

RESALE PRICE MAINTENANCE, SUGGESTED RETAIL PRICE E O CASO KIBON: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PONTO DE VISTA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NACIONAL, NORTE-AMERICANA E EUROPÉIA

*Rodrigo Surcan dos Santos**

I. Sumário

Trata-se de artigo com o escopo de realizar uma análise crítica do emprego dos conceitos de *Resale Price Maintenance* e *Suggested Retail Price* utilizados no julgamento do chamado caso “Kibon” pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em comparação com a doutrina e a jurisprudência norte-americana e européia sobre o assunto.

Pretende-se focar os objetivos pretendidos pelos órgãos antitruste brasileiros com a decisão tomada e a efetividade do atendimento dos referidos objetivos no longo prazo, com base na utilização de doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto.

Com base em casos similares analisados no Brasil e no exterior, tem-se por finalidade a análise crítica da decisão tomada pelo órgão de defesa da concorrência do Brasil e os resultados obtidos com a referida decisão.

II. Palavras chave

Resale Price Maintenance. Manutenção de preço de revenda. Suggested Retail Price. Sugestão de preço de revenda. Condutas colusivas verticais. Condutas discriminatórias. Uniformização de preços. Condição de revenda. Caso Kibon.

* Rodrigo Surcan dos Santos é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bacharel em Ciências Econômicas pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, mestrando em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenador-Geral de Andamento Processual do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

III. Introdução

O presente trabalho tem por objeto analisar os conceitos empregados pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, em breve resumo, dos conceitos de “*Resale Price Maintenance*” (RPM) e “*Suggested Retail Price*” (SRP), tomando-se como base o caso Kibon¹, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Primeiramente, serão apresentados os conceitos de “*Resale Price Maintenance*” e “*Suggested Retail Price*”, dentro de uma breve análise de colusões verticais, de acordo com a doutrina internacional e sua interpretação pelas cortes norte-americanas e órgãos antitruste norte-americanos e pela Diretoria Geral de Concorrência (DG4) da Comissão Européia (EC).

Dentro de cada um dos conceitos apresentados, serão analisadas as aplicações destes conceitos na jurisprudência nacional, em particular sua aplicação pelo CADE, e a flexibilização desta aplicação diante da realidade nacional. Em particular, pretender-se-á analisar especificamente a discussão sobre o tema proposta pelo ilmo. Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, em seu voto apresentado no caso Kibon, supra mencionado.

Por fim, como conclusão do trabalho, tem-se por objetivo analisar os conceitos utilizados pelo então Conselheiro Relator e verificar potenciais questões de relevância para a análise concorrencial a serem levadas em consideração na questão de análises de sugestão de preços e fixação de preços ao revendedor, ao se importar conceitos de aplicação em tribunais estrangeiros.

Para tanto, dever-se-á, primeiramente, expor em breve relato o caso Kibon, o posicionamento dos demais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no caso em análise, para, então, discutir e analisar especificamente o voto do Conselheiro Xausa, diante da aplicação do conceito de sugestão de preço ao revendedor.

IV. Condutas colusivas verticais

Quando se trata de condutas colusivas, não se pode ter em mente apenas o conceito mais amplamente empregado e conhecido de colusões: o caso de formação de cartéis, tratados especificamente no estudo de colusões horizon

¹ Processo Administrativo n.º 148/94 – Representante: Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. – IAG (KIBON), Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa, 1º de outubro de 1997.

tais. O conceito de condutas colusivas deve ser compreendido de maneira mais ampla, tanto no âmbito horizontal como no âmbito vertical, como acordos – expressos ou tácitos – entre concorrentes ou entre produtores e fornecedores – de maneira impositiva ou por livre iniciativa.

As condutas colusivas, tanto em linha horizontal, quanto em linha vertical, possuem em comum a característica de poderem levar ao “*aumento de participação no mercado e/ou à exclusão de concorrente*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 261). Portanto, independentemente da voluntariedade ou imposição da adoção da conduta, as conseqüências lesivas à livre concorrência e à ordem econômica são de suma importância no direito antitruste e na análise destas condutas pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

No que tange as condutas colusivas verticais, sua preocupação por parte dos órgãos antitrustes tem demonstrado não dever ser menor do que as condutas colusivas horizontais. Neste caso, importante conhecer sua definição e entender o objetivo de seu emprego e potenciais efeitos. Como definição, pode se reproduzir a conceituação de Bork (1993, p. 288) sobre restrições verticais: “*A restraint – whether on price, territory, or any other term – is vertical, according to the usage employed here, when a firm operating at one level of an industry places restraints upon rivalry at another level for its own benefits*”. Verifica-se, de imediato, que o autor não faz distinção entre colusões verticais de preço ou não-preço, podendo conceituá-las de forma abrangente e unívoca.

A preocupação e intenção dos agentes econômicos em adotar tais condutas residem justamente no objetivo de eliminar, ou ao menos reduzir, os chamados custos de transação existentes e inerentes às relações entre produtores e revendedores. O direito concorrencial pretende justamente analisar as conseqüências desta eliminação ou redução dos custos de transação. Não apenas os efeitos na concorrência no mercado dos fabricantes, como também os efeitos na concorrência no mercado dos revendedores.

É fundamental esta análise sobre a tentativa de redução dos custos de transação por parte do direito concorrencial, pois este objetivo, dos produtores e distribuidores, pode trazer efeitos não apenas não lesivos à concorrência, como até mesmo pró-concorrenciais. Assim, como nos ensina a professora Paula Forgioni (1998, p. 345 e 346): os “*acordos verticais acabariam, então, por trazer benefícios e não prejuízos para a concorrência, já que: (i) implicariam redução de custos de distribuição, viabilizando economias de escala; (ii) facilitariam a entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, pois permitiriam o retorno do investimento efetuado; (iii) im-*

pediriam a atuação de free riders; (iv) evitariam a concentração dos distribuidores, de forma a não permitir que aqueles mais agressivos acabassem por incorporar outros, causando um indevido grau de concentração no mercado; e (v) permitiriam a preservação da imagem do produto”.

Na verdade, as condutas colusivas verticais trazem um “novo” problema na análise antitruste. A partir da constatação de uma conduta colusiva vertical, a análise não se deve ater apenas às conseqüências no mercado produtor ou distribuidor. Esta conduta acaba por criar uma “nova” linha de concorrência, com a elevação de barreiras à entrada em ambos os mercados. Em analogia com uma integração vertical, Posner afirma que: “*the acquisition of the distributors will delay new entry at the production level by making it necessary for a new entrant to enter at two levels*” (POSNER, 2001, p. 255). Ao extremo, pode-se considerar que a contínua exploração de colusões entre produtores e seus distribuidores pode levar a uma situação de mercado equivalente a integrações verticais, na qual aqueles produtores ou aqueles distribuidores que não se encontrarem verticalmente integrados não conseguiriam atingir uma situação satisfatória para concorrerem em seus respectivos mercados. Cria-se um “novo” problema na análise antitruste, de atuação em diversos mercados, não apenas a jusante ou a montante, mas em atuações em conglomerado. Com essas condutas, pode-se levar não apenas à eliminação dos custos de transação, mas também à possibilidade de exclusão de empresas do mercado.

No entanto, a exclusão deve ser analisada meramente como um efeito colateral da colusão vertical. O problema central para a análise antitruste ainda reside em seu efeito imediato, isto é, “*o ajuste de comportamentos entre participantes do mercado*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 261), que leva, por conseguinte, à criação da referida “nova” linha de concorrência. Isto leva a uma alteração do foco da análise antitruste em privilegiar apenas a análise de efeitos horizontais das condutas, passando a se preocupar também com a esfera vertical dos relacionamentos econômicos.

Nos tópicos seguintes, pretende-se abranger sumariamente duas condutas em particular, que trazem conseqüências no âmbito vertical: as práticas discriminatórias e as uniformizações de preço ou condições de revenda, para então, mais especificamente, poder tratar do problema de fixação de preço de revenda e sugestão de preço de revenda.

a) condutas discriminatórias

As práticas discriminatórias em âmbito vertical apresentam sua princi-

pal distinção em relação às colusões horizontais por não visarem a exclusão de concorrentes (sendo esta apenas uma possível consequência indireta), mas visarem a eliminação da concorrência em um setor (em particular, da concorrência intramarca). Portanto, o problema concorrencial em questão é a colusão em si. O tratamento desigual e não justificado entre produtores ou distribuidores visa justamente a eliminação de tensões em linha vertical. Portanto, ainda que se possa eliminar concorrentes em alguma das linhas de concorrência horizontal, e aumentar sua participação de mercado, estes efeitos são colaterais. A preocupação central reside na eliminação das tensões em âmbito vertical e suas consequências na “nova” linha de concorrência, verticalmente integrada, como já citado anteriormente, no caso da necessidade de se entrar no mercado já verticalmente integrado (POSNER, 2001, p. 255).

Com isso, a discriminação, por si só, não pode ser considerada lesiva à livre concorrência e à ordem econômica. Serve apenas como um indício significativo de poder econômico. Seu aspecto nocivo deve ser atentado apenas quando decorrer de acordos de cooperação vertical. Portanto, não está no fato de discriminação que se encontra a preocupação com a possibilidade de abuso de posição dominante. Esta é apenas um indício. A preocupação reside na possibilidade de exercício de abuso de poder.

Para tanto, deve-se ater ao efeito potencial de alteração no padrão de concorrência em um mercado, decorrente da prática de condutas discriminatórias. Esta prática pode eliminar concorrentes (produtores ou distribuidores) não privilegiados pelo “novo” mercado integrado. Com isto, acaba-se por ter um ato tendente à dominação de mercado.

Importante apenas ressaltar novamente a dispensa de existência de acordo expresso ou de contrato especificando a discriminação. A mera conduta continuada entre fornecedores e distribuidores poderia ser suficiente para se presumir a existência de um acordo vertical. A habitualidade de um relacionamento comercial pode ser suficiente para demonstrar um contrato de relacionamento constante, sem que haja realmente um contrato escrito. São os chamados contratos relacionais, que podem ser suficientes para demonstrar a relação comercial e presumir-se como indício de uma contratação.

b) Uniformização de preços ou condição de revenda

A uniformização de preço ou condição de revenda caracteriza-se pela imposição ou sugestão, por parte do fornecedor, de diversas condições para comercialização de seu produto por parte do distribuidor. Tais imposições ver-

sam desde quantidades mínimas de aquisição do produto, divisão de territórios de venda, até mesmo, restrições de condições técnicas para aquisição e comercialização dos produtos, passando, obviamente, pela fixação e sugestão de preços de revenda, objeto de nossa presente análise.

Destacam-se como características intrínsecas a este tipo de conduta: a potencialidade para eliminação da concorrência intramarca (sem, necessariamente, visar a exclusão de qualquer concorrente em específico); e a criação e elaboração em uma linha de mercado diversa daquela na qual efetivamente se verifica sua ocorrência.

