

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E O ROBINSON-PATMAN ACT

*João Paulo G. Leal **

“The Robinson-Patman Act can be understood as an attempt to regulate competitive practices in the spirit of Gardiner Means’ compromise: to balance the interests of sellers and buyers by mimicking the price mechanism.” (Peritz)

Introdução

A proibição legal à discriminação de preços, nos termos do Robinson-Patman Act, é ponto bastante controverso em matéria de defesa da concorrência. Peritz, por exemplo, assim como outros autores associam suas contradições à sua origem histórica, quando os Estados Unidos da América atravessavam a Grande Depressão e havia forte pressão deflacionista acirrada pela competição entre pequenos e grandes atacadistas e varejistas.

A discriminação de preços pode ser considerada tão inerente às relações de mercado quanto possivelmente inócua para a concorrência, se vista sob sua forma mais ordinária, por exemplo, simplesmente como o desconto negociado entre vendedor e comprador. Porém, a prática encerra efeitos negativos para os consumidores, pois permite ao vendedor, sob certas condições, comercializar o produto pelo valor máximo que cada consumidor aceita pagar.

A discriminação de preços é uma forma de exercício de poder de mercado. Empresas diversificadas, em termos de produtos e/ou mercados geográficos de atuação, podem realizar vendas de determinado produto para certa localidade a preços mais baixos, como forma de elevar sua participação de mercado ou de qualquer modo prejudicar empresas com atuação restrita ou centralizada naquele produto/região. Todavia, não é trivial discernir entre a prática que visa eliminar a concorrência e a redução do preço motivada pela mais acirrada competição encontrada em determinados mercados.

Enfim, esses pontos são apenas exemplos que não fazem jus à controvérsia que cerca a discriminação de preços. A análise dessa prática, feita nos próximos itens, tampouco se pretende exaustiva. Os itens 1 e 2 abaixo propõem distinguir a prática por seus efeitos: sobre os consumidores (diretos)

* Economista da Edgard Pereira & Associados. As opiniões expressas aqui são de responsabilidade do autor.

e sobre a concorrência (indiretamente sobre os consumidores). São diferenças de abordagem, que correspondem aproximadamente às formas de tratamento conferidas pela economia e pelo direito à concorrência de preços.

Como visto no item I abaixo, a discriminação de preços resulta em uma transferência de renda dos consumidores para os produtores, mas esse efeito negativo, sob determinadas circunstâncias e dependendo do referencial que se adote, pode ser parcialmente compensado por um aumento de eficiência na produção pela melhor ocupação dos recursos empregados.

No item II, as atenções são voltadas para a análise mais tipicamente concorrencial da discriminação de preços. Nesse âmbito a prática pode ser distinguida mais uma vez, agora segundo as relações de concorrência que são afetadas pela discriminação. Passa-se na seqüência aos principais pontos do Robinson-Patman Act: o que é discriminar preços, como são identificados os prejuízos à competição causados, sob que condições a prática pode ser considerada lícita, entre outros.

Por fim, no item III busca-se sintetizar algumas das principais considerações detalhadas nos itens anteriores.

I.A discriminação de preços e seus efeitos (diretos) sobre os consumidores

Discriminar preços é cobrar pelo mesmo produto preços diferentes – essa pode ser tida como uma definição provisória, a ser qualificada adiante. Neste item são apresentadas quais condições devem estar presentes para que certa empresa possa discriminar preços; que tipos existem de discriminação e quais seus efeitos sobre os consumidores.

I.1. Condições para a Discriminação de Preços e sua Classificação

A discriminação de preços, tal como definida no parágrafo anterior, representa o afastamento do preço competitivo.

Em concorrência perfeita¹, a disputa travada entre cada um dos inúmeros ofertantes faz com que o preço praticado – igual para todos – caia até o mínimo possível, de forma que o lucro auferido nessas condições seja estrita-

¹ As características do modelo de concorrência perfeita e a determinação do preço nesses mercados são analisadas em detalhe, por exemplo, em **Varian** (1994). Para uma síntese, sugere-se a leitura do capítulo 1 de **Areeda e Kaplow** (1997) e **Santacruz** (2002).

mente o lucro normal ou lucro mínimo (e ao preço competitivo seja contraposto o preço ou lucro supranormal). Assim, o ato de discriminar preços requer a existência de poder de mercado (em maior ou menor grau), como definido por Landes e Posner (1981) no sentido da capacidade para impor preço superior ao competitivo.

E essa não é a única condição necessária para a viabilidade da prática. É necessário também que os consumidores não tenham ciência da discriminação ou não tenham a possibilidade de revender o produto comercializado (arbitragem dos preços maior e menor). À guisa de ilustração, tome-se o caso de uma commodity, isto é, de um produto homogêneo (em geral um produto primário agrícola, como café ou soja, ou um produto mineral, como ouro, alumínio, entre outros), com cotação em bolsa de valores. A discriminação de preços, vale dizer, a comercialização do produto a preço diferente da cotação em bolsa, é pouco provável ou até mesmo impossível. A venda a um preço maior é impossibilitada, pois a cotação é uma informação pública facilmente acessível ao comprador. E a venda da commodity a um preço menor que o da cotação é igualmente improvável, pois haveria sua revenda pelo comprador.

