para uma firma maximizar o seu lucro em apenas um único monopólio e não em dois monopólios consecutivos, pois, dada a margem de monopólio incidente sobre o seu custo, o lucro conjunto seria inferior ao obtido em único monopólio e, por isso, não haveria interesse econômico em valer-se de tais instrumentos para fins anticompetitivos. Isso é, fundamentalmente, o que está presente no voto do Conselheiro César Mattos proferido nestes autos, e consiste em um dos importantes elementos que o levou a votar pelo arquivamento do caso.

107. Assim, sob os influxos da Escola de Chicago, as práticas verticais passaram a ser quase que automaticamente associadas a eficiências decorrentes de eco-

25. Vale dizer que a Escola Pós-Chicago, a partir da revisão por outros autores dos postulados da “dupla margem”, ressaltou que restrições verticais poderiam ser utilizadas não apenas para aumentar um lucro de monopólio como também para protegê-lo – fechamento de mercado – dando nova força, a partir de então, ao controle antitruste das práticas verticais.

nomia de escopo, bem como de redução de problemas informacionais e de custos de transação,²⁶ o que acabou apontando para um ambiente no qual as autoridades antitrustes deveriam “fazer prova da ilicitude da prática”.

108. Não custa lembrar, novamente, os importantes impactos institucionais e de incentivos que resultaram, nos EUA, desse tipo de abordagem, provocando uma importante redução do número de investigações à época nos Estados Unidos: em 1977, foram instaurados 1.611 casos e, em 1989, 638²⁷ e, conforme aponta Paulo Furquim, nos anos da administração George W. Bush, não foi levado à frente nenhum caso de restrição vertical.²⁸ A mesma virtual inexistência de casos envolvendo restrições verticais litigados nos anos de administração de Ronald Regan é ressaltada por Maurice E. Stucke.²⁹

109. De qualquer forma, esse foi o contexto (de ênfase ao caráter pró-competitivo de restrições verticais) que acabou por influenciar a elaboração da Res. 20/1999, cujo teor literal, de fato, parece sugerir para análise de todos os tipos de restrição vertical um exame caso a caso do tipo “efeitos líquidos negativos”, mais ou menos nos moldes da “regra da razão cheia” definida em *Sylvania*.

110. Contudo, parece-me possível afirmar sem margem a dúvida que tal *sugestão de encaminhamento* (e os anexos à Res. 20/1999 juridicamente não são outra coisa senão isso) não foi adotada uniformemente na maior parte dos *efetivos julgamentos de casos* que envolveram restrições verticais *hard core* baseadas em preços, como ocorre, justamente, com a FPR.³⁰

b) Dos casos de FPR julgados até hoje pelo Cade

111. Em 1997, antes então da edição da referida Resolução, o Cade julgou o que parece ser o primeiro caso que tinha como objeto a conduta de fixação de preço de revenda.³¹ Neste caso, o Cade considerou que as condutas exemplificadas no então art. 3.º da Lei 8.158/1991 (posteriormente art. 21 da Lei 8.884/1994) não

26. Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira, p. 6. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%2020Paulo%20Furquim%20dc2Azevedo.pdf?sequence=1]. Acesso em: 12.12.2012.

27. MORTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p. 8-9.

28. AZEVEDO, op. cit., p. 6.

29. “Unlike earlier administrations, the Reagan administration never challenged vertical restraints or (after settling the 1974 suit against AT&T) monopolies”. Op. cit., p. 1452.

30. Sobre “a construção de casos cujo o fundamento era o uso anticompetitivo de restrições verticais”, ver AZEVEDO, op. cit., p. 6.

31. PA 148/1992 (Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo x KLBON - Kraft Suchard Brasil S.A.).

seriam ilegais “per se”, mas deveriam, ao contrário, submeter-se a um exame de razoabilidade. Ao final, concluiu-se que o “elevado grau de concorrência intermarcas, somadas às fracas barreiras à entrada, à pulverização da oferta, bem como por não se tratar de um produto essencial, tornam qualquer tentativa de imposição de preços mediante tabela, visando aferição de lucros extraordinários ou domínio de mercado, virtualmente impossível”.

112. Ocorre, contudo, que o Plenário concluiu que o objeto do processo seria uma conduta de *sugestão* de preços, a qual seria lícita na medida em que o termo “preço sugerido ao consumidor” constasse do produto ou tabela, afastando-se, assim, a existência de imposição de preço e determinando o arquivamento do feito. Portanto, pode-se dizer que este caso, ao final, tratou mais dos efeitos gerados sobre a concorrência e para o consumidor decorrentes de uma tabela de *sugestão* de preços de revenda que sobre o objeto e os efeitos decorrentes da conduta específica de fixação de preços (fixos, máximos ou mínimos).

113. Em 1999, no dia em que foi publicada a Res. 20/1999, o Cade julgou outro Processo Administrativo³² no bojo do qual também foi ventilada uma acusação de sugestão de preços de revenda. Nos termos do voto do então Relator, foram afastados os efeitos anticompetitivos de tal conduta tendo em vista que a “fixação dos preços do distribuidor não alcança o consumidor final do produto que o adquire no comércio varejista. Assim esta prática não interfere no quadro concorrencial intermarcas”.

114. Ainda em 1999, o Cade analisou e arquivou outro Processo Administrativo³³ que tratava da acusação de fixação de preços de revenda, onde ressaltou que “deve-se distinguir a imposição de preços ao revendedor mediante ameaça crível de punição, com a recusa de posterior negociação por parte do fabricante (*refusal to deal*), da prática de preços sugeridos”, bem como que “é preciso avaliar qual o efeito da sugestão em termos de indução à conduta concertada” e que efeitos de tabela sugestiva de preços de revenda sobre o bem-estar do consumidor seriam “sempre ambíguos”. Aqui, novamente, cuidou-se mais da análise efeitos concorrenciais da edição de tabelas de preços *sugeridos* que da conduta específica de fixação impositiva de preços (fixos, máximos ou mínimos), tendo esse caso, em especial, tratado de questões relacionadas à aplicação da Lei Ferrari.

115. Também em 1999 e novamente envolvendo o setor automotivo, foi julgado outro Processo Administrativo³⁴ no qual o Cade afirmou que “a manipulação de quotas mínimas ou máximas da parte do fabricante atende ao mesmo objetivo – a maximização de lucros – e produz os mesmos efeitos ambíguos sobre o bem-

32. PA 08000.000146/1996-55 (Distribuidoras de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. x Companhia Cervejaria Brahma).

33. PA 89/1992 (José Galvani Alborton x Autolatina – Comércio, Negócios e Participações Ltda.).

34. PA 08000.017766/1995-33 (União Catarinense de Veículos x Fiat do Brasil S.A.).

-estar do consumidor que a imposição de preços de revenda”. Contudo, o feito foi arquivado tendo em vista, entre outros fatores, “a excessiva distância entre os fatos e o julgamento”, tendo havido, contudo, pela primeira vez, uma análise algo mais profunda da conduta de FPR.

116. Mais recentemente, foram julgados cinco outros casos que tinham como objeto direto declarado na denúncia uma conduta de FPR.

117. O primeiro³⁵ deles – julgado em 2003 – visava apurar indícios de condicionamento de venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório e imposição de preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro. A denúncia datava de 04.11.1992 e o feito foi arquivado por prescrição intercorrente. Não houve, portanto, análise do mérito da conduta.

118. Anos mais tarde, em 2008, o Conselho julgou um Processo Administrativo³⁶ que investigava uma série de condutas, dentre elas uma suposta fixação de preços de revenda, a qual foi afastada durante o julgamento sob o argumento de que os autos tratavam, de fato, uma sugestão de preços, conduta esta que, segundo o Conselheiro Relator, deveria ser analisada “com maior parcimônia em mercados que não apresentam características colusivas, sobretudo ao se considerar a existência de uma justificativa plausível”. Assim, mais uma vez, não houve uma análise do objeto e possíveis efeitos da prática de FPR.

119. Em 2011, foi julgada uma Averiguação Preliminar³⁷ que tratava de uma denúncia de fixação de preços no mercado editorial, a qual foi afastada, dado que se estava diante de uma situação de *preços máximos sugeridos*, bem como que a edição de listas de preços por editoras seria uma prática prevista em legislação específica. Novamente aqui a discussão travada nos autos acabou por se ater a uma conduta de sugestão de preços, voltando-se, ainda, a preços máximos, e não fixos ou mínimos, que consistem no cerne da FPR.