No entanto, a doutrina neoclássica busca trazer explicações lógicas para a existência de restrições verticais. Tais restrições teriam por objetivo não apenas reduzir custos de transação², mas, segundo os neoclássicos, evitar efeitos inconvenientes da concorrência intramarca, como, por exemplo, a verificação de *free-riding*, isto é, o beneficiamento de certos distribuidores que se aproveitam de investimentos em publicidade, especialização da distribuição e, até mesmo, em serviços pós-venda, feitos por outros distribuidores, aumentando seus custos, enquanto os custos daqueles permanecem menores, possibilitando a prática de preços mais baixos. Neste sentido, a concorrência intramarca levaria a uma perda de eficiência, nivelando-se por meio do preço mais baixo, sem investimentos em publicidade, especialização ou serviços pós-venda.

Portanto, as condutas colusivas verticais teriam como benefícios os objetivos de se evitar as condutas oportunistas, decorrentes da adoção de comportamentos estratégicos pelos agentes econômicos, e se evitar os problemas decorrentes da racionalidade limitada, derivada da impossibilidade de se prever as todas as possíveis variações que podem acontecer na relação comercial entre fornecedor e distribuidor.

Todos estes objetivos tendem a reduzir os custos de transação. Outro fator que pode gerar custos de transação é a existência de incertezas criadas em decorrência das relações comerciais entre produtores e revendedores. A incerteza do fornecimento dos produtos e da frequência, quantidade e valor das vendas são alguns exemplos que aumentam os custos de transação. Neste caso, as condutas colusivas verticais trariam o benefício de reduzir tais custos, tal como uma integração vertical.

Neste sentido, há quem defenda incondicionalmente a adoção das fixações de preço como benéficas aos consumidores. Um destes defensores é

² Ver BORK (1993, p. 290): “*The manufacturer shares with the consumer the desire to have distribution done at the lowest possible cost consistent with effectiveness*”.

Bork (1993, p. 297), que afirma: “...*vertical price fixing (resale price maintenance), (...), and, indeed, all vertical restraints are beneficial to consumers and should for that reason be completely lawful*”.

Por fim, cumpre destacar que tais condutas colusivas verticais independem de e não se diferem por se tratarem de acordos baseados em preços ou não-preço. Dentre estas últimas, pode-se citar restrições baseadas em quantidades mínimas ou máximas, ou limitação territorial e exclusividade territorial. Dentre as restrições baseadas em preço, encontram-se as fixações de preços, sejam limitações de preço mínimo, máximo, ou fixo, e as derivações destas, que são as sugestões de preços a serem praticados. Pode-se dizer que restrições verticais de preços ocorrem quando: “*an upstream seller attempts to control the price at which downstream marketers resell a product or service*” (SULLIVAN; GRIMES, 2000, p. 335 e 336). Tanto a fixação de preços (conhecida como “*Resale Price Maintenance*” ou “RPM”) e a sugestão de preços de revenda (conhecida como “*Suggested Retail Price*”) serão objeto de análise mais específica no próximo capítulo, justamente por serem tratadas especificamente no caso Kibon.

1. Resale price maintenance (RPM)

O conceito de “*resale price maintenance*” ou “RPM” (às vezes, também conhecido como “*vertical price fixing*”) reside na fixação, por parte do produtor, dos preços a serem praticados pelo revendedor ou distribuidor. Trata-se do controle por parte do produtor do preço que sua mercadoria será comercializada. Esta fixação pode tanto ser absoluta, indicando exatamente o valor a ser comercializado o produto no mercado a jusante, ou fixação de preço mínimo ou fixação de preço máximo a ser praticado por seu distribuidor ou revendedor. “*It is possible to describe certain situations where the supplier would prefer the minimum resale price, and others where the supplier would prefer the maximum resale price*” (VISCUSI; VERNON; HARRINGTON, 1998, p. 241). Importante frisar que, dependendo de cada uma delas, as condutas, tanto de fixação de preço mínimo quanto de preço máximo, podem ser consideradas tanto ilícitas como lícitas, do ponto de vista antitruste.

A preocupação antitruste nos casos de fixação de preços de revenda tende a ser ainda maior do que em alguns outros casos de colusões verticais, como o caso de divisões de mercados e quotas de aquisição, pois, no caso da fixação de preços, “*a neutralização da concorrência se torna ainda mais evidente, uma vez que é eliminada qualquer possibilidade de variação dos preços praticados*” (FORGIONI, 1998, p. 349).

No Brasil, a legislação pátria (Lei 8.884, de 11 de junho de 94) dispõe especificamente que impor preços de revenda a distribuidores, ou mesmo quaisquer condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros (inciso XI do art. 21, Lei n.º 8.884/94), ou ainda a discriminação de produtores e distribuidores, por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda (inciso XI, do art. 21, da Lei n.º 8.884/94), serão consideradas infrações a ordem econômica, independentemente de culpa, desde que tais condutas tenham por objeto ou possam produzir os efeitos elencados nos incisos do artigo 20, da Lei n.º 8.884/94, quais sejam: (i) prejuízo da livre concorrência ou livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante; (iii) aumento arbitrário de lucros; e (iv) exercício abusivo de posição dominante.

a) Jurisprudência internacional

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem decidido por considerar a fixação de preços de revenda como uma conduta ilícita *per se*, desde a decisão do caso *Dr. Miles Co. v. John D. Park & Sons Co.* (220 U.S. 373, 31 S.Ct. 376, 1911). No entanto, a própria jurisprudência da Suprema Corte tem admitido diversas exceções criadas judicialmente para a aplicação *per se* em casos de fixação de preços de revenda.

Ainda assim, a regra tem sido tratar a “*resale price maintenance*” como ilícita *per se*, independentemente de se verificar ou não poder de mercado e independentemente das intenções envolvidas, mesmo se o motivo for para combater os efeitos nocivos do comportamento oportunístico (*free riding*) ou os problemas de racionalidade limitada.

Sejam quais forem os motivos para redução dos custos de transação, nos casos típicos de RPM, o posicionamento da Suprema Corte norte-americana permanece o mesmo, como pode ser visto, por exemplo, no caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corporation* (465 U.S. 752, 104 S.Ct. 1464, 1984), julgado pela Suprema Corte norte-americana. Neste caso, a Monsanto era acusada de acordar com seus revendedores para fixar preço de revenda em seus produtos. Ainda existia a possibilidade de rescisão de contratos daqueles que se negassem a seguir estas diretrizes. Com isso, a Spray-Rite, que não aderiu à colusão, foi prejudicada, não mais podendo distribuir os produtos da Monsanto.

A defesa apresentada pela Monsanto residia justamente na discussão acerca da qualidade na prestação dos serviços por parte dos distribuidores, alegando que a Spray-Rite possui vendedores mal treinados e não atingia os parâmetros esperados nas promoções das vendas. Neste caso, a Monsanto foi

condenada pela Suprema Corte, com base no artigo primeiro do Sherman Act (Sherman Antitrust Act, 15 U.S.Code, §§ 1-7), justamente por acordar com os seus distribuidores, tendo como efeito a eliminação de outros agentes econômicos, como a Spray-Rite. Como se pode verificar neste caso, o fundamental para se considerar a conduta como ilícita foi a verificação de evidências suficientes do acordo e a distinção, justamente, entre uma ação concertada entre os agentes e o que poderia ter sido uma mera ação unilateral e independente de um produtor.

No entanto, como dito anteriormente, há exceções. A mais notória das exceções (que foi justamente utilizada como jurisprudência para fundamentar a decisão no caso Kibon, ora em análise) é a chamada Doutrina “Colgate”, aplicada no caso *U.S. v. Colgate & Co.* (250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 1919), julgado em 1919. Neste caso, a Colgate teria anunciado previamente o preço de revenda e posteriormente teria se negado a vender novamente àqueles revendedores que não adotassem o preço anunciado.

Neste caso, a Suprema Corte não considerou a fixação ilegal, por não existir um “contrato” (*lato sensu*) entre o produtor e seus fornecedores. Neste caso, não havia uma fixação que obrigasse a adoção do preço imposto pela Colgate. A empresa apenas teria anunciado que não mais negociaria com revendedores e distribuidores que não adotassem seus preços de revenda. E quando um destes revendedores não adotava estes preços, a Colgate se recusava a fazer futuras vendas para este revendedor. Diante da ausência de um elemento que indicasse a possibilidade de ação concertada entre a produtora e seus distribuidores, a Suprema Corte não considerou a conduta como ilícita.

A exceção no caso Colgate reside no fato de que a condenação da adoção de RPM pela Suprema Corte norte-americana encontra-se baseada na aplicação do parágrafo primeiro do Sherman Act³, que trata dos contratos, combinações ou qualquer conspiração que restrinja o comércio pode ser considerada ilegal. Neste sentido, a seção 1 do Sherman Act requer um “acordo” entre duas ou mais partes. Uma vez que não existia nenhum contrato ou “acordo”, que a conduta da Colgate era unilateral, sem depender da concordância ou não de seus

³ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.Code, §§ 1-7 **Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty:** *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

distribuidores, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que não se estaria infringindo o parágrafo primeiro do Sherman Act. Logo, se um produtor simplesmente anunciasse que se recusaria a vender para um distribuidor que não adotasse o preço indicado, e posteriormente efetivamente se recusasse a comercializar com esse distribuidor, então não haveria infração ao Sherman Act. No entanto, o entendimento das cortes norte-americanas é restrito ao direito de não comercialização em novo pedido com aqueles que não adotarem os preços indicados. Esta conduta não pode ser utilizada como ameaça ou intimidação contra outros futuros distribuidores, caso contrário, não mais se enquadraria na exceção adotada pela Suprema Corte, tornando-se novamente uma conduta tipificada pela Seção 1 do Sherman Act.

A crítica que se faz a esta jurisprudência reside justamente na consequente conduta dos futuros revendedores, após a eliminação de um de seus concorrentes por não adotar um preço sugerido pelo produtor. A eliminação do concorrente levaria a uma conduta concertada dos revendedores de obediência ao preço sugerido, deixando este de ser meramente “sugerido” para ser considerado como preço fixado pelo revendedor. Adiante, será analisado o caso específico da sugestão de preços e quando realmente essa “sugestão” pode ser considerada lícita pelos órgãos de defesa da concorrência.

Portanto, como se pode observar, no caso de fixação de preços mínimos e preços fixos de revenda, a Suprema Corte norte-americana tem considerado tal conduta como ilícita *per se*. Há muitas críticas sobre essa adoção por parte da Suprema Corte, porém tais críticas residem na consideração de qualquer ilícito como sendo ilícito *per se* e não sujeito à aplicação da regra da razão, e não no sentido de que deveriam ser consideradas tais condutas como lícitas *per se*.

As imposições de preços mínimos de revenda podem resultar em acordos impróprios com os revendedores. Em tais casos, faz-se necessária a imposição de sanções por parte dos produtores contra a desobediência de tais acordos. Tais sanções podem ser desde a ameaça de penalizar o distribuidor com a confusão dos seus pedidos, como ocorrido no caso *Isaksen v. Vermont Castings* (825 F.2d at 1162-63); requisição de aprovação do produtor para práticas de preços diferentes daqueles sugeridos, como no caso *Pitchford v. PEPI, Inc.* (531 F.2d 92, 98 (3rd Cir.), *cert. denied*, 426 U.S. 935, 1976); ou ainda a remoção do incentivo financeiro para um distribuidor fixar um preço abaixo do mínimo sugerido, como no caso *American Cyanamid Corp.* (C-3739, FTC Consent Order May 12, 1997).