Por fim, há uma terceira condição para a discriminação de preços: quem a pratica deve identificar os consumidores (ou grupos de consumidores) dispostos a pagar preços mais elevados. Reconhecer as características dos consumidores e fixar preços em função delas não é uma questão trivial.

Dependendo da capacidade do ofertante do produto de discriminar seu preço, há diferentes tipos de discriminação: perfeita ou de primeiro grau, de segundo grau e de terceiro grau.

A discriminação perfeita ocorre quando o preço de venda é estabelecido diferentemente para cada transação em particular. Alguns autores explicita ou implicitamente afirmam que esse tipo de discriminação é incomum. Para Scherer e Ross (1990:491), “[e]xamples included the typical pricing practice in Middle Eastern bazaars and the sale at retail of most new and used cars”. Para Carlton e Perloff (1994:442), “[b]ecause perfect price discrimination requires detailed knowledge about individual buyers, it is more likely to occur (or be attempted) when one-on-one bargain occurs. For example, a car salesperson may ask potential buyers about their jobs, where they live, and where else they have shopped in an effort to estimate the maximum they are likely to spend”.

Parece, entretanto, que tal prática não é atípica. Ao contrário, é até mesmo inerente a muitas das transações realizadas cotidianamente. Considere-se como exemplo a venda de um bem de consumo qualquer. Os consumidores estão dispostos a pagar preços diferentes para adquirir uma unidade de determinado produto (o chamado preço de reserva), porém, como não se sabe que

preços são esses, o produto é vendido a um preço único. Diferentemente do que pode ocorrer em uma pequena loja, em que, embora o preço do produto esteja afixado, o vendedor negocia diretamente um “desconto” com cada cliente individual. Do mesmo modo ocorre nas transações entre empresas: aos compradores interessa, em primeiro lugar, pagar um preço baixo, mas também obter uma “vantagem” em relação ao concorrente que adquiri o produto junto ao mesmo fornecedor.

Não cabe aqui uma “tipologia das transações”. É certo, porém, que há um grande número de produtos “de prateleira”, que são vendidos a um grande número de compradores, cujas transações não podem ser, portanto, particularizadas, como também há um grande número de transações que comportam esse tipo de barganha ou negociação individual, que está por trás da discriminação perfeita de preços.

A discriminação de segundo grau é similar à perfeita: os consumidores não são individualizados, mas, ao atender determinado critério estabelecido pelo vendedor, fazem face a preços diferentes. Nesse caso, o preço unitário é diferente, mas essa diferença não foi estabelecida em barganha individual com o comprador, mas por algum critério objetivo. O exemplo mais trivial é o de preços diferentes de acordo com as quantidades adquiridas.

Por fim, a discriminação de terceiro grau ocorre quando o vendedor é capaz de segmentar o mercado em diferentes grupos de consumidores independentes e para cada grupo é praticado um mesmo e único preço. Exemplos: a segmentação por faixa etária na venda de ingressos para o cinema ou segundo a destinação geográfica da mercadoria². Nesses casos é especialmente importante a possibilidade de prevenção da arbitragem de preços pelos consumidores.

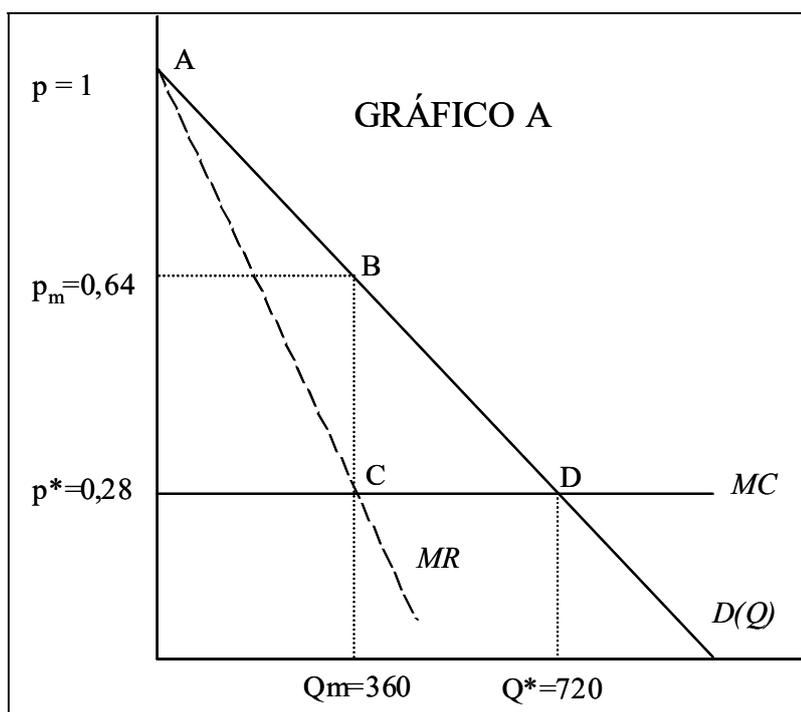
De acordo com o tipo de diferenciação de preços conseguida, é maior ou menor seu efeito negativo em termos de bem-estar do consumidor. A situação-limite, detalhada a seguir, é dada pela discriminação perfeita.