120. Também em 2011, o Cade analisou outra Averiguação Preliminar³⁸ que tratava igualmente apenas da fixação de preços de revenda, destacando que a prática é usualmente tratada sob a “regra da razão”. O voto do Conselheiro Relator destacou que se tratava de fixação de preços mínimos de revenda, prática esta que não teria sido negada pela Representada. Contudo, *a participação de mercado da empresa seria inferior a 5%*, existiram eficiências decorrentes da conduta (como

35. PA 08012.003377/2003-44 (DNPDE – “Ex officio” x Cimento Itaú do Paraná S.A., Cimento Portland Rio Branco).

36. PA 08012.004363/2000-89 (Cade x Companhia de Bebidas das Américas – Ambev).

37. AP 08012.001743/2002-40 (João Carlos Ferreira da Silva x Editora Globo, Editora Nova Era e outras).

38. AP 08012.009674/2008-16 (Fábio de Oliveira Pinto x Everest Refrigeração Indústria e Comércio Ltda.).

a eliminação de *free riders*) e que haveria condições estruturais para a geração de efeitos anticompetitivos. Pelo que foi possível apurar, esse foi o primeiro processo que se referiu e analisou *específica e unicamente* a conduta de FPR (preços mínimos), *mas tal análise ocorreu em um contexto no qual sequer o limite de market share de 20%, previsto na lei como proxy do poder de mercado, fora atingido.*

121. Por fim, em 2012, o Cade julgou uma última Averiguação Preliminar³⁹ que envolvia, dentre outras denúncias, a fixação de preços de revenda, a qual foi afastada (sendo o feito no todo igualmente arquivado) sob o fundamento de que a denúncia indicaria, em vários pontos, que se tratava de fixação de preço de revenda máximo e não mínimo. Assim, tratou-se, igualmente, de caso distinto do presente.

122. Nesses termos, o que se extrai da jurisprudência efetiva do Conselho é um histórico de decisões que analisam, sob o enfoque de uma “razoabilidade econômica”, em muitos casos em meros comentários laterais à decisão, temas variados ligados à determinação de preços em geral sugeridos de revenda, muitas vezes máximos e não mínimos, e nas quais coube à autoridade antitruste o ônus de provar os seus efeitos anticompetitivos, *sem que, contudo, jamais tenha ocorrido uma análise detida e sistemática do tratamento que deve ser dado a esse tipo de conduta em suas diversas facetas, especialmente em sua faceta mais “suspeita”, que é a fixação impositiva de preços mínimos ou fixos de revenda por agente dotado, nos termos da presunção legal, de poder de mercado.*

123. Não há, até hoje, um padrão efetivamente estabelecido em nossa jurisprudência do que seria necessário para avaliar a licitude ou não de tais condutas, especialmente quando envolvem, como no caso presente, imposição de preços de revenda por agente dotado de poder de mercado tal como presumido pelo limite de 20% estabelecido na legislação.

124. Tal circunstância torna ainda mais importante o elemento de precedente contido no julgamento deste caso, bem como a precisa definição, pelo Conselho, do regime de ilicitude e ônus probatórios que deve ser observado no julgamento de casos *hard core* de FPR. É sobre a fixação desses parâmetros, e sobre sua compatibilidade com o regime da chamada “regra da razão”, que passo, adiante, a debruçar-me.

III – A “regra da razão” no direito antitruste e a inafastável necessidade de fazer escolhas pragmáticas no desenho das políticas de enforcement. As regras da razão e per se como pontos extremos de uma mesma “escala de presunções”

125. O quanto exposto até aqui permite esboçar algumas conclusões iniciais relevantes para a decisão deste caso. Uma delas é que a FPR ainda não foi, até hoje, examinada com suficiente profundidade por este Conselho, servindo o caso presente, na verdade, como a mais importante oportunidade aberta até hoje ao Cade para fixar seu entendimento acerca das condições de punibilidade dessa conduta. Au-

39. AP 08012.001626/2008-71 (Luís Antônio de Lélis Gomes Bezerra x Companhia de Bebidas das Américas – AmBev).

sente uma verdadeira e efetiva orientação jurisprudencial anterior acerca do tema, é a partir deste caso (e dos próximos casos que chegarem ao Conselho versando efetivamente a fixação de preços fixos ou mínimos de revenda) que se irá construir uma jurisprudência capaz, de fato, de servir de orientação aos jurisdicionados.

126. Além disso, a outra conclusão importante é que seria um equívoco extraordinário construir essa jurisprudência a partir de uma tentativa simplificadora de tipificar a FPR, binariamente, em um dos dois *extremos teóricos* representados (a) pela “*regra da razão*” em sua versão “*hard core*”, desenhada nos moldes e sob a influência da Escola de Chicago, que coloca integralmente sobre os ombros da Administração Pública o ônus quase sempre infactível de provar caso a caso a efetiva produção de efeitos líquidos econômicos negativos para o bem estar geral a partir da conduta em análise, ou (b) pela “*ilicitude per se*”, assim entendida como a ilicitude absoluta pelo próprio objeto, como o delito de mera conduta que não admite qualquer consideração sequer sobre o potencial abstrato de produção de efeitos negativos da conduta, ou tampouco prova contrária de produção (ainda que excepcional) de eficiências capazes de sobrepujar os potenciais efeitos daninhos.

127. É sobre o segundo tema que quero lançar foco neste ponto. Trata-se, fundamentalmente, de perceber que praticamente todas as jurisdições do mundo tratam a FPR com rigor, mas em um regime jurídico que é, na verdade, *intermediário entre a ilegalidade per se e a legalidade “a não ser que a administração prove caso a caso o contrário”*.

128. Entender esse ponto exige, em primeiro lugar, compreender melhor a origem e a efetiva aplicação, no direito da concorrência, dessas categorias da regra da razão e da ilicitude *per se*, pois tal compreensão demonstrará que esses “*tipos*” remetem, mais que a categorias rígidas, opostas e estanques, a extremos opostos de mesma e única escala gradual de presunções de ilegalidade, em cujo percurso podem ser enquadradas, de forma muito variada e diversa, as várias condutas potencialmente ofensivas à concorrência, desde as mais graves (como os cartéis, que em geral se presumem sempre ofensivos à concorrência), até as mais raramente daninhas (como, v.g., a prática de preços abaixo do custo, que exige condições excepcionalíssimas para que se possa configurar como um ilícito concorrencial de predação e no mais das vezes é uma conduta lícita), passando por todos os demais graus intermediários que essa escala comporta, e nos quais podem ser enquadradas condutas com “*potencial ofensivo*” mais ou menos intenso, ou mesmo mais ou menos frequente.

129. De fato, o direito concorrencial norte-americano assinala o nascimento da “*regra da razão*” justamente a partir da necessidade de temperar a rigidez do teor literal do *Sherman Act*, cuja redação, tomada ao pé da letra, poderia levar à conclusão de que seriam ilegais, pelo próprio objeto, todos os acordos de restrição ao comércio.

130. Esse texto normativo, como se sabe, foi editado em 1890, em circunstâncias bastante excepcionais, e está ainda hoje em vigor. Trata-se assim de um

texto normativo bastante anterior às (e estruturalmente diferente das) modernas legislações antitruste, e é nesse contexto que se deve entender o esforço jurisprudencial realizado pelos americanos para adaptá-lo ao evoluir dos anos e temperar sua extraordinária simplicidade de redação com vistas a adaptá-la aos complexos e diversos arranjos empresariais que demandam regulação antitruste. Querer incorporar ao direito brasileiro pedaços desse esforço jurisprudencial, sem maior análise, e sem maiores distinções, é um equívoco no qual o aplicador do direito não pode se dar ao luxo de incorrer.

131. Como se sabe, o *Sherman Act* foi editado nos EUA no final do século XIX como uma resposta do congresso americano ao movimento geral de concentração da indústria produzido ao longo daquele século em setores importantes como combustíveis, petróleo, açúcar, algodão, transportes, comunicações e outros, especialmente a partir da engenharia jurídica representada pelos *trusts*, que consistiam em agrupamentos de empresas de um mesmo setor destinados a gerar e repartir ganhos os comuns decorrentes da coordenação empresarial entre os acionistas individuais de cada negócio singular. Como ponderam Gellhorn, Kovacic e Calkins, esse processo resultou na eliminação de muitos pequenos negócios e em um natural movimento de contestação dos grandes *trusts*, de modo que, “para muitos americanos, o levante industrial resultante ameaçava as próprias instituições democráticas”.⁴⁰ A concentração empresarial intensa (e as práticas predatórias que muitas vezes estavam a ela relacionadas) tinha o potencial de criar, na opinião de muitos, um poder empresarial “infinito e irresponsável, e livre de qualquer consciência ou restrição”,⁴¹ contra o qual as regras até então vigentes do *common law* pareciam ser pouco ou nada efetivas, especialmente aquelas relacionadas à proibição das “restrições ao comércio” que fossem irrazoáveis.

132. Nesse contexto, a lei de 1890 nasceu particularmente dura em seu propósito e em sua redação, dispondo, em seu artigo primeiro, que “*quaisquer contratos, combinação na forma de trust ou em outra forma, ou conspiração, que representem restrição ao comércio ou aos negócios entre os vários estados, ou com nações estrangeiras, são declarados ilegais*”.

133. Ora, tomado literalmente e sem qualquer tempero em seu rigor, esse artigo seria, ontem, hoje e sempre (e já era, em 1890), completamente impraticável. Isso porque as “restrições ao livre comércio” são, no direito e no mundo dos ajustes privados, tão comuns quanto o próprio comércio, sendo, muitas vezes, benéficas. O art. 1.147 do CC/2002, por exemplo, estabelece um dessas restrições para os casos de alienação de estabelecimento comercial, dizendo que, no silêncio das partes em manifestar vontade em contrário, fica proibido o alienante de exercer atividade concorrente com o negócio alienado por cinco anos. A lista de exem-

40. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West, 2004, p. 19.