No entanto, como exceção à consideração de fixação de preços como um ilícito, a Suprema Corte decidiu, no caso *United States v. General Electric*,

Co. (272 U.S. 476, 47 S.Ct. 192, 71 L.Ed. 362, 1926), de 1926, no caso de venda por consignação, quando decidiu que “*an upstream seller was not in violation of the rule against vertical price fixing when it prescribed the sale price for light bulbs consigned to independent merchants*” (SULLIVAN; GRIMES, 2000, p. 346).

Cumprido destacar que a própria Suprema Corte, no caso de fixação máxima de preços de revenda, esta corte inovou, alterando seu posicionamento anterior sobre o assunto, ao julgar o caso *State Oil Company v. Bakat U. Khan Andkhan & Associates* (No. 96-871, Decided November 4, 1997). Neste caso, o Juiz O’Connor revogou expressamente o entendimento no qual a fixação máxima de preços deveria ser considerada ilícita *per se*⁴. A votação foi unânime, tendo a Suprema Corte reconhecido a evolução da doutrina no que concerne a questão de fixação máxima de preço de revenda, dominante desde a decisão do caso *Albrecht v. Herald Co.*, DBA *Globe Democrat Publishing Co.* (390 U.S. 145, 1968). Com isso, a Suprema Corte afirmou expressamente que a fixação de preços máximos de revenda não deveria mais ser tratada como um ilícito *per se*. A Corte esclareceu que o preço máximo poderia promover o bem-estar dos consumidores, dentro de certas circunstâncias, limitando a habilidade dos distribuidores e revendedores de exercer um poder de monopólio local. Entretanto, a mesma Corte, de forma igualmente expressa, recusou tornar a prática lícita *per se*⁵, destacando a necessidade de uma análise mais aprofundada, à luz da regra da razão, dos benefícios e prejuízos causados pela fixação de preços máximos de revenda caso a caso.

No mesmo sentido, a União Européia tem, em diversos casos⁶, dife-

⁴ *in State Oil Company v. Bakat U. Khan Andkhan & Associates* (cit.): “*Under §1 of the Sherman Act, 26 Stat. 209, as amended, 15 U.S.C. 1 “[e]very contract, combination ... , or conspiracy, in restraint of trade” is illegal. In Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968), this Court held that vertical maximum price fixing is a per se violation of that statute. In this case, we are asked to reconsider that decision in light of subsequent decisions of this Court. We conclude that Albrecht should be overruled.*”, página 1.

⁵ *in State Oil Company v. Bakat U. Khan Andkhan & Associates* (cit.): “*In overruling Albrecht , we of course do not hold that all vertical maximum price fixing is per se lawful. Instead, vertical maximum price fixing, like the majority of commercial arrangements subject to the antitrust laws, should be evaluated under the rule of reason. In our view, rule-of-reason analysis will effectively identify those situations in which vertical maximum price fixing amounts to anticompetitive conduct*”

⁶ Ver, por exemplo, os casos: *Pronuptia* (OJ No L 13, 15.1.1987, p.39), *Yves Rocher* (OJ No L 8, 10.1.1987, p. 49), *Computerland* (OJ No L 222, 10.2.1987, p. 12), e *ServiceMaster* (OJ No L 332, 3.12.1988, p. 38).

renciado a fixação de preço de revenda de um modo em geral, da fixação máxima de preços de revenda, bem como de recomendação de preços de revenda. Porém, o principal entendimento da União Européia sobre o assunto decorre do “*Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*” (doravante simplesmente *paper* ou *green paper*) (EUROPEAN UNION. European Commission. Directorate General for Competition), no qual a Diretoria Geral para Concorrência (DG4) da Comissão Européia aborda diversas espécies de restrições verticais, dentre elas as condutas colusivas verticais e, em particular, aquelas referentes a preço, como a fixação de preço de revenda.

A Diretoria, em seu *paper*, afirma que as estruturas verticais podem produzir preços que são demasiadamente altos, não apenas do ponto de vista dos consumidores, mas também do ponto de vista dos produtores e distribuidores. Quando há algum poder de mercado, os produtores e distribuidores cobrarão *mark ups* para os seus respectivos custos. Esta “dupla” cobrança de *mark up*, conhecida como dupla marginalização, decorrerá do fato de que cada firma toma sua decisão de preço independentemente, sem levar em consideração o impacto de suas decisões nos seus parceiros comerciais em uma estrutura vertical. Como conseqüência, os preços são maiores do que seriam os preços que maximizassem os lucros conjugados dos produtores e distribuidores. Neste caso, o *paper* considera que, ao se fixar preços máximos, pode-se minimizar essa situação. Outras espécies de restrições verticais também são consideradas como possíveis alternativas para se evitar essa dupla marginalização.

Porém, por outro lado, a Diretoria considera que certas restrições verticais, como “*resale price maintenance*” ou exclusividade territorial podem ter um efeito direto de restringir ou até mesmo eliminar a concorrência intramarcas. Por esta razão, distribuidores poderiam estar interessados de acordar neste sentido com seus fornecedores para restringir a concorrência no âmbito dos distribuidores. Quando os distribuidores possuem poder de mercado (como é o caso das grandes redes de supermercados) torna-se mais provável de acontecer tal conluio, caso existam fortes barreiras à entrada. Estas restrições verticais também podem ser utilizadas para facilitar o acordo entre produtores. A manutenção de preços por parte dos distribuidores torna-se um meio mais eficaz de se verificar uma suposta desobediência no cartel dos produtores.

Não apenas a redução de concorrência intramarca, mas a fixação de preços de revenda pode também levar à redução da concorrência intermarcas, em mercados oligopolistas com estruturas verticais. Portanto, ambos os aspectos: tanto a concorrência “*intra-brand*” quanto a concorrência “*inter-brand*” são de extrema importância para a análise antitruste. A existência de uma estru-

tura de mercado permitindo um nível suficiente de concorrência na distribuição e produção seria determinante para o efeito de rede das restrições verticais em concorrência.

No mesmo sentido, se restrições verticais forem introduzidas para se evitar o problema do *free-riding*, a concorrência entre distribuidores de uma mesma marca (concorrência intramarca) também seria afetada. Portanto, se uma estrutura vertical tiver um poder suficiente de mercado, terá menores incentivos em reduzir seus preços e tenderá a absorver quaisquer ganhos em forma de lucros extras. No entanto, o caso de uma relativa concorrência pode eliminar os efeitos nocivos de uma restrição vertical.

Dentre as espécies contidas no grupo de tipos de fixação de preço de revenda, o *paper* especificamente distingue entre os acordos nos quais “*the buyer is obliged or induced to resell not below a certain price, at a certain price or not above a certain price*”⁷. Este grupo inclui fixação mínima de preços, fixação absoluta, fixação máxima ou mera sugestão de preço de revenda. O entendimento na União Européia é de que os casos de fixação máxima de preços e recomendação de preços, as quais geralmente não possuem efeitos negativos, podem, na verdade, atuarem como fixadores de preços de revenda.

Já nos casos da fixação de preço mínima e absoluta, há dois principais efeitos: (1) os distribuidores não poderiam mais concorrer em preços por aquela marca, levando a uma eliminação total da concorrência de preços intramarca; (2) haveria uma transparência no preço e a responsabilidade pelas alterações de preço, facilitando uma colusão horizontal entre produtores ou distribuidores.

O *paper* conclui que, dentro do grupo de condutas amplamente referidas como “*resale price maintenance*”, a fixação de preços e a fixação de preços mínimos são restrições severas à concorrência, devendo ser evitadas e punidas. Já os casos de fixação máxima de preço e de recomendação de preço, quando realmente forem preços máximos ou recomendados (sem imposição ou sanção por descumprimento), então não são consideradas restrições à concorrência.

Cabe apenas destacar o posicionamento da legislação antitruste de alguns países membros da União Européia, no que se refere a fixação de preços de revenda. “*Resale Price Maintenance*” (RPM) é considerada um ilícito *per*

⁷ “*Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints: Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints*” – Directorate General for Competition – European Commission (C 150) – (<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>.) - página 15

se na França e na Espanha. Por outro lado, a mesma conduta não é considerada ilegal *per se* na Itália, mas é analisada, caso a caso, com base na regra da razão.

b) *Jurisprudência do CADE*

No Brasil, o CADE já vem decidindo no mesmo sentido: de considerar ilícitas as fixações de preço de revenda. Como se pode observar no exposto no artigo 21, inciso XI, da Lei 8.884/94, este dispõe que constitui infração da ordem econômica “*impor, no comércio de bens e serviços, a distribuidores, varejistas ou representantes, preços de revenda...*”. Portanto, existindo expressa inclusão dos distribuidores no inciso legal, resta evidente a inclusão da fixação de preços de revenda para distribuidores como uma potencial infração à ordem econômica, nos termos do artigo 20.

Há ainda diversos casos que podem corroborar tal interpretação. Por exemplo, pode-se citar o voto da então Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard, proferido em caso de fixação de preços, no qual afirma que: “[p]ouco importa o valor que tenha sido fixado. O que torna a tabela anticonstitucional é a **uniformidade de preços**, que mascara o real valor do serviço. **Preço mínimo ou preço máximo uniformizado em determinado setor da economia significa falta de concorrência. E a falta de concorrência começa exatamente pela divulgação da tabela nacional que, depois, é regionalizada, conforme afirmado pela própria representada**”⁸ (grifos nossos). Como se pode verificar neste trecho do voto, a então Conselheira Neide Malard já deixava claro seu entendimento de considerar ilícita a fixação de preço, mesmo em se tratando de preço mínimo ou mesmo em se tratando de preço máximo de revenda.

No mesmo sentido, em outro voto, a então Conselheira Lúcia Helena Salgado Filho repudiava veementemente a fixação de preços de revenda. Interessante a análise deste caso, pois justamente ela vem a diferenciar as condutas colusivas verticais de “preço mínimo de revenda” e de “sugestão de preço de revenda”, considerado aquela lesiva a concorrência e definindo explicitamente o entendimento do Conselho quanto ao conceito de RPM, como se pode verificar, *in verbis*: “**Trata-se, claramente, de fixação de preços mínimos de revenda, e não de mera sugestão de preços. Como já afirmei no voto da PA n° 89/92,**

⁸ Voto no Processo Administrativo n.º 61/92, de 14 de fevereiro de 1996, Representante: Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, Representada: Associação Médica Brasileira – AMB. In DOU de 28 de fevereiro de 1996, Seção I, página 2850.

*‘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 se **controlar o preço final vendido ao consumidor**. A FPR pode ter diversos objetivos: sustentar cartéis de fabricantes, distribuidores ou comerciantes; evitar problemas 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 em uniformização de preços e conseqüente restrição no leque de escolhas do consumidor, pode oferecer compensações (por exemplo, aumentar a qualidade dos serviços) ou não (por exemplo, facilitar cartel)’⁹ (grifos nossos).*

Porém, antes mesmo da Lei 8.884/94, ou mesmo da lei antitruste 4.137, de 1962, já existiam julgados nos tribunais no mesmo sentido. Por exemplo, em um julgado de 1940, o então Relator Juiz Raul Machado decidiu: “... *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 eliminado do quadro de sócios do Sindicato dos Comerciantes de Artigos Dentários do Rio de Janeiro, vendo-se, ainda, em sérias dificuldades para a 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”...*”¹⁰ (grifos nossos).