1.2. Efeitos Distributivos e Alocativos da Discriminação de Preços

² “U.S. airlines’ requirement that trips span Saturday night to qualify for bargain fares, for instance, is an attempt to separate business travelers from vacationers and person on family business, many of whom would not travel if they had to pay full fares. Similarly, lower prices are charged for children’s haircuts (despite the higher labor input to shear a wiggling object) because of stronger do-it-yourself competition.” (Scherer e Ross, 1990:493)

A primeira (e, de certo modo, a única) motivação para a discriminação de preços é o aumento dos lucros.

Considere o gráfico abaixo (uma adaptação da ilustração de Carlton e Perloff, 1994:438-441). O gráfico A representa a situação de uma empresa monopolista praticando preço indiferenciado. A curva de demanda é $D(Q)$, a receita marginal é MR e o custo médio e marginal é MC . Sem discriminação, o preço praticado é \$ 0,64, e a quantidade vendida, $Q_m = 360$ (receita marginal = custo marginal = 0,28). O lucro total auferido é igual à área do retângulo (p_mBCp^*), isto é, \$ 129,60.



Suponha agora que a empresa seja capaz de realizar uma discriminação perfeita. Há interesse em produzir e vender tudo que for possível desde que a um preço que iguale o custo marginal (0,28), igual ao custo médio, por hipótese. Ocorre que, com a discriminação, a empresa é capaz de praticar, para cada unidade comercializada, o preço máximo dado pela curva de demanda: a 1ª unidade foi vendida a \$ 1, a 360ª a \$ 0,64 e assim sucessivamente até a 720ª a \$ 0,28 (ou seja, o segmento AD da curva de demanda).

O crescimento do lucro que há com a discriminação de preços dá-se, em parte, pela redução do excedente dos consumidores. O lucro total auferido antes da discriminação, que era igual a \$ 129,60, passou a \$ 259,20 (igual à área ADp^*), sendo comercializadas 720 unidades do produto. O excedente do consumidor, por sua vez, caiu a zero.

O excedente do consumidor nada mais é do que a diferença entre o que cada consumidor individualmente considerado está disposto a pagar pelo produto e o que é efetivamente pago. A um preço uniforme, alguns consumidores adquirirão o produto pagando menos do que se dispunham a gastar. Outros consumidores não comprarão o produto ou restringirão a quantidade a ser adquirida. Com a discriminação perfeita, ocorre é a “personalização” dos preços de venda e, com isso, a diminuição ou eliminação do excedente do consumidor.

Voltando ao gráfico acima, o excedente do consumidor obtido na situação sem discriminação de preços é igual à área ABp_m (= \$ 64,80): alguns dos consumidores estavam dispostos a pagar mais do que \$ 0,64, mas sem a discriminação de preços pagaram esse valor por cada uma das 360 unidades adquiridas (apropriaram-se desse excedente).

Portanto, uma das principais conseqüências da discriminação de preços é a redução do excedente dos consumidores, isto é, há um efeito distributivo em favor da(s) empresa(s) que a pratica(m) em detrimento dos compradores ou consumidores.

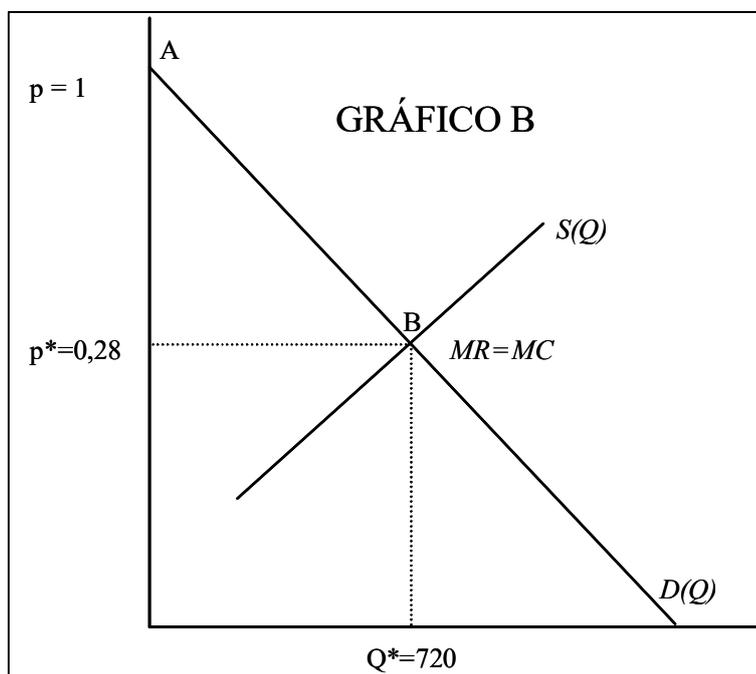
Mas essa situação é necessariamente a pior? A resposta depende da situação inicial da qual se parte. Considere, para efeito de comparação, a situação que prevaleceria em concorrência perfeita. Nesse caso, conforme mostra o gráfico B, a quantidade comercializada seria igual a $Q_m = 720$ [igualando oferta $S(Q)$ e a demanda $D(Q)$, ao preço de equilíbrio $p^* = \$0,28$] e o excedente do consumidor seria igual a \$ 259,20 (área ABp^*).