41. *Idem*, *ibidem*.

plos semelhantes seguiria de modo quase infundável, demonstrando, sob todos os ângulos, que não seria razoável considerar ilegais, sem maiores qualificações, todos e quaisquer ajustes que pudessem representar, de uma forma ou de outra, restrições à liberdade de comércio. Isso acabaria por proscrever todas as cláusulas de não concorrência ordinariamente lícitas, todos os ajustes de fornecimento com exclusividade, todos os acordos de distribuição com delimitação de território, prêmios especiais por desempenho ou vantagens semelhantes, todos os contratos de franquia, boa parte dos contratos de cessão exclusiva de direitos de propriedade intelectual e assim por diante, ajustes esses que são normalmente lícitos e que têm função econômica e social importante. A dicção literal do *Sherman Act* levaria, contudo, justamente a essa conclusão.

134. O rigor do texto normativo parece ter respondido, inclusive, por uma importante relutância da Suprema Corte Americana em aplicá-lo durante os primeiros anos de sua vigência. Mais ainda, essa leitura parece ter sido sufragada pela USSC no caso *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, de 1897. Contudo, na também já citada decisão dada em *Standard Oil Co. United States* seis semanas depois do julgamento de *Dr. Miles*, em 1911, a mesma Corte apressou-se em corrigir sua direção anterior, deixando claro que nem toda restrição ao comércio deveria ser considerada ilegal perante o *Sherman Act*, mas apenas aquelas “cujo caráter ou efeitos fossem irrazoavelmente anticompetitivos”. O exame dessa qualidade corresponderia, então, à chamada “regra da razão”, incidente necessariamente na interpretação do *Sherman Act*.

135. O ponto, contudo, consiste em compreender adequadamente no que consiste para o direito americano esse teste de razoabilidade. Na jurisprudência daquele país, ele raramente significou outorgar a cada julgador, a cada momento, diante de todo e qualquer caso, um juízo singular, específico e discricionário de razoabilidade, à luz exclusivamente do caso concreto e independentemente de quaisquer parâmetros legais preexistentes. Até porque uma regra como essa tornaria o direito antitruste arbitrário e completamente imprevisível, como ressaltado no próprio voto parcialmente dissidente do Juiz Harlan em *Standard Oil* e também na decisão anterior da Suprema Corte dada em *US v. Trans-Missouri*. Na verdade, um teste assim amplo de razoabilidade, formulado em critérios especificamente econômicos, nos moldes da Escola de Chicago, somente vem a consolidar-se na jurisprudência americana, como já dito, no caso *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania*, de 1977, e mesmo assim é utilizado hoje, nesses moldes amplos, naquele país, apenas para um leque específico de condutas.

136. Uma primeira constatação importante, que é esquecida por muitos que tratam do assunto, é que esse critério de “razoabilidade” não foi propriamente inventado pela Suprema Corte em *Standard Oil*, mas, antes, como já adiantado, comunica-se com a tradição anterior do *common law* inglês e americano, relativa aos atos de “restrição ao comércio”. Essa tradição foi abandonada por Rufus Peckan em *Trans-Missouri* mediante a construção de uma leitura do *Sherman Act* que con-

siderava ilegais *todos os atos de restrição ao comércio*, mas, no próprio caso, foi registrada no voto dissidente de Edward White, acompanhado por outros três juizes da Suprema Corte americana. Naquele final do século XIX, seu principal expoente era William H. Taft, cuja leitura da tradição jurídica inglesa e americana levava-o a *distinguir, como já ressaltado anteriormente, os acordos sujeitos ao Sherman Act em dois grandes grupos, separando aqueles (ilegais) cujo próprio objeto consistia na restrição à concorrência, daqueles (potencialmente legais) em que tais restrições eram (a) acessórias a um outro objetivo principal legalmente lícito e (b) indispensáveis ao atendimento daquele outro objetivo lícito*.⁴²

137. Essa tradição do *common law* foi novamente abandonada de certo modo em *Standard Oil* e, principalmente, em *Chicago Board of Trade v. United States*, de 1918, em favor de um teste já mais próximo do teste de efeitos líquidos que se consolida em *Sylvania*. A razoabilidade, em *Chicago Board*, estaria não em considerar o caráter principal ou acessório da restrição à concorrência, como ocorria na tradição do *common law*, mas sim em entender “se a restrição imposta meramente regula e portanto talvez promova a concorrência, ou se, ao contrário, suprime ou mesmo destrói a concorrência”.

138. Ocorre que, como muitos críticos apontam, o problema desse *standard* é sua extraordinária vagueza como parâmetro jurisprudencial. Com base nele, qualquer um pode decidir qualquer coisa, e qualquer advogado por defender qualquer caso (Stephen Ross chama esse *standard*, quase jocosamente, de “open-ended, look-at-anything rule of reason”, lamentando que a Suprema Corte tenha se distanciado dos critérios anteriores de análise das restrições à concorrência, baseados em seu caráter principal ou acessório).⁴³

139. Fato é, contudo, que em toda a sua história a Suprema Corte Americana sempre teve extrema cautela em transformar a regra da razão em um cheque em branco para a análise econômica casuística de todas e quaisquer condutas. E isso é assim desde seu estabelecimento em *Standard Oil*, ainda em 1911. Já naquele caso ficou estabelecido um teste ligado ao “propósito, natureza e efeitos” da restrição, que poderia, inclusive, levar a regimes diversos de presunção de irrazoabilidade.⁴⁴

140. De fato, casos como *United States v. Trenton Potteries* (1927) e *United States v. Socony-Vacuum Oil Co* (1940) estabeleceram justamente a desnecessidade de realizar sopesamentos de qualquer tipo para determinar a ilicitude de acordos horizontais de fixação de preços ou quantidades. Tais acordos seriam, sempre, presumidos como irrazoáveis. E isso ocorreria em função, basicamente, de uma es-

42. Uma ótima resenha desse balanço da jurisprudência americana entre três “modelos de interpretação” do Sherman Act está em Stephen Ross, *Principles of Antitrust Law*, p. 122 e ss.

43. *Idem*, p. 126.

44. Gavil, Kovacic and Baker. *Antitrust Law in Perspective*, p. 93.

colha interpretativa, cuja expressão precisa pode ser encontrada em um trecho da decisão proferida pela USSC em *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, de 1958: “Há certos acordos ou práticas que são conclusivamente presumidos como desarrazoados e portanto ilegais sem pesquisa elaborada do dano preciso que eles possam ter causado ou das razões de negócio para seu uso, em virtude dos efeitos perniciosos sobre a competição e da falta de virtudes compensatórias [que normalmente os marcam]. Esse princípio de irrazoabilidade per se não apenas torna mais claros os tipos de restrições que são proibidas pelo Sherman Act, com benefício de todos os envolvidos, mas também evita a necessidade de investigação econômica incrivelmente prolongada e complicada (...) investigação essa frequentemente infrutífera quando realizada”.

141. Daí afirmar-se que o regime da ilegalidade per se, nos Estados Unidos, pode ser visto mais como uma regra de prova que como um padrão substantivo de ilicitude, cuidando de hipóteses em que o caráter irrazoável da conduta pode ser presumido (*iure et de iure*) de seu próprio objeto.⁴⁵ A justificativa (inclusive econômica) desse tipo de presunção estaria na economia de recursos públicos que ela representa. Nesse contexto, “as regras per se refletem o julgamento de que os custos de identificar exceções à regra geral sobrepujam de forma importante os custos de ocasionalmente condenar uma conduta que, em outra análise mais detida, poderia mostrar-se aceitável”. O exemplo dado pela Suprema Corte em *FTC v. Superior Court Trial Lawyers* (1990), já citado acima, comparando a ilicitude per se com as regras de velocidade em estradas, é particularmente ilustrativo nesse sentido.

142. Há, de fato, uma série de condutas que seguem sendo consideradas no direito americano, mesmo após *Standard Oil*, como desarrazoadas per se. São acordos que devem ser presumidos, *iure et de iure*, como portadores de restrições irrazoáveis ao comércio e que, por isso, são considerados ilegais diante do Sherman Act. Entre os exemplos de acordos dessa natureza estão aqueles de fixação horizontal de preços, divisão geográfica de mercados, boicotes e, até recentemente, como visto, fixação vertical de preços de revenda.

143. É verdade que existe uma outra série de condutas, como, por exemplo, restrições verticais a concorrência de tipo não preço, que tradicionalmente se submeteram no regime americano a uma versão “aberta” da regra da razão, nos moldes daquela desenhada em *Continental v. Sylvania*. Essas condutas implicariam, de fato, um custoso regime de investigação em que a prova do caráter anticompetitivo é normalmente carreada à autoridade antitruste, mas normalmente se aplica esse regime apenas às condutas que parecem ser, em geral, mais frequentemente benéficas que maléficas à concorrência.

144. O fato é que, bem examinada, a jurisprudência norte americana sempre estabeleceu, em seus vários casos, uma gama variadíssima de standards probatórios e

45. Idem, p. 104.

regimes de presunção distintos aplicáveis seletivamente aos vários tipos de restrição à concorrência, sendo particularmente ilustrativos nesse sentido os votos de John Stevens, um dos grandes especialistas da Corte em antitruste, e que nela serviu de 1975 a 2010. Stevens, por sinal, foi um dos juízes que aderiu incondicionalmente ao voto divergente de Breyer em Leegin.