A acusação, neste caso, era de infração ao art. 3º, 1, do Decreto-lei n.º 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*”. Portanto, como se pode observar, a legislação pátria, ao menos desde 1938, já considerava a imposição de preço de revenda como um ilícito a ser punido.

⁹ Voto no Processo Administrativo n.º 08000.01776/95-33, de 06 de outubro de 1999, Representante: União Catarinense de Veículos, Representada: FIAT do Brasil S/A. In DOU de 2 de dezembro de 1999, Seção 1.

¹⁰ Sentença de 19 de agosto de 1940, do TSN, n.º 873, do então Distrito Federal, Relator Juiz Raul Machado, In RF 84/193 e ss.

2. *Suggested retail price (SRP)*

Os casos de sugestão de preço de revenda (“*Suggested Retail Price*” nos Estados Unidos, ou “*recommended price*” na União Européia) vêm sendo tratados pela doutrina como uma subdivisão da fixação de preços de revenda (“*Resale Price Maintenance*”), tendo como característica peculiar que a diferença do conceito amplo de RPM o fato de se tratar de uma mera sugestão, recomendação, unilateralmente proposta pelo produtor, sem qualquer espécie de obrigação por parte do distribuidor ou revendedor de adotar o preço sugerido e, conseqüentemente, sem qualquer espécie de previsão contratual¹¹ de sanção ou qualquer espécie de coação por parte do produtor àqueles distribuidores que não aderirem à prática do preço indicado. Com isto, pode-se afirmar que: “*The most obvious example is the widely used practice of manufacturers announcing “suggested” retail prices for their products. So long as nothing more is done, the practice is uniformly regarded as lawful;*” (SULLIVAN, 1998, p. 397).

Porém, é importante a análise concreta de cada caso, para verificar se a estrutura de mercado não permitiria que uma simples sugestão de preço não possuísse condições suficientes para uniformizar e estabilizar os preços de revenda. “*Yet suggested resale prices are countenanced although the manufacture can have only one purpose – to affect the price at which dealers resell. Though dealers may or may not universally follow them, surely suggested prices “tend” either to “stabilize” price at the level selected by manufacturer or to establish that level as the base price from which discounts are computed*” (SULLIVAN, 1998, p. 397). Portanto, se houver uma semelhança consistente entre esta conduta e os efeitos de uma restrição horizontal de sugestão de preços, então, “*suggested retail prices*” serão considerados ilícitos.

a) *Jurisprudência Internacional*

Conforme já citado anteriormente, o paradigma norte-americano como exceção da aplicação das RPMs como um ilícito *per se*, baseando-se na não obrigatoriedade de adoção do preço anunciado, considerando-se o mesmo como mero preço “sugerido”, vem justamente do caso *U.S. v. Colgate & Co.* (250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465. 1919), visto acima.

¹¹ “contrato” em seu sentido mais amplo, incluindo-se o conceito de contrato relacional, supra citado.

No entanto, segundo palestra do Conselheiro da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (USDOJ), o Sr. Willard K. Tom, proferida em 07 de abril de 1994, há uma tendência nos últimos anos de extensão dos limites do caso Colgate. Fala-se na chamada teoria dos “*three bites at the apple*”¹²: ao revendedor que divergisse da política de preços do fabricante, seria dado primeiro um aviso, depois uma suspensão ou multa e, por último, a rescisão do contrato. Segundo julgado do Juiz Posner (*Isaksen v. Vermont Castings, Inc.*, 825 F.2d 1158 (7th Cir. 1987), cert. denied, 486 U.S. 1005. 1988), este considerou que se o fabricante anuncia ao revendedor um aumento de preços e o revendedor aceita tal aumento, haveria um contrato. Daí, pode-se concluir que a conduta não seria ilegal. Contrariando este argumento, tem-se que assim seria muito mais fácil provar que houve um contrato do que provar que houve ação concertada ferindo o Sherman Act.

Outras interpretações sobre a aplicação do caso Colgate têm surgido nos Estados Unidos. Por exemplo, a Federal Trade Commission (FTC), órgão antitruste norte-americano, proibiu a Nintendo (*Nintendo of America*, 114 F.T.C. 702. 1991. Consent Order) de exercer os chamados “direitos Colgate”¹³ para terminar ou suspender os negócios com um distribuidor que não aderisse à sugestão de preço. Esta medida foi necessária por que a Nintendo comandava cerca de 80% (oitenta por cento) do mercado e, por seu poder de mercado, poderia ter mantido sua política sem um acordo com os distribuidores, por conta da intimidação que faria frente a estes distribuidores.

Outro caso no qual se discutiu a questão da sugestão de preços, analisado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Norte-Americano, foi o caso *United States v. AnchorShade Inc.* (United States District Court (U.S.D.C.), Southern District of Florida), de 1996, no qual a empresa era acusada de combinar a fixação de preços de revenda de seus guarda-sóis para barco, violando, portanto, a supra mencionada seção 1 do Sherman Act. Neste caso, a empresa usava de ameaça de não comercializar mais com a empresa que não adotasse os preços sugeridos. Como se pode verificar, a diferença marcante entre este caso e o caso Colgate é que, teoricamente, na análise do caso Colgate, esta empresa não teria usado de nenhum meio para ameaçar ou coagir seus revendedores a adotarem sua

¹² palestra “*Vertical Price Restraints*”, proferida por WILLARD K. TOM, em Washington, D.C., em 07 de abril de 1994, perante a American Bar Association, Section of Antitrust Law. (<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/94-04-06.htm>)

¹³ “direitos Colgate” seriam os direitos do produtor de sugerir preços e cessar a comercialização com aqueles que não aderissem aos preços sugeridos, desde que de maneira unilateral. Ver *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), supra citado.

sugestão de preços. Ela simplesmente teria, posteriormente, cessado a comercialização com aqueles que não tivesse adotado o preço sugerido. Já no caso AnchorShade, a empresa teria se utilizado de ameaça e coação de não voltar a negociar com os revendedores que não adotasse seus preços. Neste ponto é que reside a distinção na interpretação por parte das cortes norte-americanas, em terem considerado este caso como ilícito *per se*, e o caso Colgate como não sendo ilícito, como sendo meramente uma sugestão de preços.

Há, ainda, uma série de meios identificados nos julgados norte-americanos para se enquadrar nas previsões do caso Colgate, como: fornecendo lista de preços sugeridos para revenda, como no caso *Isaksen v. Vermont Castings* (825 F.2d 1158, 1162 (7th Cir. 1987), *cert. denied*, 486 U.S. 1005. 1988); ou ainda a fixação prévia dos preços nos produtos, como no caso *Mesirow v. Pepperidge Farm* (703 F.2d 339, 344 (9th Cir.), *cert. denied*, 464 U.S. 820. 1983); ou a propaganda direta aos consumidores dos preços sugeridos, como visto no caso *Jack Walters & Sons v. Morton Building, Inc.* (737 F.2d 698, 707 (7th Cir.), *cert. denied*, 469 U.S. 1018. 1984).

Por fim, cumpre destacar o posicionamento de Herbert Hovenkamp (1994, p. 426) sobre os critérios para se considerar RPM como uma violação *per se* do Sherman Act e, conseqüentemente, os mesmos critérios utilizados para não se considerar uma conduta colusiva vertical referente a preços como ilícita *per se*: “(1) that the arrangement at issue includes a sale and resale, and is nor merely consignment; (2) that there is a qualifying agreement between two or more distinct firms; and (3) that the agreement is a qualifying “agreement on price or price level”, in the language of the Business Electronics decision”¹⁴.

Como afirmado anteriormente, a União Européia tem tomado uma postura bem restrita na diferenciação entre “*resale price maintenance*” e “*recommended prices*”, considerando estes como uma espécie daquele gênero, e fazendo distinções em ambos os casos nos quais há possibilidade de interpretação como condutas lícitas ou ilícitas, em todos os casos. Há inúmeros julgados que tratam deste aspecto, como, por exemplo os casos: Pronuptia (OJ No L 13, 15.1.1987, p.39), Yves Rocher (OJ No L 8, 10.1.1987, p. 49), Computerland (OJ No L 222, 10.2.1987, p. 12), e ServiceMaster (OJ No L 332, 3.12.1988, p. 38), dentre outros diversos que abordaram a questão de fixação ou sugestão de preços.

No mesmo sentido, o “*green paper*” supra mencionado também tratou das chamadas “recomendações de preços”, novamente como uma derivação ou sub-espécie dos “*Resale Price Maintenance*”. Neste aspecto, cumpre

¹⁴Business Electronics Corp. V. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 108 S.Ct. 1515 (1988).

citar novamente o entendimento da Diretoria Geral para Concorrência (DG4) da Comissão Europeia sobre a fixação máxima de preços e a recomendação de preços como potencialmente não lesivas à concorrência, mas devendo as mesmas serem analisadas caso a caso, devido à possibilidade de, na verdade, atuarem como fixadores de preços de revenda.

Novamente, cumpre destacar a conclusão do *paper*, dentro do grupo de condutas amplamente referidas como “*resale price maintenance*”, no sentido de que a fixação de preços e a fixação de preços mínimos contêm elementos suficientes para serem consideradas potencialmente lesivas à concorrência, porém os casos de fixação máxima de preço e de recomendação de preço, quando realmente forem preços máximos ou recomendados (sem imposição ou sanção por descumprimento), então não seriam consideradas restrições à concorrência.

Novamente, apenas para destacar o posicionamento de algumas legislações dos países membros da União Europeia a este respeito, apesar de considerarem ilícito *per se* a fixação de preço, a França e a Espanha consideram lícita a recomendação de preços. No mesmo sentido, também na Itália a recomendação de preços pode ser considerada lícita, desde que analisada no caso concreto.

b) Jurisprudência do CADE

O caso marcante julgado pelo CADE, no que se refere à sugestão de preços de revenda, é justamente o caso Kibon, citado anteriormente, no qual o Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa determinou as condições para admissão de tal conduta e diferenciou-a de uma simples imposição vertical de preços de revenda.

Importante destacar que o presente caso foi instaurado antes da vigência da Lei 8.884/94, portanto ainda sob a exigência da antiga Lei 8.158/91. A SDE, neste caso, tipificou a conduta de acordo com o artigo 3º, incisos I, XV e XVI da antiga lei¹⁵, baseando-se em prática tendo por objeto ou produzindo o

¹⁵ “Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou **prática** tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado de bens ou serviços, **prejudicar a livre concorrência** ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

*I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem de lucro, bem assim **estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos**; (...)*

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

XVI - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;” (grifos nossos)

efeito de prejudicar a livre concorrência estabelecendo preços mediante a utilização de meios artificiosos, influenciando a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes e criando dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresas.