Assim, em relação à situação de concorrência perfeita, a discriminação de preços resulta em perda de renda dos consumidores (a eliminação total do excedente dos consumidores no caso da discriminação perfeita), mantendo inalterada a quantidade transacionada. Há um efeito negativo de distribuição de renda dos consumidores para os produtores³.

Já com relação à situação de monopólio sem discriminação, ao mesmo tempo em que a discriminação perfeita de preços resulta na apropriação de todo o excedente do consumidor e, portanto, no efeito negativo sobre a distribuição de renda, a conduta leva à expansão das quantidades produzidas e vendidas e, conseqüentemente, tem um efeito alocativo positivo: os recursos

³ “There is no ambiguity about the welfare effects of perfect price discrimination. Output is at the efficient, competitive level, but consumers are poorer than they are under competition; therefore, perfect price discrimination does not distort efficiency but does affect the distribution income.” (Carlton e Perloff, 1994:448)

imobilizados na fabricação do produto são mais plenamente utilizados com a maior ocupação da capacidade produtiva instalada⁴.



Discriminação de Preços Perfeita e o Excedente do Consumidor			
	Con- corrência Perfeita	Mono- pólio sem Dis- criminação	Mo- nopólio com Discriminação
Preço	0,28	0,64	0,28
Quanti- dade Total	720	360	720
Exceden- te do Consumidor	259,20	64,80	0

Em suma, a discriminação de preços requer a existência de poder de mercado e sua efetivação resulta no aumento dos lucros e na redução ou completa eliminação do excedente dos consumidores. Há necessariamente um e-

⁴ “First- or second-degree discrimination usually leads to larger outputs than under simple monopoly, and from to lower dead-weight losses and improved allocative efficiency.” (Scherer e Ross, 1990:495) Deve-se notar, embora não caiba aqui desenvolver o argumento, que essa ambigüidade, mesmo com relação à concorrência perfeita, pode ser significativamente acentuada se os custos de produção não forem constantes, mas decrescentes.

feito distributivo negativo com decorrência da discriminação de preços. Porém, se a estrutura de oferta, antes da discriminação, é bastante concentrada, a discriminação pode implicar ampliação da produção e, portanto, em aumento de eficiência alocativa, compensando parcialmente o efeito distributivo que traz.

II.A discriminação de preços e a concorrência

A discriminação de preços tem distintas definições econômica e legal: na teoria econômica, a discriminação de preços ocorre quando os preços de venda não guardam relação com o custo do produto comercializado, ao passo que, legalmente, conforme interpretação da Suprema Corte norte-americana, discriminar preços é simplesmente vender o mesmo produto a preços diferentes⁵.

Essas diferentes definições podem ser associadas aos efeitos da discriminação sobre os consumidores e a concorrência, respectivamente. No sentido econômico, para a obtenção de lucro maior, como visto, importa que a discriminação ocorra com relação ao custo. Já no sentido legal, a análise é centrada nos efeitos sobre a concorrência. Aqui a preocupação é com o falseamento da concorrência que pode resultar da cobrança de preços diferentes.

II.1. “Primary-line Injury” e “Secondary-line Injury”

A discriminação de preços pode limitar, falsear ou prejudicar a concorrência. Uma empresa pode desejar ampliar suas vendas em determinado mercado, inibir a entrada de novos concorrentes ou eliminar os já estabelecidos e, para tanto, pode adotar preços discriminados: menores nas vendas que deseja impulsionar em relação ao preço das demais unidades comercializadas. Ou, uma empresa, que consiga obter em suas compras uma vantagem substan-

⁵ “The ‘price discrimination’ defined by the statute is not price discrimination in an economic sense, although the concepts overlap. The economist calls ‘discrimination’ any difference over two or more sales in the ratio between the cost of the sale and its price. Thus, if it costs \$ 1 to supply a pair of rubbers to *A*, and \$ 2 to supply identical rubbers to *B*, it is discriminatory to sell rubbers to both at \$ 2. Under the Robinson-Patman Act, however, it is price discrimination *unless* he sells to both *A* and *B* at \$ 2. A seller avoids any charge of discrimination so long as he sells goods at the same price, no matter how different the costs of producing the goods may be.” (Posner e Easterbrook, 1981:944-945)

cial em relação aos seus concorrentes (e.g., pagando um preço menor e, portanto, diferenciado em relação aos outros compradores que com ela competem), pode reforçar sua posição competitiva, passando a dispor de condições para eliminar ou mitigar a concorrência em seu mercado de atuação.