145. Spender Waller escreveu um interessante artigo analisando, justamente, a jurisprudência da Corte a partir dos votos de Stevens no que diz respeito à definição da “regra da razão” e concluiu que, para essa jurisprudência, em termos de direito antitruste, a questão sempre foi menos de “saber se a regra per se ou a regra da razão se aplicavam a um caso particular, e mais a de saber o que a regra da razão deveria efetivamente significar e qual a sua extensão” naquele caso em apreço.⁴⁶ Segundo o autor, a preocupação desse juiz ecoaria as preocupações de James Rahl de evitar que “a regra da razão se transformassem em um exercício aberto e sem sentido do qual os investigados sempre sairiam vencedores”.⁴⁷

146. Literalmente, segundo o autor, a participação de Stevens na Suprema Corte americana teria servido para “articular uma visão abrangente da regra da razão como uma regra de interpretação de toda a Seção 1 do Sherman Act”, segundo a qual “a regra da razão não seria uma escolha rígida entre a ilegalidade per se ou uma exploração infundável de intenções, efeitos e sopesamentos”, mas sim seria vista “como um ‘continuum’ onde algumas condutas seriam presumidas como capazes de restringir irrazoavelmente a concorrência (e por isso seriam consideradas ilegais)... outras seriam similarmente presumidas como irrazoáveis apenas após a prova de certas condições de mercado (normalmente de poder de mercado), também sem a possibilidade de defesas após essa prova...”, outras se enquadrariam na categoria do “quick-look, ou regra da razão truncada, que nada mais é que uma presunção passível de prova em contrário de irrazoabilidade, afastável apenas na medida em que o investigado apareça com uma justificativa pró-competitiva demonstrável”, e assim por diante, até o teste mais “rígido” de efeitos líquidos negativos verificados caso a caso aplicável apenas para as condutas cujo potencial ofensivo seja mais brando e remoto, e cujas eficiências sejam mais frequentes e importantes.

147. Essa abordagem fica clara, por exemplo, no julgamento de *NCAA v. Board of Regents of Univ. of Oklahoma*, datado de 1984, cujo acórdão foi relatado por Stevens. Em seu voto, vencedor no caso, ele ressaltou que “*de fato, não existe, frequentemente, uma linha clara separando a análise per se da análise pela regra da razão. Regras per se podem frequentemente exigir considerável investigação das condições de mercado antes que se possa considerar a prova existente como suficiente para uma presunção de efeitos anticompetitivos*” e a regra da razão pode muitas vezes justificar condenações “*num piscar de olhos*”, quando os efeitos anticompetitivos são óbvios.

46. Justice Stevens and the Rule of Reason. 62 SMU L. Rev. 693 (2009), p. 693.

47. Idem, p. 697.

148. Citando James Rahl, Stevens ponderou com ainda mais clareza, em seu voto dado em *United States v. US Gypsum Co* (1978) que “adequadamente entendida, a análise pela regra da razão não é distinta da análise per se. Ao contrário, acordos que são ilegais per se são meramente espécies dentro da categoria mais ampla dos acordos que restringem irrazoavelmente o comércio; menos prova é necessária para estabelecer sua ilegalidade, mas eles, mesmo assim, violam o elemento fundamental da regra da razão”.

149. Analisando a jurisprudência da Suprema Corte a partir dos votos de Stevens, Waller elabora, inclusive, um interessante “quadro” acerca do “continuum” representado pela regra da razão tal como definida em vários julgamentos, demonstrando, efetivamente, como ela pode ser vista, na verdade, como um complexo sistema de presunções de ilegalidade e disposições de ônus probatórios que avança em graus. Por ser extremamente ilustrativo, reproduzo, abaixo, esse mesmo quadro traçado pelo autor, sem qualquer tradução:⁴⁸

FIGURE 1
THE RULE OF REASON CONTINUUM

Presumed Unreasonable

No Justifications/Affirmative
Defenses Permitted

Not ancillary to lawful
purpose

or

Traditional per se
unreasonable offenses

No Presumption of Illegality

Plaintiff must demonstrate
actual harm or infer from
market definition and power
then and only then must
defendant provide
procompetitive justification

Presumed Unreasonable

After Proof of Certain
Market
Facts then no Justification/
Affirmative Defenses
Permitted

Certain tying, certain
boycotts

Can Plaintiff Rebut the
Procompetitive
Justification?
Is it legally cognizable?
Is it pretext?
Is it established in record?

Professional Engineers
NCAA Trial Lawyers
Ass'n

Presumed Unreasonable

unless defendant has
cognizable pro-competitive
justification

Inherently suspect conduct
in non-typical market
settings

Does harm to
competition outweigh
procompetitive justifications?

Chicago Board of Trade &
the Modern Empty Set

48. Spender Waller, Justice Stevens and the Rule of Reason, p. 712.

150. Portanto, mesmo na experiência americana, como já ressaltado anteriormente neste voto e aqui retomado, não é correto dizer que a regra da razão seja uma categoria rígida, sempre relacionada ao teste de efeitos líquidos negativos moldado caso a caso, e ontologicamente apartada da ilicitude per se. Ao contrário, ambas as categorias (a da ilicitude per se e a do teste caso a caso de efeitos líquidos) são, como já dito e redito, pontos numa mesma escala de presunções de que lançam mão o direito e a jurisprudência para tornar operativa a defesa antitruste, e que correspondem, todos, a uma mesma tentativa de adaptar a regra da razão (exigência de irrazoabilidade para a detenção de condutas anticompetitivas) a circunstâncias muito diferentes umas das outras.

151. Além disso, é preciso ainda recordar que, na experiência americana, todo esse esforço jurisprudencial de distinção entre várias categorias foi justificado pela necessidade de adaptar aos tempos subsequentes uma legislação que data de 1890, sendo, portanto, antiga de mais de um século, e que não faz, ela mesma, distinções de qualquer ordem, já que seu texto literal parece simplesmente proscrever, como ilícitas, todas as restrições ao comércio. Naturalmente, outras jurisdições dotadas de legislações mais modernas não incorrem na mesma necessidade, e contam, muitas vezes, com textos legais que permitem, eles mesmos, que se faça essa escala de presunções. Novamente, o exemplo da União Europeia é eloquente, com suas regras de minimis, suas exceções em bloco e suas presunções de ilegalidade dotadas de variados contornos, inclusive aquelas aplicáveis à FPR.

152. O caso brasileiro, nesse contexto, deve ser analisado sob essa ótica. Tínhamos, ao tempo da infração aqui cometida, uma lei muito mais moderna, datada de 1994, e a lei atualmente vigente, que em quase todos os pontos relevantes reproduziu a anterior, tem hoje menos de um ano de vigência. Tais textos, que são aqueles que devem orientar o trabalho de aplicação do direito antitruste no Brasil, permitem, todos eles, a colocação em prática dessa mesma escala de presunções, como passo, adiante, a ressaltar.

IV – A fixação de preços de revenda à luz do direito brasileiro

IV.1. A dicção do texto legal e sua incompatibilidade com uma regra da razão do tipo “efeitos líquidos concretamente produzidos”

153. Ao tempo da infração aqui analisada, vigiam, no direito brasileiro, as regras dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, que disciplinavam, substancialmente, o regime jurídico das condutas anticompetitivas no país. Tais dispositivos tinham, no que se relaciona ao caso presente, os seguintes textos:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2.º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

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

(...).”

154. Portanto, o que importa neste caso é compreender a que regime jurídico esses textos remetem o controle da conduta em questão, o que exige, em primeiro lugar, sua adequada interpretação.

155. Nesse sentido, o primeiro ponto a destacar é a redação do art. 20, que caracteriza como infração à ordem econômica, *independentemente de culpa*, atos de duas naturezas distintas:

(a) os que tenham *por objeto* quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, entra as quais a de limitar ou prejudicar a concorrência, que mais importa ao caso em análise, e

(b) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu próprio *objeto*, podem tê-lo, direta ou indiretamente, *em seus efeitos*.

No que diz respeito a esse segundo leque de atos, a lei não exige que tais efeitos sejam efetivamente alcançados, contentando-se com a mera potencialidade de sua produção, nos termos da dicção literal do *caput*.

156. Compreender o significado dessa distinção em duas grandes categorias de condutas é tarefa sobre a qual muito se tem debatido. Particularmente, tenho enorme tendência em ler a distinção à luz da já citada tradição do *common law* de distinguir os atos de restrição à concorrência em duas categorias, apartando os atos que *objetivam diretamente restringi-la* (que tem esse como seu propósito e

objeto principal, e que quais devem merecer, portanto, tratamento mais rigoroso), daqueles que *apenas indiretamente a restringem*, sendo, na verdade, acessórios a um propósito de negócio independente e em princípio lícito, e guardando com este uma relação estrita de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste segundo caso, e apenas nele, entendo que passa a fazer sentido a análise a partir de seus efeitos, sublinhando-se, contudo que a lei não exige que estes sejam concretamente produzidos, contentando-se ao revés com a potencialidade de sua produção.