A particularidade neste voto foi justamente demonstrar e especificar as diferenças entre fixação de preço de revenda e simples sugestão de preço de revenda, como se pode observar em trecho do voto do Conselheiro Xausa:

*“24. O processo em questão contém todos os elementos que autorizam a afirmar que trata-se de **suggested retail price**, e não **imposição**, porque:*

*a) não existem **condições estruturais** para que a Representada exerça **domínio de mercado**, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços. Uma hipotética ameaça de retaliação por parte da Representada, caso o revendedor não acompanhasse a “sugestão”, poderia ser facilmente contornada pela comercialização de outras marcas, haja visto, como já foi salientado, o **ambiente altamente competitivo** prevalecente neste segmento.*

*b) não se verificou a existência de **dispositivos contratuais** ou **acordos** que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor. Como relatado, o próprio Sindicato da Indústria e Panificação e Confeitaria de São Paulo afirmou que os estabelecimentos varejistas não sofrem nenhuma retaliação por parte das indústrias caso aquelas optem em realizar políticas de preços autônomas.*

*c) O comportamento dos preços **não** tem seguido **tendência uniformizante**, mas ao contrário, apresenta **significativa dispersão**. Vale dizer, as flutuações de preços verificados nos dados fornecidos pela SUNAB - constantes nas folhas anexas a este voto - indicam, indubitavelmente, que o mercado é regido pelas livres forças da demanda e oferta de cada contexto específico” (Xausa, PA 148/94, p. 5) (grifos nossos).*

O Conselheiro torna claro que a “*diferença entre sugestão de preços de revenda e imposição vertical de preços está claramente relacionada com o poder de mercado do(s) fabricantes(s)*” (Xausa, PA 148/94, p. 4). Portanto, verificadas as condições supra mencionadas e, conjuntamente, verificada a inexistência de poder de mercado dos fabricantes, a sugestão de preço pode, então, ser considerada como conduta lícita pelo ordenamento jurídico pátrio.

No mesmo sentido deste julgado, o CADE tende a interpretar que a prática de preços sugeridos em mercados de produtos altamente competitivos é

admissível, não constituindo, necessariamente, infração à ordem econômica. O próprio Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, em caso semelhante, afirmou:

*“1. O presente feito é de natureza idêntica ao Processo Administrativo n.º 148/94, por mim relatado, cujo entendimento foi acompanhado pelo Plenário, onde sustento a tese de que trata-se de **suggested retail price**, e não imposição, porque: a) **não existem condições estruturais para que a Representada exerça domínio de mercado**, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços; b) **não se verificou a existência de dispositivos contratuais ou acordos que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor**; e c) **O comportamento dos preços não tem seguido tendências uniformizantes, mas ao contrário, apresenta significativa dispersão.***

*2. Além do mais, destaquei naquela ocasião que o conceito de **suggested retail price** – além das considerações retro expostas – assume importantes características de **ordem pedagógica** para o mercado, mediante a informação aos consumidores sobre os preços justos, e livre o varejista para decidir sobre o valor de seus produtos.”¹⁶ (grifos nossos)*

Em outro caso semelhante, o Conselheiro Renault de Freitas Castro, citando os julgados supra mencionados, afirmou: *“Dos julgamentos acima citados, restou claro, no entanto, que o pronunciamento do CADE sobre a prática de preços sugeridos deverá levar em conta a **característica de cada caso**, em particular, sendo precedido de **análise do respectivo mercado relevante**, com vistas a assegurar que a mencionada prática não apresenta possibilidade de acarretar **prejuízo ou limitação à concorrência**, principalmente por intermédio da imposição de tais preços”¹⁷ (grifos nossos).* Como se pode ver, são as características de cada caso, e, em particular, a estrutura do mercado relevante específico, que podem determinar se há possibilidade ou não da sugestão levar a prejuízo ou limitação da concorrência.

Novamente, cumpre-se destacar a importância da análise do caso concreto, não se podendo considerar a sugestão de preço como uma conduta lícita

¹⁶ Voto no Processo Administrativo n.º 149/94, de 19 de novembro de 1997, Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: INSOL – Indústria de Sorvetes Ltda. – antiga Yopa, atualmente de propriedade da Nestlé.

¹⁷ Voto na Consulta n.º 14/96, de 12 de novembro de 1997, Consulente: Warner Lambert Indústria e Comércio Ltda. In DOU de 3 de março de 1998, Seção I, p. 6.

per se ou simplesmente como uma conduta *ilícita per se*. Outro exemplo de preço sugerido que foi analisado pelo CADE é o caso de fixação de preço de capa do livro por parte da editora. Neste caso, o então Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho afirmou em seu voto que: “... os preços dos livros ao consumidor, não obstante a cláusula contratual, variam de uma livraria para outra. Também, não existe no contrato, a previsão de qualquer penalidade aos livreiros que não seguirem o preço de capa sugerido pela editora. Finalmente, a editora não recebe qualquer informação sobre o preço final praticado pelos livreiros”¹⁸.

No entanto, a questão sobre os critérios de utilização lícita da sugestão de preços e sua consideração como um ilícito concorrencial ainda se encontra em discussão. A mera argüição de natureza não impositiva do preço sugerido não parece ser critério suficiente para simplesmente considerar a conduta um *lícito per se*, devendo ser analisada caso a caso. Exemplo é o voto da então Conselheira Relatora em outro caso referente à sugestão de preços:

“9. Afirma a AMB que nunca pretendeu impor os honorários mínimos a quem quer que seja, apenas calculando-os, divulgando-os e recomendando-os, através de sua Comissão Nacional de Honorários.

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 a tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos.

A tabela de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, ainda que não impositiva. Afeta o poder de decisão individual de cada agente econômico para estabelecer seus próprios preços, de conformidade com seus custos. Ademais, constitui fator de inibição da melhoria da qualidade dos serviços, pois qualquer melhoramento importaria afastamento dos padrões que serviram de base à uniformização dos preços. (...)

Tratando-se de uma poderosa associação, com representação em todo o território nacional, detém considerável poder no mercado relevante de prestação de serviços médicos. Sua ação é nefasta para esse mercado. Onde quer que se dirija o paciente, lá está a tabela da AMB, que lhe dá um

¹⁸ Voto no Processo Administrativo n.º 08000.018299/96-86, de 16 de setembro de 1998, Representante: Ana Tereza Sotero Duarte, Representados: Livraria Eldorado Brasília Ltda. E Editora Ática S.A., In DOU de 7 de outubro de 1998

referencial falacioso, pois acredita que tem ali o aval da Associação para bons serviços a preços razoáveis. A idéia passada ao consumidor é a de que todos os profissionais da saúde são igualmente competentes, atualizados e atenciosos, fazendo, jus, portanto, àquela remuneração.

10. Entendo, pois, configurada a infração prevista no inciso II do art. 21 da Lei 8.884/94, pois não há dúvida de que a tabela, elaborada, divulgada e recomendada pela representada, influencia a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, o que, na verdade, é o objetivo da AMB que, assim, procedendo, entende estar se conduzindo legitimamente, no exercício regular de um direito”¹⁹ (grifos nossos).

Interessante observar que o posicionamento da então Conselheira Neide Malard, seguido pelo Conselho do CADE, trata justamente do mesmo aspecto que o voto do então Conselheiro Xausa: do efeito da tabela sugestiva de preços de funcionar como um “referencial” de preços para o consumidor final.

Ainda que seja importante destacar que, enquanto no caso Kibon, tratava-se de um bem homogêneo (isto é, o sorvete Kibon adquirido pelo consumidor seria de mesma espécie e qualidade, independentemente do seu revendedor), enquanto que o serviço prestado pelos médicos, no caso AMB, é claramente heterogêneo, não se podendo garantir a manutenção da qualidade destes serviços (e nem sequer a AMB declarando que garantisse essa qualidade – justificando a “falácia” no referencial de preços das tabelas AMB). Ainda assim, os critérios para aprovação, em um caso, e reprovação da conduta, em outro, são, em princípio, os mesmos. Ambos baseavam-se na mera sugestão, sem previsão de qualquer meio de sanção ou imposição dos preços.

No entanto, enquanto o Conselheiro Xausa teria demonstrado (por meio de pareceres juntados aos autos) que não haveria uniformização de preços, a Conselheira Malard simplesmente considerou que a mera sugestão seria suficiente para a adoção uniformizada de preços por parte dos prestadores de serviços médicos ligados à AMB.

Ainda que discutíveis os critérios utilizados em ambos os casos ou que destacadas as patentes diferenças verificadas em cada um dos casos, uma certeza aflora desta análise: a necessidade de se analisar cada caso concreto indivi-

¹⁹ Voto no Processo Administrativo n.º 61/92, de 14 de fevereiro de 1996, representante: federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, Representada: Associação Médica Brasileira – AMB. In DOU de 28 de fevereiro de 1996, Seção I, p. 2850.

dualmente, com suas peculiaridades, não se podendo considerar a sugestão de preços como uma prática lícita per se, nem mesmo ilícita per se.

Justamente pela necessidade de análise do caso concreto, pretende-se, no próximo capítulo, analisar particularmente os critérios utilizados pelo Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa, no Processo Administrativo n.º 148/94, conhecido como caso “Kibon”.

Por fim, antes de prosseguir nesta análise, cumpre citar o voto vencido do Conselheiro Marcelo Calliari²⁰ em um caso muito semelhante, no qual este conselheiro acreditava justamente na necessidade de se buscar uma análise precisa do caso concreto, verificando-se suas peculiaridades, para enfim demonstrar se realmente haveria uma mera sugestão de preços, ou se tal sugestão não estaria envolta de demais artifícios para torná-la então obrigatória. Se não, vejamos:

“São portanto dois os pontos do Relator: não há obrigatoriedade no cumprimento dos preços fixados (não incidência do art. 21, XI) e não há posição dominante (não incidência do art. 20, IV)”(...)

*“Relativamente ao primeiro ponto, o Relator ressalta, como visto, o caráter não obrigatório do Manual. A fixação de preço de revenda – claramente reconhecida no Relatório, e constante do Capítulo IV do Manual, da ‘Política de Preços’, com itens como ‘Preço de Revenda do Distribuidor’ para linhas seca e congelada – seria neste caso equivalente a uma mera sugestão de preços. Em primeiro lugar, mesmo uma mera sugestão de preços pode sim ter o efeito de harmonização que reduza a concorrência e cause danos aos consumidores. Não é o caráter formalmente obrigatório ou não de uma ‘tabela que define se há infração. Recordo que o **caput** do artigo 20 trata de atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos previstos nos seus incisos. Neste sentido, independentemente de a Kibon ter a intenção de harmonizar preços, e mesmo que o Manual efetivamente não seja obrigatório, se gerar efeitos de aproximação entre os preços dos diversos distribuidores ele pode configurar sim integração nos termos do referido artigo’.*

Mas que isso, porém, não há como afirmar, dos autos, que os distribuidores têm real liberdade para seguir ou não a tabela definida pela Kibon. A

²⁰ Voto do Conselheiros Marcelo Calliari na Averiguação Preliminar n.º 08012.006744/97-16, de 10 de novembro de 1999, Representante: ABRADES – Associação Brasileira de Distribuidores Exclusivos de Sorvetes e Representada: Kibon S.A. / Kraft Suchard Brasil S.A. Vencidos os Conselheiros Marcelo Calliari e Ruy Santacruz. In DOU de 28 de janeiro de 2000, Seção 1, caderno eletrônico, p. 1.