No primeiro caso nota-se que as relações de concorrência falseadas pela prática e que são objeto de análise são as existentes entre a empresa que faz a discriminação e seus concorrentes. Os efeitos anticompetitivos que se busca coibir dizem respeito ao próprio mercado de atuação da empresa que pratica a discriminação. Por essa razão, esse tipo de discriminação é chamada de primária ou *primary-line*.

Há uma clara diferença com relação ao segundo exemplo acima de discriminação de preços. Naquele caso as relações de concorrência que se busca manter são as do mercado a jusante, isto é, o mercado de atuação da empresa para a qual se vende o produto com preço discriminado. Por isso, esse tipo de discriminação é chamada secundária ou *secondary-line*.

A discriminação de preços, portanto, pode ser classificada como de primeiro, segundo e terceiro grau, quando se tem em vista a natureza da diferença estabelecida entre os consumidores; e a discriminação de preços também pode ser distinguida por seus efeitos concorrenciais: discriminação primária e secundária.

A discriminação de preços foi determinada ilegal pelo Clayton Act de 1914 e texto legal estabelecia nítida preocupação com a do tipo primária:

“Clayton Act § 2, as originally enacted, was understood to be concerned mainly or even exclusively with price discrimination’s effects upon the seller’s competitors. Although the Court came to hold buyer-level competition within the statute’s protection, the original enactment immunized quantity discounts and thus seemed impotent to control the granting of preferential prices to mass buyers. The mass-buying chain stores and mail order houses grew greatly after World War I and seemed to imperil independent business. The chains often purchased directly from manufacturers, dispensed with ordinary wholesalers, and undersold independent retailers.” (Areeda e Kaplow, 1997:908)

Já o Robinson-Patman Act, de 1936, introduziu alterações muito significativas no Clayton Act original⁶, as quais se destinavam sobretudo a tra-

⁶ Para evitar maior confusão o Clayton Act de 1914 será referido por Clayton Act e o Clayton Act como emendado pelo Robinson-Patman Act de 1936 será referido apenas por RPA.

zer para o alcance da lei a discriminação secundária. Vários autores enfatizam as particularidades do momento histórico em que o RPA foi promulgado. Posner e Easterbrook (1981:943-944), por exemplo, destacam que a preocupação do Congresso e do Executivo norte-americanos com a discriminação de preços secundária intensificou-se e encontrou respaldo político durante os anos 30, em meio à Grande Depressão e à tendência geral ao declínio dos preços:

“For many years small retail distributors, especially grocers, had been complaining to Congress about the growth of chain stores. These larger stores, which often offered greater selections of merchandise at lower prices, supposedly obtained discounts from wholesalers of manufacturers by exercising their greater ‘buying power’ [...] The complaints, although persistent, were unavailing until the Great Depression struck. Congress enacted the National Industrial Recovery Act as part of a program to halt the downward trend of prices [...] The NIRA was held unconstitutional by the Supreme Court, on May 27, 1935 [...] and the Robinson-Patman Act was introduced on June 11 as yet another device to stop the slide prices.”

Em outras palavras, as grandes redes varejistas vinham alcançando uma maior expressão na economia norte-americana e, por isso, dispunham de elevado poder de compra para negociar preços menores junto aos fornecedores e, assim, obter uma vantagem competitiva frente aos concorrentes de menor porte. Estabelecia-se um círculo vicioso (ou seria virtuoso?), a partir do qual as vantagens obtidas pelas grandes redes com os fornecedores eram revertidas em maior participação de mercado, às expensas dos pequenos varejistas, reforçando o poder de barganha que dava continuidade à discriminação de preços.

Todavia, não se tem aqui qualquer pretensão de analisar os meandros econômicos ou políticos da época que levaram ao Clayton Act ou ao RPA⁷.

Assim sendo, passa-se adiante para a análise do que se pode denominar aspectos mais sensíveis ou controversos acerca da proibição da discriminação de preços, conforme estabelecido pelo RPA (seus principais dispositivos são reproduzidos na íntegra no Anexo 1).

⁷ Sugere-se a leitura de **Ross** (1993:395-399) e, principalmente, de **Peritz** (1996), que faz um apanhado detalhado das condições políticas subjacentes à promulgação do RPA.

II.2. O que é “Discriminar Preço”?

O RPA não define ou exemplifica o que é “discriminar preços”. A referência jurisprudencial mais citada é a do caso *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*,

363 U.S. 536 (1960), no qual o Juiz Warren afirmou:

“We are convinced that, whatever may be said with respect to the rest of 2(a) and 2(b) – and we say nothing here – there are no overtones of business buccaneering in the 2(a) phrase ‘discriminate in price’. Rather, a price discrimination within the meaning of that provision is merely a price difference.” (sublinhou-se)⁸

Tratava-se de um caso de discriminação de primeiro grau⁹. A Anheuser-Busch – fabricante de cerveja com atuação em todo os EUA – foi acusada de praticar preços nas vendas para o mercado de Saint Louis inferiores aos preços praticados em outras localidades¹⁰. Naquele mercado estavam presentes empresas regionais, concorrentes da Anheuser-Busch.