157. Igualmente importante, nesse contexto, é saber separar, no extenso rol de *exemplos* de condutas potencialmente enquadráveis na restrição legal, trazido pelo art. 21 da mesma Lei, quais são as que, em geral, têm a restrição à concorrência em seu objeto, e quais são as que podem tê-la, indiretamente, apenas em seus efeitos. Importa também distinguir quais as que em geral são acessórias (e adequadas, necessárias e proporcionais) a objetivos lícitos e que nada tem a ver com a restrição à concorrência ela mesma objetivada, e quais as que têm esse objetivo em sua própria razão de ser. Tratar umas e outras de forma equivalente seria, a meu ver, não apenas um equívoco do ponto de vista de política jurisprudencial, mas também um ato de desrespeito ao texto expresso da norma.

158. Para exemplificar o que estou querendo dizer basta constatar que há casos, como o do inc. I do art. 21, em que dificilmente se pode dizer que a restrição à concorrência não consista no próprio propósito do ato praticado, sem qualquer outro objetivo lícito que possa estar ligado a sua celebração. É, basicamente, o caso do acordo entre concorrentes para fixação de preços. Exigir, para a punição desse tipo de acordo, qualquer coisa além da própria prova de sua ocorrência, parece não apenas apartar o regime antitruste brasileiro de praticamente todos os demais regimes de tutela antitruste do mundo, mas também sacrificar, de forma importante, o próprio texto da norma. Trata-se de um ato que tem em seu próprio objeto o propósito de restrição à concorrência, que não está associado a nenhum outro objetivo lícito de negócio.

159. De outro lado, há condutas que apenas indiretamente podem *produzir o efeito* de restringir a concorrência e que, no mais das vezes, são justificadas por razões perfeitamente lícitas de negócio, sendo de fato a estas associadas. Como já ressaltai anteriormente, compreendo ser o caso, v.g., do inc. XVIII, relativo à venda de mercadoria abaixo do custo. Nessa hipótese, é evidente que o objeto da conduta não é, ele mesmo, a limitação da concorrência. Ao contrário, o motor da prática é, muitas vezes, o escoamento de estoques, a geração rápida de caixa para reinvestimento, a promoção especial de certos produtos e assim por diante. A limitação da concorrência, aqui, para ser até mesmo potencial, depende de condições de mercado específicas, como barreiras significativas à entrada, capacidade de sustentar consistentemente o prejuízo no tempo e de posteriormente recuperá-lo a partir do lucro de monopólio. Portanto, trata-se de conduta que somente pode ser considerada “irrazoável” se tais condições de mercado ficarem comprovadas, e se não for

possível encontrar, no caso específico, nenhuma outra justificativa plausível que fundamente a conduta.

160. Outros casos que sequer estão enquadrados no rol exemplificativo do art. 21 podem também ser enquadrados nesta última categoria, incluindo, v.g., boa parte das restrições verticais do tipo “não preço”, assim como outras condutas como a própria fixação de preços máximos de revenda. São práticas e ajustes que apenas eventualmente podem ter o efeito potencial de restrição da concorrência, que normalmente não o tem em seu próprio objeto, e que se justificam por objetivos lícitos de negócio. É razoável, portanto, que se presumam como lícitas, até prova em contrário de sua irrazoabilidade ou de seu específico propósito de limitação da concorrência.

161. Note-se, nesse ponto, que tais modulações do regime jurídico a que devem ser submetidas as condutas não tem a ver, exclusivamente, com a exigência legal da “potencialidade de produção de efeitos”, em que muitos enxergam estar o fundamento da “regra da razão” no antitruste brasileiro. Assim é, inclusive, porque essa exigência na lei é colocada *como alternativa* ao objetivo de limitação da concorrência, que pode, independentemente do exame de potenciais efeitos, servir como fundamento autônomo para a ilicitude. Na verdade, no direito brasileiro, assim como no próprio direito americano, a exigência de razoabilidade e a proibição da aplicação absurda do direito é decorrência de princípios gerais que informam todo o sistema jurídico, e se manifesta não apenas no direito antitruste, mas também em muitos outros ramos do direito, assumindo, em cada qual, feições específicas.

162. Portanto, deve ser entendida com especial cautela, à luz do art. 20, a afirmação frequentemente feita pela doutrina de que “não existem ilícitos per se no direito brasileiro”. Essa afirmação é correta se significar, tão somente, que todas as potenciais condutas anticompetitivas devem ser consideradas irrazoáveis para que possam ser punidas, e que não serão punidas condutas que se justificarem por arranjos negociais lícitos e que nada tenham a ver com o propósito direto de falsear a concorrência, na medida em que sejam acessórias, adequadas, necessárias e proporcionais a esses arranjos. Se tal afirmação quiser dizer, ainda, que o rol de exemplos do art. 21 não refere indistintamente a “tipos de mera conduta” em todos os casos, exigindo a conexão de tais exemplos com aqueles critérios mais gerais do art. 20 e com um exame geral a partir de critérios (variáveis) de razoabilidade, *idem*.

163. Contudo, se tal afirmação quiser sugerir que são proibidas no direito brasileiro as presunções *iuris tantum* (ou talvez até *iure et de iure* em alguns poucos casos) de irrazoabilidade, e que são exigidas sempre provas de poder de mercado, efeitos concretos daninhos e ausência de eficiências, aí a afirmação será contrária ao próprio texto do art. 20. O próprio Cade, por sinal, em sua tarefa de controle de estruturas, tem há muito tempo adotado a prática de considerar ilícitas, por presunção de irrazoabilidade e sem maiores análise de poder de mercado, *market*

share, ou outras semelhantes, todas as cláusulas de não concorrência superiores a 5 anos ou de escopo maior que o do negócio subjacente, sem que ninguém tenha afirmado, até hoje, que tal prática é ilegal por implicar o julgamento de que tais cláusulas sejam ilícitas “per se”.

164. Portanto, a pedra de toque para a compreensão do sistema repressivo instituído pelos arts. 20 e 21 da Lei 8.884, assim como ocorre em muitas outras jurisdições, é menos querer determinar, rigidamente, se o Brasil adotou a “regra da razão” ou a “regra per se” para esta ou aquela conduta, e mais a de saber, a cada caso específico, no que deve significar a aplicação concreta regra da razão, ou seja, quais os standards de prova e presunção que devem ser utilizados para analisar cada possível ato que tenha por objeto ou possa produzir potencialmente o efeito de limitar a concorrência, abusar de posição dominante ou tentar indevidamente dominar mercado.

165. Tais elementos não estão completamente dados pelo próprio texto dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994 e é tarefa primordial do Cade procurar, em sua jurisprudência, fixá-los e interpretá-los a cada caso, de modo a fazer, como já ressaltado, com que o sistema de repressões à ordem econômica no Brasil seja, progressivamente, cada vez mais adequado, operacional, previsível e eficiente.

IV.2. A interpretação mais sensata: distinção entre restrições verticais baseadas em preços e não baseadas em preço e a presunção de ilegalidade da fixação de preços mínimos de revenda

166. No caso especificamente das restrições verticais à concorrência, os elementos anteriormente citados neste voto, presentes nos demais votos já produzidos neste caso e também colhidos da jurisprudência internacional parecem apontar, todos, para a razoabilidade da distinção normalmente operada nesta sede entre duas grandes categorias, separando em regimes distintos (a) aquelas que restringem preços e (b) aquelas que afetam outros elementos da rede de distribuição. Trata-se, basicamente, da mesma distinção já realizada pela Suprema Corte americana no caso *GTE-Sylvania* (acima já comentado), em que se decidiu que as primeiras deveriam ser submetidas a regimes de presunção de ilicitude muito mais rígidos que as segundas.

167. Além disso, mesmo no caso das restrições baseadas em preço, cabe distinguir entre aquelas que *impõem* preços das que apenas os *sugerem* e, dentre as primeiras, separar as que *impõem* preços e margens *máximas* das que fixam ou *impõem* preços e margens *mínimas*. Novamente, revela-se relativamente consensual na experiência internacional que as segundas devam merecer um tratamento muito mais rígido que as primeiras, 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 possam, no comum das vezes, ser produzidas por outros meios menos restritivos da concorrência.

168. Portanto, respeitando-se as distinções estabelecidas acima, é preciso ressaltar a especificidade de que se reveste o presente caso, pois trata-se, exclusiva-

mente, de lidar com a mais “suspeita” das condutas acima descritas, consistente, precisamente, no *estabelecimento de restrições verticais baseadas na imposição (e não simplesmente na sugestão) de preços ou margens mínimas (mas não máximas) de revenda*.

169. Como já ressaltado, essa é a restrição vertical considerada como mais grave nas várias jurisdições internacionais, que buscaram, justamente por isso, submetê-la a um regime jurídico apartado das demais, baseado, quase sempre, em fortes presunções de ilicitude. Por isso, tal conduta deve receber tratamento específico deste Conselho no que diz respeito aos *standards* que a circunscrevem, estando, ademais, especificamente tipificada no inc. XI do art. 21 da Lei 8.884/1994.

170. Além disso, trata-se de conduta cujo próprio objeto já inclui importante restrição à concorrência e que, em geral, apenas excepcionalmente estará de fato ligada pela já mencionada relação de acessoriedade a outro objeto de negócio racional e lícito.