‘majoração de preços, em desrespeito à tabela oficial vigente’ está prevista no Manual como irregularidade grave (fl....). Há ainda um sistema de pontos relativos à aferição de desempenho, pontos que são ganhos ou perdidos pelo distribuidor de acordo com seu comportamento em face do Manual. Não estão claras quais são as conseqüências reais da perda de pontos, mas é bastante razoável supor que gerem sim algum efeito sobre o pontuado – ou não faria muito sentido ter tal controle para começar.(...)

Assim, recapitulando:

- 1. A lei antitruste expressamente prevê fixação de preço de revenda ao distribuidor como possível infração à ordem econômica.*
- 2. Logo, para a lei, é possível que tal prática configura hipótese do artigo 20.*
- 3. Há indício de fixação de preço de revenda. Na verdade, com base no Manual do Distribuidor, há mais do que indícios, mas tal constatação não é necessária neste momento. A apuração mais detida da aplicação na prática do Manual é tarefa de processo administrativo.*

V. O caso Kibon

Demonstrados os conceitos de condutas colusivas verticais e, particularmente, demonstrados os entendimentos a respeito dos conceitos de “*Resale Price Maintenance*” e “*Suggested Retail Price*”, suas interpretações pelas cortes nacionais e estrangeiras, e suas principais diferenças, cumpre analisar agora o caso em concreto, verificando sua aplicação dos conceitos anteriormente verificados e outras questões de interesse do direito da concorrência.

Para tanto, pretende-se, primeiramente, tecer um breve relatório sobre o desenvolvimento de instrução do caso, destacando-se os posicionamentos dos pareceres das secretarias envolvidas na instrução e análise do caso, e da Procuradoria do CADE, antes de demonstrar o entendimento do Conselheiro Relator.

Por fim, pretende-se analisar o voto do Conselheiro Relator no presente caso, verificando certos pontos de argumentação potencialmente criticáveis do ponto de vista de análise do direito concorrencial, e principais preocupações na análise de futuros casos que possam ser enquadrados como casos de sugestão de preço de revenda.

1. Relatório do caso e pareceres das Secretarias e da Procuradoria do CADE

O Departamento de Proteção de Defesa Econômica (DPDE), órgão da Secretaria de Direito Econômico (SDE) responsável pela instauração e

instrução dos processos administrativos, dentre outras funções, instaurou, em 29 de abril de 1994, o Processo Administrativo 148/94, ainda com base na antiga lei n.º 8.168/91, em face das Indústrias Alimentícias Gerais S.A. (comumente conhecida como “Kibon”).

A instauração do processo administrativo decorreu em virtude de representação oferecida pelo Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e a Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, entendendo o DPDE, de acordo com a descrição da conduta da Kibon por parte das Representantes, que a adoção de tabelas de preços constituiriam conduta lesiva à concorrência, enquadrável no artigo 3º, incisos I, XV e XVI da referida lei, conforme anteriormente esclarecido.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda (MF) e responsável pela análise dos aspectos e efeitos econômicos das condutas concorrenciais, dentre outras funções, elaborou parecer técnico, datado de 17 de julho de 1995, concluindo que a fixação das listas de preço, **mesmo que sugestivas**, estabeleceriam uma padronização de comportamento por parte dos revendedores e distribuidores da Representada.

Para chegar a esta conclusão, a SEAE considerou os seguintes aspectos referentes ao mercado de sorvetes: (a) que o mercado estaria dividido em três segmentos: (i) de impulso, (ii) leve para casa; e (iii) granel, e que todos estes segmentos seriam concorrenciais; (b) que a Kibon apresentou comportamento declinante na quantidade de sorvetes vendidos entre 1992 e 1994, embora sua participação no mercado nacional, com base no faturamento, tenha aumentado no mesmo período (de 50% para 62%); (c) que o produto possuiria um alto grau de substitubilidade, por se tratar de um bem essencial, podendo ser facilmente substituído por outra “guloseima” (não apenas outra espécie de sorvetes, mais qualquer outro produto, caracterizável como “guloseima”).

Ficou claro, no decorrer da instrução do processo, com base em informações enviadas pelas próprias Representantes, que não havia qualquer espécie de contrato por parte dos fabricantes de sorvetes que obrigasse os estabelecimentos varejista a “**exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor**” e que “**ainda se não afixarem os preços comunicados pelos fabricantes, não sofrerão nenhuma retaliação por parte das indústrias**”²¹. Importante

²¹ Relatório do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa no Processo Administrativo n.º 148/94, de 1º de outubro de 1997, página 2, item 6, “a” e “b” – também constante no Parecer Técnico da SEAE, fls. 877 dos autos.

destacar, neste ponto de análise, que não somente os preços sugeridos não eram obrigatórios, como sequer a divulgação e exibição da tabela nos estabelecimentos dos revendedores e distribuidores era exigida ou obrigatória, não havendo nenhuma sanção ou retaliação no caso de sua não exibição.

Com base no Parecer Técnico da SEAE e com as demais informações coletadas durante a instrução do processo, a SDE concluiu que a conduta da Kibon seria danosa à concorrência, por atentar contra o processo concorrencial de formação de preços. A SDE toma como fundamentação a sua decisão o precedente do Processo Administrativo n.º 65/92 (já citado como jurisprudência acima), que, no entendimento da Secretaria, aplicar-se-ia rigorosamente ao caso.

A título informativo, importante destacar que, ao proferir seu parecer, a SDE, além de corroborar com o entendimento do DPDE e entender que a conduta configuraria uma infração à ordem econômica, com base nos artigos 20 e 21 da nova lei 8.884/94, também adotou Medida Preventiva (artigo 52 da Lei n.º 8.884/94²²), determinando a cessação da prática e estabelecendo uma multa diária pelo seu não cumprimento. A Representada interpôs Recurso Voluntário e conseguiu que o Conselheiro Relator desse provimento ao recurso, cassando a Medida Preventiva. No entanto, o Plenário do CADE limitou o efeito da Medida Preventiva em 90 dias.

Quanto ao parecer da Procuradoria do CADE, esta entendeu que a Kibon não teria infringido nenhuma norma da legislação antitruste pátria, não devendo ser condenada, justamente em decorrência dos fatos e das provas produzidas durante as investigações. E que, justamente, a analogia feita pela SDE com o caso das tabelas de honorários da AMB seria equivocada, pois, segundo a discutível argumentação da d. Procuradoria, a conduta da Kibon não poderia influenciar uma conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes,

²² “Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do Cade que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do Cade, sem efeito suspensivo.”

pois “[c]oncorrência entre categorias empresariais iguais ou entre indústrias do mesmo ramo ou entre revendedores e revendedores, não havendo que se falar em concorrência entre indústria e revendedor”. Comete aí um terrível equívoco a d. Procuradoria, por acreditar a um produtor não possa influenciar a adoção de conduta comercial uniforme de seus distribuidores, somente por não concorrer com estes. Ignora por completo toda a doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, e mesmo a redação de legislações anteriores que tratavam de direito da concorrência e consideravam explicitamente a imposição de preço de revenda como um ilícito. Chega ao absurdo de considerar a tipificação da conduta da Representada como um “*crime impossível*” por não concorrer com seus revendedores.

2. A argumentação de defesa da Representada

A defesa da Kibon respaldava-se basicamente em dois aspectos: 1) que a tabela seria meramente sugestiva, não havendo qualquer imposição de adoção dos preços sugeridos, nem mesmo sanção no caso de não adoção; e 2) que a tabela traria um aspecto positivo e pró-concorrencial, pois traria maior transparência ao consumidor sobre um preço de revenda razoável.

Para corroborar tal argumentação, a Representada juntou ainda conjunto de informações coletadas pela Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), relativas às listas de preços de sorvetes efetivamente praticados no período entre 1995 e 1996.

Adicionalmente, a Representada traz aos autos informações sobre a estrutura do mercado de sorvetes, considerando os sorvetes industriais e também os artesanais, com o intuito de contestar as participações elevadas de mercado verificadas pela SEAE.

Muitos das questões argumentadas pela Representada foram adotadas como fundamentações no voto do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa e, portanto, serão melhor analisadas e discutidas abaixo, quanto se tratar de discutir as argumentações utilizadas pelo Conselheiro em sua decisão. Porém, antecipando-se à análise do voto em concreto, pretende-se, antes, fazer um breve parêntesis para analisar uma questão trazida aos autos pela Representada, que pode auxiliar na compreensão de critérios válidos para a adoção de preços sugeridos como prática lícita no direito concorrencial. Trata-se da argumentação supra mencionada do caráter pró-competitivo da adoção de tabelas de sugestão de preços como indicador de preços, trazendo maior transparência ao consumidor sobre um preço de revenda razoável, diante de uma distribuição tão pulverizada.

Tal conceito foi recepcionado pelo voto do Conselheiro Xausa, ao afirmar que : “*Destarte, o conceito de suggested retail price que se aplica precisamente ao caso em tela, - além das considerações retro expostas, - assume importantes características de **ordem pedagógica** para o mercado, mediante a **informação** aos **consumidores** sobre os **preços justos**, e livre o varejista para decidir sobre o valor de seus produtos*” (Xausa, PA 148/94, p. 5) (grifos nossos).

Portanto, a sugestão de preços, além de suas características peculiares, como a não obrigatoriedade, também traria benefícios ao mercado e aos consumidores finais, por permitirem que estes tomassem conhecimento dos “preços justos”, o que não seria possível sem as tabelas em decorrência da grande dispersão de revendedores e distribuidores.

Este entendimento foi seguido em voto de vista pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro, que explicitamente afirmou: “*No que tange especificamente ao presente caso, entendo que a prática do chamado preço sugerido ao consumidor deve ser analisada tendo como pano de fundo uma **economia em processo de estabilização**, onde a **noção de preços relativos** apenas começa a ser novamente **aprendida** pela grande maioria dos consumidores, após um longo período de elevada inflação, tabelamento e controles artificiais de preço, durante o qual **perdeu-se a noção do valor relativo dos bens***”²³ (grifos nossos). Neste caso, o Conselheiro Renault Castro deixou clara a possibilidade de adoção de tal prática no caso de economias em processo de estabilização, na qual a noção de preços relativos teria se perdido e estaria ainda em processo de formação.

Este conceito pedagógico levantado por ambos os conselheiros mencionados, em suas particularidades, é conhecido como o problema da **dispersão de preços**, sendo considerado uma justificativa lícita para a adoção de tabelas de preços sugestivos para auxiliar os consumidores a terem conhecimento do valor dos preços relativos dos bens e serviços. Neste caso, torna-se importante conhecer o conceito de “dispersão de preços” e seus potenciais efeitos positivos e negativos.