⁸ Esse entendimento vem sendo mantido: “Since we have already decided that a price discrimination within the meaning of 2(a) ‘is merely a price difference’...” (*Texaco Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543, 1990).

⁹ De acordo com **Ross** (1993:403-404): “Anheuser-Busch argued that the Act did not prohibit this price differential because the favored and disfavored buyers (local distributors in St. Louis were ‘favored’ and local distributors elsewhere not) did not compete with each other. The Court rejected the argument. It noted that the St. Louis price war appeared to be part of Anheuser-Busch’s efforts to discipline rival brewers in St. Louis, precisely the type of primary-line injury that was targeted by the original Clayton Act. Clearly, the Robinson-Patman Act was intended to expand, not limit, the prohibition on price discrimination, and the Court therefore refused to adopt the defendant’s reading of the statute, which would have confined its scope to secondary-line injury”.

¹⁰ Preços praticados pela Anheuser-Busch, segundo informações contidas no Voto do Juiz Warren, da Suprema Corte:

St. Louis, Mo.	2.93	Washington, D.C.	3.65	Chicago, Ill.	3.44
Detroit, Mich.	3.55	Cincinnati, Ohio	3.75	Boston, Mass.	3.69
Houston, Tex.	3.70	Kansas City, Mo.	3.15	Bronx, N. Y.	3.68
St. Paul, Minn.	3.53	Kearney, Nebr.	3.68	Sioux Falls, S. Dak.	3.50
St. Joseph, Mo.	3.17	Buffalo, N. Y.	3.60	San Francisco, Calif.	3.79

O caso *Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC*, 324 U.S. 726 (1945) fornece um contraponto interessante ao caso anterior. A Corn produzia glucose em duas unidades fabris: em Chicago e em Kansas City. A comercialização do produto era realizada unicamente na modalidade delivered, isto é, com o frete incluso. A discriminação de preços decorria da adoção pela Corn do chamado basing point system: o preço (exclusive custo de transporte) de Chicago era adotado como base para a determinação do preço final, independentemente da mercadoria provir realmente da fábrica de Chicago ou de Kansas City. Digamos, o preço final (delivered) era sempre igual ao preço de referência de Chicago, acrescido do custo de transporte calculado a partir de Chicago¹¹.

Pode-se interpretar esse sistema da seguinte maneira: todos clientes adquirem o produto a preços finais diferentes, na medida que distam de Chicago: quanto maior a distância de Chicago, maior o preço delivered. Vendas realizadas para clientes com custos de transporte iguais (na mesma distância de Chicago) teriam preços finais iguais. E, além disso, descontado o custo de transporte, o preço praticado pela Corn seria sempre o mesmo, igual à referência de Chicago. Mas não foi essa a interpretação da Suprema Corte. Conforme relata o Juiz Stone:

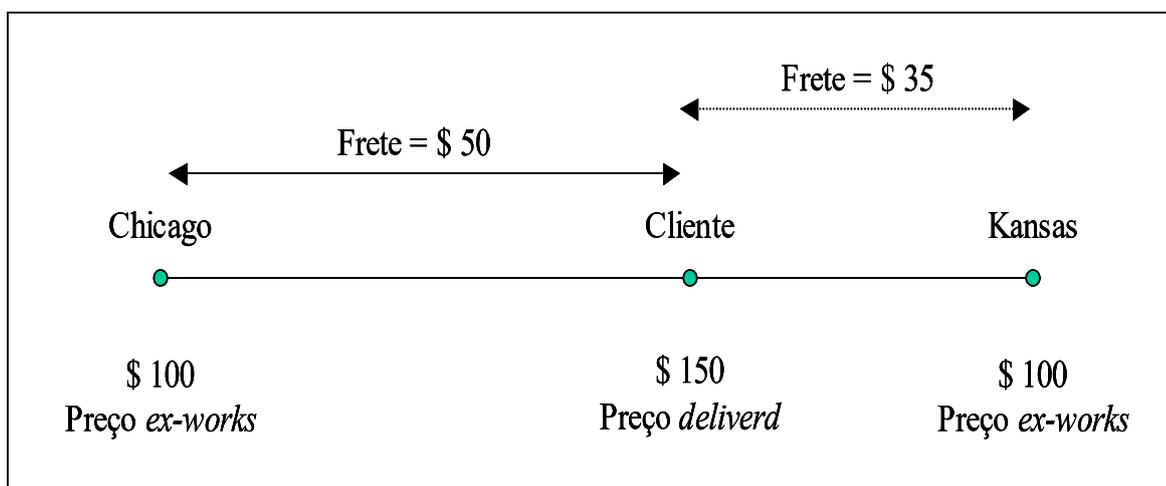
“Thus purchasers in all places other than Chicago pay a higher price than do Chicago purchasers. And in the case of all shipments from Kansas City to purchasers in cities having a lower freight rate from Kansas City than from Chicago, the delivered price includes unearned or ‘phantom’ freight, to the extent of the difference in freight rates. Conversely, when the freight from Kansas City to the point of delivery is more than that from Chicago, petitioners must ‘absorb’ freight upon shipments from Kansas City, to the extent of the difference in freight.”