171. Dadas todas essas razões e, inclusive, sua referência expressa e explícita no inc. XI do art. 21 da Lei 8.884/1994, não vejo como não considerar a conduta como *presumidamente ilícita*, sendo essa presunção *iuris tantum* de ilegalidade uma verdadeira *expressão da incidência da regra da razão* aos contornos e especificidades da conduta tal como tratada pelo direito nacional.

172. Trata-se, ainda, de presunção exatamente igual àquela utilizada em quase todas as jurisdições internacionais já resenhadas, sendo, portanto, absolutamente razoável e proporcional.

173. Nos termos dessa presunção, entendo que é ônus inafastável da Administração provar, em primeiro lugar, a própria ocorrência material do fato objetivo que a faz incidir, consistente, é claro, no ato ou acordo, tácito ou expresso, de determinação de preços ou margens mínimas de revenda. Uma vez surgida essa prova, e uma vez caracterizada a materialidade da conduta, passa a incidir, então, a presunção *iuris tantum* de sua ilegalidade, passando para o acusado o ônus específico de elidir essa presunção.

174. Tal prova pode inicialmente fundar-se, nos termos da regra da razão, na demonstração de inviabilidade completa de produção potencial do dano concorrencial, por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado. Tal prova deve seguir em princípio, a meu ver, as presunções de poder de mercado unilateral previstas no próprio art. 20 da Lei 8.884/1994 (detenção de ao menos 20% de participação nos mercados relevantes a montante ou a jusante), além das presunções de poder coordenado normalmente utilizadas pelo SBDC, a partir da consideração das participações nesses mercados dos 4 agentes mais relevantes (C4).

175. Mais especificamente, ocorrerá, a meu ver, prova da inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado se, e somente se, cumulativamente:

(a) nem o fornecedor, isoladamente, nem os distribuidores, em conjunto, tiverem 20% ou mais do mercado, e

(b) nenhum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizer parte do C4 de seu mercado relevante, na hipótese deste ser superior a 75%, caso em que os distribuidores envolvidos deverão ser considerados em conjunto, como se um único agente econômico fossem.

176. Se o investigado não puder demonstrar seu enquadramento na “regra de minimis” acima, a presunção de ilegalidade da conduta somente será ilidida se ele for capaz de demonstrar, alternativamente, eficiências específicas à FPR em questão que (a) não possam ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos, (b) superem claramente, nas condições de mercado em questão, os riscos à concorrência gerados pela conduta e (c) resultem em benefício comprovado para o consumidor.

177. A defesa acima, baseada em eficiências, não deverá ser, a meu ver, aceita pela autoridade se esta puder provar que a iniciativa para a FPR partiu da própria rede de distribuidores, hipótese em que também não deve ser aceita, a meu ver, a defesa baseada na regra de minimis de poder mínimo de mercado, pois trata-se, como já registrado, da hipótese mais suspeita entre todas as práticas de FPR analisadas, merecendo, em todas as jurisdições internacionais, tratamento ainda mais rigoroso.

178. A meu ver, tais critérios traduzem a incidência mais adequada e consentânea com a legislação nacional da regra da razão ao caso em apreço, possuindo a virtude de, simultaneamente, permitir ao jurisdicionado o exercício de defesas baseadas em eficiências sem, com isso, sacrificar a capacidade do sistema legal de realizar um adequado *enforcement* das regras antitruste em relação a ajustes que, muitíssimo mais frequentemente que o contrário, possuirão alto potencial de prejuízo aos consumidores.

179. Entendo, ademais, que ao Cade caberá, no futuro, ir construindo em sua jurisprudência um rol adicional de hipóteses em que a defesa baseada em eficiências possa parecer particularmente fundada, analisando, por exemplo, casos específicos como o da FPR por curtos períodos de tempo (certamente inferiores a três meses, por exemplo) e com a finalidade de introdução de novos produtos no mercado, ou mesmo outras hipóteses que venham a ser construídas pela jurisprudência (por exemplo, relativas a exceções específicas para contratos de franquia).

180. Baseando-me, então, nesse sistema de presunções, que entendo decorrer do sistema criado pela Lei 8.884 e traduzir a melhor aplicação da regra da razão à conduta em apreço, passo, a seguir, a analisá-la especificamente.

V – A análise do caso concreto: presença de poder de mercado suficiente conforme a presunção legal, ausência de demonstração de qualquer tipo de eficiência não passível de obtenção por outros meios, caráter inequívoco da iniciativa por parte dos distribuidores. A conclusão inafastável pela condenação da investigada.

181. Como já ressaltado, o caso em questão trata de denúncia anônima recebida pelo Procon de São Paulo e por este órgão subsequentemente encaminhada

à SDE em fevereiro de 2001. O fundamento da denúncia consiste em versão apócrifa de um documento supostamente acordado entre a SKF e seus distribuidores autorizados, segundo o qual estas partes teriam acordado adotar, em 19.10.2000, “Medidas Preventivas” destinadas a estancar uma guerra de preços que se teria estabelecido, supostamente, entre tais distribuidores autorizados. Tais medidas preventivas incluiriam o estabelecimento de um *mark-up* mínimo para cada categoria de produto distribuído, com proibição da prática de preços de revenda inferiores aos estabelecidos, monitoramento pela SKF e pela própria rede de distribuidores e penalidades em caso de descumprimento. Tais penalidades variariam de advertência por parte da SKF, no caso da primeira ocorrência, até aumentos nos preços de 5 a 15%, nas ocorrências subsequentes, ou rescisão do contrato de distribuição, no caso da 5.^a ocorrência (f.).

182. Em vista do recebimento desta denúncia, a SDE encaminhou ofício à SKF, em fevereiro de 2004, questionando a empresa acerca das práticas noticiadas no documento acima referido (f.). A resposta a esse ofício sobreveio em 07.05.2004 (f.), contendo, basicamente, as seguintes afirmações:

(a) que a SKF não impôs de maneira unilateral preços de revenda a seus distribuidores, mas que apenas “colaborou” com estes durante sete meses compreendidos entre os anos de 2000 e 2001, no sentido de “disciplinar o funcionamento da rede e, assim, assegurar a sustentabilidade econômica dos distribuidores, estimulando a melhoria da qualidade dos serviços prestados”, *aderindo a um procedimento que fora, segundo suas palavras, de iniciativa dos próprios distribuidores*;

(b) que esse procedimento incluiu o estabelecimento, *pelos próprios distribuidores*, de *mark-ups* mínimos de revenda, e que o papel da SKF resumiu-se a concordar com a razoabilidade desses *mark-ups* mínimos;

(c) que tais medidas seriam importantes para a proteção da marca e bom funcionamento da rede, e que não gerariam prejuízos para a concorrência uma vez que a participação de mercado da SKF é inferior a 20%;

(d) que o monitoramento da observância desses *mark-ups* mínimos foi de responsabilidade dos próprios distribuidores, durou pouco tempo, e gerou apenas algumas poucas punições.

183. Para além dessas assertivas relacionadas aos fatos da denúncia, ponderou, em relação aos aspectos legais e econômicos da representação, que:

(e) o controle de condutas deve ser sempre feito à luz da regra da razão, especialmente em se tratando de conduta vertical, só havendo ilicitude se for possível observar efeitos negativos no mercado que tenham decorrido da atividade sob análise e desde que a “restrição ao comércio” dela derivada seja desarrazoada;

(f) que práticas como aquela referida nestes autos só podem ser consideradas ilícitas, como corolário do princípio anterior, se o agente que as pratica detiver poder econômico suficiente para causar uma diminuição injustificada nos níveis de concorrência;

(g) que a fixação de preços de revenda pode ser, e no caso em apreço, foi benéfica para a concorrência, pois aumentou a eficiência do sistema de distribuição intramarca, estimulando a melhoria do atendimento aos consumidores finais, o que não estava sendo incentivado em virtude da disputa acirrada de preços que vinha sendo praticada entre os distribuidores;

(h) que a fixação de preços de revenda somente poderia ter efeitos anticompetitivos em duas hipóteses, ambas não verificadas no caso concreto: (h.1) caso o produtor fosse monopolista, ou no mínimo detivesse uma participação de mercado extremamente elevada, ou (h.2) caso a fixação fosse praticada por todos ou quase todos os fornecedores e distribuidores do mercado;

(i) que, no caso presente, a ausência dessas condições já teria sido atestada pela própria Seae, que, em parecer relativo ao AC 08012.000294/2001-31, teria considerado o mercado de rolamentos altamente competitivo, atestando a baixa probabilidade de coordenação entre os agentes e a participação da SKF em patamares próximos aos 20%.