²³ Voto de Vista do Conselheiro Renault de Freitas Castro no Processo Administrativo n.º 148/94 - Representante: Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo - Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. - IAG (KIBON), 1º de outubro de 1997

a) *A conceituação de “dispersão de preços” e seus efeitos*

A “dispersão de preços” pode causar prejuízos ao consumidor e ao sistema concorrencial, por meio de crises de superprodução ou preços supraconcorrenciais. A dispersão de preços se caracteriza pela existência de vendas dispersas, em regiões isoladas. Com isso, diferentes revendedores e distribuidores podem comercializar o mesmo produto com diferentes preços e margens de retorno por haver uma assimetria de informação no âmbito dos consumidores.

Neste caso, a indicação de preços aconselhados seria uma alternativa para eliminar essa assimetria de informações e traçar um certo parâmetro aos consumidores. Para tanto, o preço sugerido não deve ser obrigatório, isto é, não deve haver nenhuma espécie de sanção por parte do produtor, caso o revendedor decida por não praticar o preço sugerido.

Segundo Calixto Salomão (2003, p. 288), o “*fenômeno da dispersão de preços permite uma generalização a respeito da troca de informações entre concorrentes*”. Haveria, portanto, possibilidade de facilitação à formação e manutenção de um cartel. Entretanto, Salomão (2003, p. 288) afirma que “[e]la só será permitida quando puder ser individuada como uma forma de construção de um mercado, e não como um meio de cartelização”, que ocorreria justamente no caso da dispersão de preços. Neste caso, existem vários mercados geograficamente separados, atuando quase como monopolistas.

Importante notar que, para que tal prática atinja justamente este caráter “pedagógico” de informação dos consumidores sobre o valor relativo dos bens e serviços nos casos em que diferentes revendedores e distribuidores podem comercializar o mesmo produto e oferecer o mesmo serviço com diferentes preços e margens de retorno, em decorrência de uma assimetria de informação por parte dos consumidores, é fundamental a fixação da tabela de preços sugeridos seja afixada em todos os estabelecimentos. Caso contrário, se apenas alguns estabelecimentos afixarem a tabela, enquanto outros não afixarem, estes últimos não estarão orientando os consumidores sobre o valor relativo dos bens e, portanto, a conduta não trará seu aspecto positivo, apenas trazendo outros aspectos negativos, como se verá a seguir.

Cabe aqui ressaltar, conforme já mencionado anteriormente, que no presente caso, as próprias Representantes afirmaram categoricamente nos autos do processo que “*não existe por parte dos fabricantes de sorvetes nenhum tipo de contrato ou acordo que obrigue os estabelecimentos varejistas a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor*” e que “*ainda*

se não afixarem os preços comunicados pelos fabricantes, não sofrerão nenhuma retaliação por parte das indústrias” (PA 148/94, p. 877 dos autos).

3. A argumentação do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa

A crítica a esse caso decorre diretamente de algumas afirmativas exaradas no voto do Conselheiro Relator Xausa. A presente sugestão teria seus pontos positivos eliminados, quando necessários, mantendo-se apenas os pontos negativos de conluio entre concorrentes. Pretende-se, nos parágrafos seguintes, analisar ponto a ponto essas questões duvidosas.

O Conselheiro Xausa afirma em seu voto que o mercado relevante de sorvetes apresentaria alguns elementos estruturais discutíveis, se não, vejamos:

Primeiramente, considera que o mercado relevante seria **relativamente desconcentrado**, por considerar os produtores artesanais como participantes deste mercado. Essa interpretação está em desacordo com a interpretação exarada pela própria SEAE no presente caso, bem como com a interpretação recente do conselho do CADE (particularmente com a interpretação dominante exarada no caso Nestlé/Garoto²⁴). Portanto, a participação de 15%, seguida pela participação da Nestlé em 5,6%, estaria sendo diluída por supostos participantes do mercado, os produtores artesanais (a própria SEAE, no presente caso, estimou a participação da Kibon em 50% em 1992 e 62% em 1994) (Xausa, Relatório do PA 148/94, p. 1, item 5).

Adicionalmente, o conselheiro relator considera um “*alto grau de substitubilidade*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5), desconsiderando a seguimentação feita pela SEAE de produtos “*de impulso*”, “*leve para casa*” e “*granel*” (Xausa, Relatório do PA 148/94, p. 1, item 5). O conselheiro até admite a possibilidade de diferenciação de produtos, mas desconsidera a possibilidade de poder de mercado em cada diferenciação, pois o mercado seria “*preenchido por tantos produtos que no limite, a possibilidade de substituição é quase perfeita*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5).

Considera não haver possibilidade de manipulação por considerar que o produto sorvete seria supérfluo. Porém, não é a essencialidade do produto a única vertente que explica a elasticidade da demanda do produto. Um bem supérfluo pode apresentar uma curva mais inelástica de demanda, podendo, ainda que dentro de certo limite, manipular o consumo. Essa limitação seria suficiente.

²⁴ Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade.

Desconsidera a problemática da assimetria de informações por parte dos consumidores ao afirmar ser possível identificar o “*preço que equilibra oferta e demanda*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5).

Apesar de afirmar que as barreiras à entrada são pouco significativas, completa afirmando o problema principal em questão: “*As barreiras estão mais associadas à importância da marca e da extensão das redes de distribuição*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5). Logo, apesar da produção de sorvete, de fato, exigir investimentos irrisórios, a entrada no mercado está condicionada a altos investimentos em propaganda, para fortalecer uma marca, e a altos investimentos em redes de distribuição, controladas pelos grandes concorrentes.

Ora, neste caso o Conselheiro Relator desconsidera os principais custos nos quais incorrem as empresas no momento da entrada: justamente o custo de propaganda, ainda mais em um mercado destacado pela importância da marca na concorrência; e os custos de implantação de uma rede de distribuição, ainda mais em um mercado caracterizado pela sua distribuição extremamente pulverizada e em se tratando de bem perecível, que requer transporte por meio de caminhões frigoríficos especiais, para evitar o descongelamento da carga.

Sem falar no patente poder de mercado (ainda que local) dos distribuidores, agravado pela distribuição pulverizada do produto e pela caracterização de baixa concorrência nesses mercados, só eleva a possibilidade do distribuidor em abusar de seu poder para adotar preços bem acima dos preços sugeridos (ainda mais que os preços são meramente sugeridos e que nem sequer há obrigatoriedade de afixar as tabelas aos consumidores). O próprio conselheiro Xausa afirma em seu voto que: “*É certo que o mercado em que se inserem as firmas varejistas é pulverizado, bem como de livre entrada. Mas também é certo que estas firmas (padarias, drug-stores, lojas de conveniência, etc.), tem relativo poder de mercado em função da localização (ex: padaria do bairro), da aparência (lojas mais sofisticadas versus lojas mais populares), e mesmo do conforto dos consumidores, que tem como exemplo conpiscuo a venda de sorvetes por ambulantes em locais de lazer. Como no monopólio ou no oligopólio, a empresa, neste ambiente (de concorrência monopolística), se defronta, embora em menor grau, com a possibilidade de aferir lucros extraordinários*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 7) (grifos nossos).

O Conselheiro afirma ainda que “*em tese, o varejista tem a liberdade de aumentar o preço na mesma proporção do custo de transporte mínimo que o consumidor deverá arcar caso deseje comprar o produto em outro*

ponto” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 8) (desconsidera a assimetria de informação inerente ao presente caso. Supões que “a margem de lucro do revendedor engloba o custo de transporte potencial do cliente”. Admite ainda que seria “*possível que o varejista tenha uma liberdade ainda maior, devido à pouca importância deste produto no orçamento do consumidor e devido ao custo de tempo inerente à opção alternativa de compra em outro local*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 8) (nitidamente se contradizendo quanto à possibilidade de aumento de preços, na qual afirmou anteriormente que os revendedores teriam tal poder).

Para tentar corroborar com sua argumentação falha e contraditória, o Conselheiro cita ainda “*estudo empírico das dispersões dos preços no mercado de sorvetes realizado pelo Ilustre Patrono da Representada com base em informações oficiais da SUNAB*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 9). No entanto, o estudo permite ao Conselheiro afirmar apenas que “*a partir das informações contidas em pesquisa da SUNAB significativa dispersão dos preços médios praticados no mercado relevante de sorvetes*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 9). Até então, de acordo com nossa premissa de que há dispersão de preços, porém sem afastar nossa tese de se poder admitir que tal instrumento de sugestão de preços não possa trazer prejuízos. A dispersão simplesmente demonstra que o preço sugerido não está sendo seguido, logo, que não haveria uma fixação de preços absoluta (isto é, uma fixação exata do preço a ser adotado). Mas nada indica que esta sugestão de preços, corroborada justamente por esta dispersão, não estaria na verdade demonstrando uma fixação de preços **mínimos** adotados, caso tal estudo demonstre que, em uma amostra estatisticamente relevante, os resultados demonstrem um grau de variância tendente acima do preço sugerido.

Porém, ainda assim, o Conselheiro segue, afirmando que “*Mais ainda, a aparente ausência de correlação entre a sugestão de preços e uniformização de preços comprova-se ao se verificar o comportamento dos preços de alguns produtos negociados nos mesmos estabelecimentos cujos fabricantes optaram por não usar tabelas*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 10). No caso, a Representada optou por comparar o produto sorvete com iogurte, comprovando que a dispersão de preços para o iogurte não difere significativamente daquela associada ao sorvete. Porém, a inexistência de correlação não implica em verificação de preços abaixo dos preços sugeridos. A grande questão está exatamente na verificação se, de fato, algum revendedor pratica preços abaixo dos preços sugeridos, verificando-se, assim, real concorrência entre revendedores, e não facilitação por meio da utilização da tabela para restrição da concorrência entre revendedores, influenciando-se, assim, a prática de

preço mínimo de revenda. Faltam dados sobre o estudo da SUNAB para comprovar nossa tese e desqualificar totalmente estes argumentos do Conselheiro Relator.

Em outro aspecto da análise crítica do referido voto, cumpre destacar trecho no qual o ilmo Conselheiro ainda afirma que: “*Pode-se argumentar que em situações em que o produtor se depara com uma demanda extremamente sensível a aumentos de preços, ao passo em que o revendedor tem um grau de liberdade maior para fixá-los, motiva-se a imposição de tabelas com preços menores que os praticados, com a intenção de se transferir os sobrelucros de um segmento para outro*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 12).

Porém, a grande problemática reside justamente na não obrigatoriedade não apenas de se seguir a tabela sugerida, como de sequer utilizada e deixá-la à vista do consumidor. Isto fica patente na já anteriormente mencionada manifestação das Representadas nos autos, na qual estas afirmam que “*não existe por parte dos fabricantes de sorvetes nenhum tipo de contrato ou acordo que obrigue os estabelecimentos varejistas a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor*” e que “*ainda se não afixarem os preços comunicados pelos fabricantes, não sofrerão nenhuma retaliação por parte das indústrias*” (PA 148/94, fls. 877 dos autos).

Com isso, os locais nos quais realmente “*o revendedor tem um grau de liberdade maior para fixá-los*”, estes mesmo não teriam o incentivo de utilizar as tabelas. Enquanto, naqueles que não teriam esse grau de liberdade, por sofrerem maior concorrência local, estar-se-ia propiciando e facilitando o conluio entre estes concorrentes no mercado revendedor, ao deixá-los praticamente com um preço mínimo de revenda, já que estes não teriam interesse de baixar os preços, por não terem lógica econômica para tanto.