De acordo com a ilustração abaixo, o preço efetivamente pago pelo cliente teria sido \$ 150 (\$ 100 + \$ 50 de frete). Ocorre que, se não fosse o ba-

¹¹ Relata o Juiz Stone da Suprema Corte: “Petitioners, a parent corporation and its sales subsidiary, use a basing point system of pricing in their sales of glucose. They sell only at delivered prices, computed by adding to a base price at Chicago the published freight tariff from Chicago to the several points of delivery, even though deliveries are in fact made from their factory at Kansas City as well as from their Chicago factory. Consequently there is included in the delivered price on shipments from Kansas City an amount of ‘freight’ which usually does not correspond to freight actually paid by petitioners”.

sic point system, esse cliente, que efetivamente era suprido a partir da fábrica de Kansas City, poderia adquirir o produto por \$ 135. Logo, a diferença entre \$ 50 e \$ 35 é o que o Juiz Stone denominou phantom freight:

“The Commission [Federal Trade Commission] found that the higher prices paid for glucose purchased from petitioners by candy manufacturers located in cities other than Chicago, result in varying degree in higher costs of producing the candies. The degree in each instance varies with the difference in the delivered price of the glucose, and the proportion of glucose in the particular candy. Manufacturers who pay unearned or phantom freight under petitioners’ basing point system necessarily pay relatively higher costs for their raw material than do those manufacturers whose location with relation to the basing point is such that they are able to purchase at the base price plus only the freight actually paid.”



Note-se: na ilustração, o phantom freight é positivo, mas também poderia ser negativo, contanto que o frete a partir de Chicago fosse menor do que o frete calculado desde Kansas City, e o produto fosse efetivamente despachado dessa última cidade.

Formalmente, poder-se-ia dizer que o preço praticado era não discriminado, considerando o preço de referência de Chicago, já descontado o custo do frete. Entretanto, a discriminação de preços (e o possível prejuízo à concorrência no mercado a jusante) foi identificada pela diferença real no preços, porque o custo de transporte implícito nos preços deliverd continha um valor “fantasma”, não efetivamente incorrido pelo fabricante e repassado para o adquirente da glucose.

Outro ponto importante acerca do que é discriminar preços é: essa prática não se confunde com a prática de preço predatório. A prática de preço predatório consiste na venda de um produto a preço inferior ao custo (qual-

quer que seja a definição de custo considerada). Já a discriminação de preços significa, como visto, apenas praticar preços diferentes:

“Price discrimination should not be confused with predatory pricing for they are not always one and the same. Predatory pricing occurs when a firm intentionally reduces prices below costs of production in order to drive rivals from the market. It can be used in conjunction with price discrimination if the firm engaging in predation simultaneously charges higher prices to customers in other areas where competition is not as keen. Although price discrimination and predatory pricing often occur together, they are separate practices and should be distinguished.” (Breit e Elzinga, 1996:223, como no original)

Entretanto, é possível traçar um paralelo entre as práticas de preço predatório e discriminação primária de preços. Ambas têm, do ponto de vista de quem as pratica, o mesmo objetivo imediato: impor uma perda de mercado aos concorrentes (eliminando-os ou não – essa questão será retomada brevemente, adiante). Essas condutas, por isso, podem ser aproximadas para fins analíticos.

A situação é diferente com relação à discriminação secundária. Quem comercializa o produto a preço menor encontra-se em princípio em uma situação passiva ou até mesmo defensiva. Trata-se de manter suas vendas para a empresa adquirente do produto, que é a beneficiária direta da prática. As relações concorrenciais que são objeto de análise referem-se ao mercado a jusante. O dano à competição deve ser determinado não com relação aos concorrentes de quem pratica a discriminação, mas relativamente aos concorrentes de quem se beneficia dela.

Feita essa observação, pode-se retomar a análise da discriminação de preços: discriminar preços é praticar preços diferentes, o que obviamente requer que o produto em questão seja o mesmo. Ou, nos termos do RPA (§ 2(a)), de produtos de igual categoria e qualidade (“like grade and quality”)¹². Porém, definir se os produtos são ou não diferentes pode ser muito complexo, quando se está diante de produtos diferenciados.

A diferenciação de produto é um meio pelo qual as empresas buscam tornar seus consumidores fiéis ou atrair os consumidores de produtos concorrentes, a despeito do nível de seu próprio preço. Para tanto, deve-se convencer os consumidores de que o produto vendido por ela é melhor, seja

¹² “It is only discriminatory to sell the same thing at different prices. Selling different goods at different prices is therefore beyond the scope of the Act.” (Ross, 1993:406)

num sentido altamente subjetivo (mais bonito, deixa o consumidor mais atraente, tem um gosto melhor etc.), seja num sentido menos subjetivo (mais qualidade, melhor desempenho, rende mais etc.). A publicidade, os atributos físicos acessórios, o desenho, o sabor, enfim, há uma variada gama de elementos que podem ser explorados para estabelecer a diferenciação de produtos e a fidelidade dos consumidores à determinada marca.