184. No curso da instrução correspondente, verificou-se que *as participações de mercado da SKF para os vários produtos envolvidos na investigação, ao tempo da conduta, girariam em torno de 25% (rolamentos), 1% (retentores, graxas e lubrificantes), 17% (ferramentas de manutenção) e 30% (equipamentos de monitoramento) (f.).*

185. Encerrada a instrução sobreveio manifestação da SDE pelo arquivamento da averiguação preliminar (f.), acatada pelo titular da Secretaria em despacho datado de janeiro de 2005 (f.). Tal manifestação fundou-se no caráter “polêmico” da fixação de preços de revenda enquanto conduta anticompetitiva, já que seus efeitos anticompetitivos seriam, segundo afirmaria a Escola de Chicago, raros. Daí ser necessária uma “análise caso a caso de tais práticas”. Acolhendo a assertiva da SKF de que tais práticas só seriam ilícitas caso o produtor fosse um monopolista ou quase monopolista, ou se houvesse colusão entre os vários produtores e suas respectivas redes de distribuição, a SDE entendeu descaracterizada, no caso, a conduta em apreço, pois tais circunstâncias teriam sido especificamente afastadas pelas provas colhidas. Assim, a conduta seria justificada pelo objetivo de aumentar a eficiência da rede de distribuição da representada, evitando o “efeito carona” entre distribuidores, com relação a investimentos em qualidade, serviços, manutenção etc.

186. A Averiguação Preliminar foi encaminhada ao Cade por meio de remessa oficial e distribuída ao então Conselheiro Luiz Alberto Scaloppe (f.). Ao apreciá-la, o Cons. Scaloppe houve por bem reverter a decisão do Secretário da SDE e determinar a instauração de processo administrativo com o fim de melhor averiguar a conduta, já que (a) os dados de participação de mercado da SKF teriam sido fornecidos unilateralmente por ela mesma e (b) as participações da empresa, em certos mercados, seriam relevantes, chegando, segundo ela mesma confessou, aos 30%. Tal decisão foi acatada de forma unânime pelo Plenário do Cade em sessão de 18.05.2005 (f.).

187. O Processo Administrativo foi, então, instaurado pela SDE (f.) em 16.11.2005. No âmbito da SDE foi realizada farta instrução complementar, cujos principais achados podem ser assim resumidos:

(a) no mercado de ferramentas de manutenção, as empresas oficiadas basicamente informaram não identificar a SKF como concorrente relevante (f., resposta da então líder nesse mercado), desconhecendo, ademais, sua política de preços ou mesmo a eventual prática de fixação de preços de revenda (f.) e não identificando barreiras específicas à entrada ou ao incremento de importações (f.);

(b) no mercado de rolamentos, as empresas oficiadas que afirmaram ter algum conhecimento de seus concorrentes responderam desconhecer a prática de fixação de preços pela SKF, não identificando problemas competitivos derivados dessa prática (f.). Afirmaram, ainda, que os preços da SKF seriam competitivos nesse mercado (f.) e que não existiriam barreiras à entrada ou à importação nesse mercado (f.);

(c) no mercado de retentores, as empresas oficiadas também informaram desconhecer a prática de fixação de preços de revenda por parte da SKF (f.), afirmando ainda desconhecer a existência de barreiras à entrada ou impedimentos significativos à importação (f.);

(d) no mercado de equipamentos de monitoramento, as empresas oficiadas também afirmaram desconhecer a prática de preços de revenda por parte da SKF, bem como eventuais prejuízos à concorrência que pudessem ter derivado dessa prática (f.), afirmando, novamente, a inexistência de barreiras significativas à entrada ou importações (f.);

(e) não houve instrução específica relacionada ao mercado de graxas e lubrificantes.

188. Em todos os mercados consultados, as concorrentes da SKF oficiadas afirmaram não praticar preços mínimos de revenda junto a seus distribuidores ou, alternativamente, sequer possuir rede de distribuição, atuando, nesses casos, com equipe de vendas própria. De maneira geral, afirmaram, também, que o principal fator de competição nesses vários mercados é o preço, com algumas referências apenas pontuais a qualidade técnica e serviços de pós-venda especialmente nos mercados de equipamentos para monitoramento e rolamentos. Tal informação foi confirmada por ofícios encaminhados a alguns dos consumidores desses equipamentos, que afirmaram *não necessitar de tratamento especial dos revendedores no ato da compra no mercado de rolamentos* (f.), com exceção apenas da resposta de (f.) e, parcialmente, da de (f.), no segmento de rolamentos para aplicação industrial. Pesquisa subsequente da SDE junto a dois distribuidores da SKF confirmou que, no setor industrial, o atendimento, quando necessário, resume-se à primeira venda, mas que há, sem prejuízo disso, alguns serviços de pré e pós venda neste e também no setor de revenda de rolamentos para aplicação automotiva.

189. A SKF juntou seu contrato padrão com distribuidores (f.) e informou a relação dos mesmos. Adicionalmente, defendeu que a investigação afetaria 5

mercados relevantes distintos sob a ótica do produto (rolamentos, retentores, graxas e lubrificantes, ferramentas para manutenção e equipamentos de monitoramento), todos com aplicações industriais e automotivas, e todos com dimensão geográfica nacional.

190. Estimou, ainda, as participações de cada concorrente nesses vários mercados e a importância das importações, afirmando que se trataria, em todos os casos, de mercados competitivos, pouco concentrados e com alta rivalidade (f.). Afirmou que o mercado de rolamentos poderia ser segmentado, na dimensão produto, entre os segmentos automotivo e industrial (f.). Por fim, afirmou desconhecer a prática de fixação de preços mínimos de revenda por quaisquer competidores em quaisquer desses mercados (f.).

191. Em dezembro de 2008, sobreveio nota técnica da SDE analisando os achados da instrução realizada e concluindo novamente pela ausência de infração à ordem econômica, pois os mercados relevantes afetados seriam, de maneira geral, competitivos, com baixa participação da SKF em quase todos, *à exceção apenas do mercado de rolamentos, em que sua participação atingiria patamares próximos a 20%*. Apesar disso, mesmo esse mercado teria características competitivas capazes de impedir que a conduta tivesse impacto concorrencial relevante, existindo, ainda, indícios de eficiência dela decorrentes (f.).

192. A SKF apresentou suas alegações finais (f.) e o parecer final da SDE sobreveio em 17.12.2008 (f.), concluindo novamente pela ausência de infração à ordem econômica, já que “a prática de fixação de preços mínimos de revenda adotada pela SKF, não obstante possa ter limitado a concorrência intramarca via preços, teve como efeito líquido o aumento de eficiência da rede de distribuição, gerado pela ampliação da concorrência intramarca na dimensão qualidade de atendimento, pela eliminação do efeito carona e pelo consequente fortalecimento da concorrência intermarcas”. Esse Parecer foi acatado pela titular da SDE em decisão de (f.), com recurso de ofício ao Cade.

193. No Cade, o Processo Administrativo foi distribuído, como já ressaltado, ao então Conselheiro César Mattos (f.). Após a juntada do Parecer da ProCade (f.), opinando pela ausência de infração à ordem econômica, e do Ministério Público Federal (f.), concluindo no mesmo sentido, foi determinada a realização de instrução complementar, que resultou na resposta de (f.), de uma das distribuidoras da SKF, denominada Sueca. O processo foi, então, incluído na pauta da 455.^a Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, para julgamento.

194. O julgamento do caso iniciou-se em 11.11.2009 com a prolação do voto do Conselheiro Relator, César Mattos, já mencionado acima. Após o voto do Relator houve pedido de vista do então Conselheiro, hoje Presidente do Cade, Vinícius Carvalho. Nesse momento, foram solicitadas à SKF informações adicionais acerca da presença de coordenação no segmento de rolamentos, considerando a existência de *joint ventures* entre empresas do setor e, ainda, de uma investigação por cartel conduzida na França. A SKF foi ainda questionada sobre a definição exata desse

mercado relevante sob a ótica do produto, tendo em vista decisões da Comissão Europeia, e sobre outros aspectos do acordo de fixação de *mark-ups* mínimos objeto de investigação. A resposta a esses questionamentos sobreveio em 26.04.2010 e está juntada às (f.). A SKF foi questionada ainda sobre a evolução de preços no mercado de rolamentos, com resposta juntada às (f.).

195. O voto vista do Conselheiro Vinícius Carvalho foi proferido na sessão de 19.01.2010 (f.), concluindo pela caracterização da infração à ordem econômica e pela condenação da SKF.

196. Após o voto houve novo pedido de vista, desta vez por parte do Conselheiro Ricardo Ruiz. O voto vogal do Conselheiro Ruiz foi proferido na sessão de 23.20.2010, está juntado nas (f.), sendo que o Conselheiro acompanhou o voto do Conselheiro Vinicius Carvalho pela condenação da Representada. O pedido de vista subsequente foi realizado pelo Conselheiro Olavo Chinaglia, o qual votou pelo arquivamento do Processo Administrativo. Seu voto vogal foi proferido na sessão de 31.08.2010 e está juntado às (f.).

197. Houve então pedido de vistas do então Conselheiro Fernando Furlan, seguido da solicitação de informações a diversos distribuidores da SKF. A tais distribuidores foi perguntado, mais especificamente, se detinham obrigações de exclusividade no que concerne à revenda de rolamentos e equipamentos da SKF e, em caso negativo, que informassem o percentual representado pelas vendas de produtos da SKF sobre o total de suas vendas no período em que perdurou a conduta. Além disso, foi-lhes perguntado acerca do preço de equipamentos similares aos fornecidos pela SKF desde 2001. Houve ainda pedido de informações dirigido à própria SKF, questionando a empresa acerca de seus preços desde 2001 e de eventual sobreposição entre vendas diretas realizadas pela própria SKF e vendas efetivadas por seus distribuidores. A certos concorrentes foi solicitada informação sobre os preços de produtos similares aos fornecidos pela SKF. Após a juntada das respostas a esses vários pedidos adicionais de informação, a SKF fez juntar aos autos memorial (f.) comentando-as, bem como manifestação (f.) abordando a questão do poder coordenado no mercado de produção e fornecimento de rolamentos. Em 14.12.2011, o processo foi então novamente encaminhado a julgamento, tendo sido proferido o voto vogal do então Presidente do Cade Fernando Furlan pela condenação da Representada, nos termos do voto vista do então Conselheiro Vinícius Carvalho.