O ilmo. Conselheiro ainda destaca em seu voto “*a importância da concorrência inter-marcas neste segmento, isto é, a concorrência com o mesmo tipo de produto, que embora não seja homogêneo apresenta alto grau de substitubilidade, entre as várias marcas (Ex: sorvete de creme da Kibon, Yopa, Gellato, etc.)*” (PA 148/94, p. 3, Item 15).

O que se verifica, na verdade, é exatamente o contrário: trata-se de um oligopólio (atualmente um duopólio) no mercado de sorvetes (muito semelhante ao duopólio verificado no mercado de chocolates no caso Nestlé/Garoto²⁵). Neste

²⁵ Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade.

caso, não apenas a tabela traria os problemas levantados na concorrência intramarca, mas também traria efeitos negativos na concorrência intermarcas, permitindo-se, assim, a possibilidade de conluio entre os dois principais concorrentes.

Para tanto, cabe lembrar os problemas levantados anteriormente no caso de oligopólios. Diante da pouca elasticidade da curva da demanda, possibilidade de alteração sempre no sentido de aumentar preços (redução de preços não leva a um aumento de participação de mercado que leve, conseqüentemente, a um aumento de faturamento. Logo, a única conseqüência seria a perda de lucratividade). O incentivo, portanto, seria o contrário, para um aumento paralelo e progressivo de preços (*price leadership*). “*Não há incentivo para que qualquer dos membros reduza seus preços, pois sabe que seu comportamento será prontamente acompanhado pelos outros participantes no mercado. Em conseqüência, ele não ganhará qualquer espaço no mercado. A única conseqüência será a perda de lucratividade para todos. O incentivo é, portanto, ao contrário, para um aumento paralelo e progressivo de preços, seguido o comando (price leadership) de algum dos componentes do monopólio*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 280, grifos nossos).

Não precisa nem sequer ser verificado o conluio expresso entre os concorrentes. O paralelismo pode se apresentar sem o acordo expresso: “... *in some circumstances competing sellers might be able to coordinate their pricing without conspiring in the usual sense of the term – that is, without any overt or detectable acts of communication. This is the phenomenon that lawyers call “conscious parallelism” and some economists term “oligopolistic interdependence”, but which I prefer to call “tacit collusion” in contrast to the explicit collusion of the formal cartel or its underground counterpart*” (POSNER, 2001, p. 52 e 53).

Importante destacar ainda a questão de relevância para a análise concorrencial, em particular do caso em concreto, que se verifica na questão factual do desaparecimento, ou pelo menos enfraquecimento, da competição de preços (intermarca) por meio da diferenciação de produtos. Isto decorre da análise de mercados oligopolizados, nos quais, cada agente econômico tenta aumentar seu poder de mercado por meio da diferenciação de produtos heterogêneos, seja pela melhoria da qualidade, ou oferecimento de serviços diferenciados. Assim, o agente, dentro de um mercado oligopolizado, consegue criar um “mini-monopólio”, dentro de seu próprio “mercado”. “*Em um mercado em que os bens são perfeitamente substituíveis a ordem natural das coisas cuida da padronização. O acordo entre os oligopolistas pode, então, limitar-se à fixação de preços. Inversamente, quanto mais heterogêneos forem os pro-*

mentos, mais complexo deve ser o acordo, e menos provável seu cumprimento. Portanto, é mais provável que os oligopolistas, caso queiram realmente aumentar seu poder de mercado, seja obrigados a partir para uma padronização de condições de venda e produção bastante explícita que acabe por caracterizar o acordo expresso” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 282).

Ora, os produtos dos dois principais concorrentes (Kibon e Nestlé) já se apresentam, dentro de suas próprias diferenciações, com muitas semelhanças (iludindo-se uma concorrência dentro das diferenciações de produto). No entanto, essa concorrência se perde justamente na existência de tabelas sugestivas, nas quais ambas as empresas poderiam manter o controle do comportamento do concorrente, tomando conhecimento sobre os preços utilizados, sendo este um meio de “*facilitar o comportamento paralelo entre concorrentes*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 276). A Suprema Corte norte-americana já decidiu sobre casos semelhantes, nos quais concorrentes utilizavam-se de mecanismos para coletar e disseminar informações detalhadas sobre preços (*American Column and Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377. 1921; e *Flooring Manufacturers Association v. United States*, 268 U.S. 563. 1925).

Ainda que, no entanto, não tenham um poder de resposta tão imediato, em decorrência da necessidade de emissão de novas tabelas, acompanhando as alterações do concorrente, a prática das tabelas sugestivas de preço nos parece ser uma prática mais segura para manutenção de um comportamento concertado entre concorrentes do que um acordo expresso de preços.

Ainda assim, trata-se de um mercado com grande alteração sazonal, na qual os agentes econômicos atuantes neste mercado já têm conhecimento dessas características, podendo-se prever ao menos quais são as condutas costumeiras dos principais concorrentes, ainda que não se possa admitir qual será o montante de alteração, restringindo-se a sua direção (aumento de preços ou redução de preços);

Por fim, diante de todo o acima exposto, equivocou-se o Conselheiro Renault de Freitas Castro ao afirmar, em seu voto de vista: “*O notável cuidado demonstrado pelo ilustre Relator em sua criteriosa análise, que considerou desde as condições estruturais do mercado relevante, passando pelo exame das relações contratuais envolvidas e indo até o estudo do comportamento dos preços e da concorrência intermarcas, permitiu que ele chegasse à conclusão de que seria virtualmente impossível que a Kibon conseguisse impor preços mediante tabela*” (Renault de Freitas Castro, Voto de Vista no PA 148/94) (grifos nossos). Conforme já exaustivamente demonstrado, apesar do notável cuidado do Conselheiro Xausa, algumas presunções essenci-

ais para a fundamentação da decisão ora em análise trazem grandes dúvidas e discordâncias. As condições de mercado não seriam tão benéficas à concorrência, como presumiu o Conselheiro, ao considerar um mercado altamente competitivo, e não um oligopólio. O mercado relevante foi altamente pulverizado pela participação de inúmeros produtores artesanais (em desacordo com o entendimento da SEAE neste caso, e do atual entendimento do Plenário do CADE, conforme demonstrado). Considerou ainda que haveria substancial concorrência entre os principais concorrentes (o que é duvidoso no caso de um oligopólio, ou mesmo de um duopólio). Não levou em consideração a real relação contratual entre as partes, na qual havia omissão da obrigatoriedade na afixação da tabela de preços sugeridos (eliminando, assim, o principal aspecto positivo de toda a questão sobre sugestão de preços – o aspecto pedagógico). Por fim, utilizou-se de estudo apresentado pelas Representadas, do qual não permite concluir que a dispersão de preços não tenha sido simplesmente para acima do preço sugerido, o que não configuraria como uma fixação de preços, mas como uma fixação de preços mínimos.

Em resumo, foram as seguintes presunções que fundamentaram a decisão do referido processo e são justamente as mesmas seguintes presunções que são altamente discutíveis: (a) participação diluída de mercado dos produtores; (b) desconsideração do poder de mercado (monopólio) geograficamente localizado dos distribuidores; (c) desconsideração da elasticidade do mercado de sorvetes, apenas por se considerar como bens não essenciais (bens supérfluos); (d) importância da concorrência intermarca, sem levar em consideração a existência de um oligopólio (hoje duopólio); (e) distinção entre fixação e sugestão estaria no poder de mercado. Porém, desconsidera a possibilidade de poder de mercado das empresas Kibon e Nestlé; (f) Apesar de considerar a diferenciação de produtos (que traria maior poder aos produtores), não leva em consideração a peculiaridade do mercado, ao apresentar em sua diferenciação produtos muito semelhantes (que, a priori, seria benéfica a concorrência, pois diluiria justamente esse poder); (g) Porém, novamente desconsidera que a existência da tabela de preços sugeridos e, principalmente, em decorrência da não obrigatoriedade de sua fixação em todos os revendedores, elimina essa concorrência entre produtos semelhantes.

VI. Conclusão

O presente trabalho tem por objetivo simplesmente analisar os conceitos de “*Resale Price Maintenance*” e “*Suggested Retail Price*”, dentro de uma gama de condutas colusivas verticais, e verificar sua aplicação em julgados

nacionais e estrangeiros. Com base nestas definições e auxiliando-se nas jurisprudências identificadas, pretendia-se analisar a aplicação de tais conceitos em um caso concreto. O caso escolhido foi justamente o caso paradigmático no direito pátrio sobre a adoção e conceituação de sugestão de preço de revenda no direito brasileiro.

Importante salientar que não se trata de uma crítica à decisão tomada pelos membros do Plenário do Cade, muito menos considerar como equivocadas as presunções e fundamentos utilizados no caso. Pretendia-se, ao contrário, identificar a problemática existente na aplicação prática de conceitos teóricos e na verificação exata dos conceitos necessários para sua aplicação em um caso concreto.

Como se pode verificar, a aplicação do conceito de sugestão de preços à luz da regra da razão, e a verificação de estruturas de mercado e negociais suficientes para que a referida conduta não se configure como infração à ordem econômica e à livre concorrência, é de extrema complexidade e de difícil análise (subsistindo aqui, mais uma vez, a importância da consideração da análise sobre à luz da regra da razão, em detrimento de uma irracional definição de uma conduta ilícita *per se*).

Em um caso de suma complexidade, é muito importante tomar-se cuidado com as presunções e conclusões tiradas de questões altamente duvidosas e de ainda maior complexidade para sua identificação. Conclui-se, portanto, que, não apenas na análise de condutas colusivas verticais de preços sugeridos, mas na análise de quaisquer condutas potencialmente infrativas à ordem econômica, a análise jurídica e econômica dos fatos e situações é de suma importância para a verificação da verdade nos autos.

VII. Bibliografia

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.

CARSTENSEN, Peter C. *The competitive dynamics of distribution restraints: efficiency versus rent seeking*. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, editores CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e VAN DEN BERGH, Roger. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2002.

CUCINOTTA, Antonio. *The vertical price fixing controversy*. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, editores CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e VAN DEN BERGH, Roger. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2002.

EUROPEAN UNION. European Commission. Directorate General for Competition. “*Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*”. Disponível em: <<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>>

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamento do Antitruste*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da Concorrência: case law*. São Paulo: Editora Singular, 2000.

GONÇALVES, Priscila Brólio, *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Editora Singular, 2002.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994.

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

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: the University of Chicago Press, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

STEINER, Robert L. *Cooperation, competition and collusion among firms at sucessive stages*. *In Post-Chigaco Developments in Antitrust Law*, editores CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e VAN DEN BERGH, Roger. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2002.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*”. 7ª reimpressão. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1998.

SULLIVAN, Lawrence Anthony e GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2000.

TOM, Willard K. “*Vertical Price Restraints*”. palestra proferida em 07 de abril de 1994, na cidade de Washington, D.C., perante a American Bar Association,

Section of Antitrust Law. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/94-04-06.htm>>

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. E HARRINGTON, Jr., Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*, 2^a ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.