Da análise da prática específica

198. Dado o quanto por mim já exposto ao longo deste voto, entendo que a prática da SKF deve ser analisada em face do regime de presunções exigido pela racional aplicação da regra da razão ao tipo de conduta investigado, que consiste, como frisado, em uma das mais severas restrições verticais à concorrência, fundada, tal como constante na denúncia, na imposição de margens mínimas de revenda. Cabe destacar que adoto, para fins de exame da conduta, a mesma definição

e análise da estrutura do mercado relevante proposta pelo Conselheiro Vinicius Carvalho em seu voto vista, contra a qual, por sinal, a própria representada não chegou a se voltar.

199. Nesse contexto, como já ressaltai acima, entendo que *a conduta de FPR (mínimo) deve ser analisada sob a regra da presunção iuris tantum de ilegalidade quando envolver ou decorrer de qualquer tipo de “acordo” ou “comunicação” entre os agentes da cadeia produtiva sobre o preço a ser fixado, conforme dispõe a própria lei e em linha com os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência internacional sobre o tema.*

200. Para que haja essa demonstração, basta que existam elementos nos autos aptos a comprovar cabalmente a existência da prática de fixação de preços mínimos decorrente de imposição unilateral ou de um ajuste entre os elos da cadeia em questão – e é essa exatamente a hipótese destes autos.

201. Como destacado no resumo dos fatos acima, às (f.), a SKF reconhece que, durante sete meses, adotou a política de regras de fixação de preços, controle, provas, dentre outros (contida no documento denominado “Medidas Preventivas”). E as afirmações feitas pela empresa, às (f.), não deixam dúvidas quanto à existência de um acordo entre ela e os seus revendedores para a fixação do preço mínimo – *a empresa afirma que “colaborou” para que o “procedimento” fosse adotado, bem como que a iniciativa partiu da rede de distribuidores.* Mais não é preciso dizer: ainda que a prática não tivesse sido levada a cabo – como de fato o foi – a conduta já seria, pelo seu objeto, subsumível e punível, sob o prisma do controle repressivo antitruste.

202. Anoto, ademais, que a circunstância de ter a conduta reconhecidamente partido da própria rede de distribuidores seria suficiente, a meu ver, para tornar inviáveis quaisquer defesas baseadas na ausência de poder de mercado ou mesmo na presença de eficiências, justificando, por si só, a condenação. Contudo, mesmo o exame dessas excludentes demonstra sua total inexistência no caso em apreço.

203. De fato, ficou registrada acima minha opinião no sentido de que *a presunção de ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado.* Tal prova estaria configurada, a meu ver, se, cumulativamente: (a) nem o fornecedor, isoladamente, nem os distribuidores, em conjunto, tiverem 20% ou mais do mercado, e (b) nenhum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizer parte do C4 de seu mercado relevante, na hipótese deste ser superior a 75%, caso em que os distribuidores envolvidos deverão ser considerados em conjunto, como se um único agente econômico fossem.

204. Nesse sentido, é incontestável nos autos que a SKF não logrou demonstrar, de forma inequívoca, a inexistência de poder unilateral ou coordenado de mercado nas condições sobreditas, havendo, ao contrário, prova clara ao menos da presença de poder unilateral de mercado demonstrado por níveis de participação superiores à presunção legal de 20%.

205. De fato, a própria SKF apresentou estimativas de sua participação nos seus mercados de atuação que assim o demonstram, fazendo-o em resposta a Ofício enviado pela SDE, às (f.). Tais estimativas da própria representada, replicadas pelo Relator em seu voto, seriam as seguintes:

Rolamentos

INA/FAG	33%
SKF do Brasil	24%
NSK	23%
Timken	10%

Fonte: SKF do Brasil

Retentores

SABÓ	80%
Vedabrás	15%
SKF do Brasil	1%

Fonte: SKF do Brasil

Ferramentas de manutenção

Gedore	30%
Perma	10%
NSK	3%
FAG	5%
SKF do Brasil	1%

Fonte: SKF do Brasil

Equipamentos de monitoramento

SKF do Brasil	30%
CSI	30%
O1DB	15%

Fonte: SKF do Brasil

206. Da análise dos dados acima apresentados pela própria Representada observa-se que, em alguns mercados, a sua participação ultrapassa o patamar de 20%, presumido pelo art. 20 da Lei 8.884/1994 como suficiente para caracterizar poder de mercado e, portanto, suficiente para tornar inviável a defesa baseada na regra de *minimis* aqui proposta.

207. Ademais, conforme amplamente exposto no voto vista do Conselheiro Vinicius Carvalho:

“(…) é equivocado alegar que há muitas empresas com poder de mercado no âmbito de rolamento ou que as estruturas de mercado no mundo, no Brasil e na França são extremamente diferentes. Pelo contrário, *as grandes empresas brasileiras são as mesmas grandes empresas mundiais e as mesmas cartelizadas francesas.*”

Market share rolamentos (agregado)

	MUNDO (99)	BRASIL (00-01)	FRANÇA (99)
SKF	20,6%	28%	25%
NSK	19,4%	23%	10%
NTN	13,3%	3%	
TIMKEN	10,0%	9%	8%
FAG-INA	9,4%	18%	22%
SNR	----	----	24%
OUTROS	27,3%	19%	11%

208. Pelos dados trazidos pelo Conselheiro Vinicius Carvalho, o C4, tomando-se o mercado no Brasil, é superior a 75%, fazendo a SKF parte do mesmo, inclusive com o maior *market share*, ao menos no mercado de rolamentos.

209. Portanto, ainda que a defesa baseada na regra de *minimis* fosse viável no caso presente (o que não ocorre, como visto, em virtude da prova cabal de que a iniciativa para a conduta partiu dos próprios distribuidores) *a representada não teria logrado, de toda a sorte, demonstrar de forma cabala ausência de poder unilateral ou coordenado*. Pelo contrário, o que há nos autos são dados que apontam que a representada tinha participação de mercado superior a 20% (poder unilateral) em no mínimo um dos mercados analisados, bem como que o C4 para ao menos em um deles seria superior a 75%, com participação da SKF (poder coordenado).

210. Ademais, também não entendo que tenham sido demonstradas, no caso, quaisquer eficiências específicas à FPR em questão que (a) não pudessem ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos, (b) superassem claramente, nas condições de mercado em questão, os riscos à con-

corrência gerados pela conduta e (c) resultassem em benefício comprovado para o consumidor. *Na verdade, não é sequer plausível crer que a conduta fosse motivada pela expectativa de eficiências baseadas no estímulo a serviços de pré-venda, pois a maior parte dos consumidores industriais oficiados admite que esses são desnecessários no mercado em questão.*

211. Além disso, é preciso repetir que também essa defesa não estaria disponível à representada na medida em que há prova incontestada de que a conduta, tal como reconhecido pela própria SKF, *além de decorrer de um “ajuste” entre as partes, originou-se de uma iniciativa da sua própria rede de distribuidores.* Isso é, como dito acima, suficiente para afastar qualquer alegação de eficiências: a uma, porque torna inverossímil a existência de benefícios econômicos legítimos e, a duas, porque potencializa os efeitos colusivos que podem decorrer dessa conduta.

212. Por tais razões, entendo que está, nos termos acima, amplamente demonstrada a ilicitude e a falta de razoabilidade da conduta, a ensejar, por todas as razões acima, punição. Tal punição, como ressaltado, resulta da própria aplicação correta da regra da razão a uma espécie delitiva particularmente suspeita, que resulta frequentemente em prejuízos para o consumidor e apenas marginalmente pode fundar-se em eficiências impossíveis de serem obtidas por outros modos menos danosos ao bem-estar geral, as quais, claramente, sequer estão presentes no caso em apreço.

213. Portanto, entendo caracterizada, no processo, a infração aos arts. 20, I, e 21, XI, da Lei 8.884/1994, aderindo assim ao voto divergente lançado pelo então Conselheiro Vinícius de Carvalho e concluindo, nos termos acima, pela condenação da representada às penas correspondentes.

VII – Conclusão

214. Por todo o exposto, adiro ao voto divergente lançado pelo então Conselheiro Vinícius de Carvalho e voto, nos termos acima, pela condenação da representada por infração aos arts. 20, I, e 21, XI, da Lei 8.884/1994, ensejando, como corolário, a aplicação das sanções estabelecidas no voto em questão.

É o voto.

Brasília, 30 de janeiro de 2013 – MARCOS PAULO VERISSIMO, Conselheiro relator.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A seleção de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.

2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Edito-

rial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, download, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORMAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
 12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
 13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
 14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
 15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
-