As empresas claramente esforçam-se para o estabelecimento de preferências dos consumidores por seus produtos, o que dá margem à existência de um sem-número de marcas com graus distintos de diferenciação, com diferenças das mais tênues às mais significativas. Cada marca, muitas vezes, busca atender aos anseios de determinado público-alvo, segmentando o mercado consumidor e, por conseguinte, capacitando as empresas a discriminar preços (mais provavelmente do terceiro grau).

As fronteiras entre produtos diferentes ou de igual categoria e qualidade são, portanto, muito tênues. Isto é mesmo da essência da concorrência intercapitalista.

O caso *FTC v. Borden Co.*, 383 U.S. 637 (1966), é interessante por estabelecer jurisprudência quanto à admissibilidade, nos termos do RPA, de um caso de venda a preços diferentes de marcas distintas de um produto idêntico (embora as marcas não fossem necessariamente idênticas para os consumidores).

A Borden Company produzia e comercializava leite sob marcas distintas: Borden, de sua propriedade, e marcas de terceiros, clientes da Borden. De acordo com o entendimento vitorioso no processo, o leite comercializado, sob qualquer denominação, era física e quimicamente idêntico¹³, embora o preço da marca Borden fosse regularmente superior ao preço cobrado pelo leite comercializado com outras marcas.

A FTC – a partir da determinação das diferentes marcas como sendo de like grade or quality – estabeleceu que o diferencial de preços em questão era discriminatório e, observando os outros requisitos legais, determinou a cessação da prática. A Corte de Apelação reverteu a decisão unicamente com base na consideração de que tais marcas não são de igual categoria e qualidade. A decisão da Suprema Corte foi favorável à FTC:

¹³ “With respect to the facts, the dissent claimed that Borden took extensive quality-control precautions to insure that a flawed Borden brand product did not reach consumers, while these precautions were not taken for the private brand milk Borden prepared. If the dissent were correct, the two products were not of like grade and quality.” (Ross, 1993:406)

“We doubt that Congress intended to foreclose these inquiries in situations where a single seller markets the identical product under several different brands, whether his own, his customers’ or both¹⁴. Such transactions are too laden with potential discrimination and adverse competitive effect to be excluded from the reach of 2(a) by permitting a difference in grade to be established by the label alone or by the label and its consumer appeal.”

A questão colocada pela Suprema Corte é simples: caso se admitisse que a comercialização de produtos idênticos sob marcas distintas e a preços diferentes não é potencialmente alcançada pelo RPA, seria estabelecido o meio pelo qual o dispositivo legal poderia ser sempre ilidido, bastando para tanto a aposição de marcas distintas a produtos idênticos¹⁵.

Não se tem aqui qualquer pretensão à generalização, mas é bastante razoável considerar que as empresas, ao diferenciar produtos, lançar novas marcas e investir recursos vultosos nelas, têm por finalidade concorrer (na acepção precisa do termo) com as empresas rivais e discriminar preços (em sentido amplo). Não há razão para supor que esse objetivo subordina o primeiro, principalmente quando há razões fortes para crer que é justamente o contrário. A diferenciação de produto é elemento vital da competição em inúmeros mercados.

O que se afirma é que a diferenciação de produtos, ao mesmo tempo em que torna muito mais complexa a definição de produtos de igual categoria e qualidade, é parte constitutiva da concorrência entre empresas e do próprio padrão de consumo. Para que não se iniba essa fonte de vigor competitivo, é necessário submeter a definição do que é de igual categoria e qualidade ao crivo do mercado: as marcas que são comercializadas com sucesso a um preço

¹⁴ De acordo com o Juiz White: “During the 1936 hearings on the proposed amendments to 2 of the Clayton Act, the attention of the Congress was specifically called to the question of the applicability of 2 to the practice of a manufacturer selling his product under his nationally advertised brand at a different price than he charged when the product was sold under a private label [...] it was suggested that the proposed 2(a) be amended so as to apply only to sales of commodities of ‘like grade, quality and brand’ ” (idem).

¹⁵ “The seller, to escape the Act, would have only to succeed in selling some unspecified amount of each product to some unspecified portion of his customers, however large or small the price differential might be. The seller’s pricing and branding policy, by being successful, would apparently validate itself by creating a difference in ‘grade’ and thus taking itself beyond the purview of the Act.” (idem)

superior ao das demais são marcas ou produtos de diferente categoria e qualidade¹⁶.

II.3. O que é Prejudicar a Concorrência?

O § 2(a) do RPA declara que é ilegal discriminar preços de um produto de igual categoria e qualidade, quando a discriminação tem por efeito: (i) reduzir substancialmente a competição; ou (ii) tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio; ou (iii) prejudicar, destruir ou impedir a competição de qualquer pessoa que suposta ou reconhecidamente é beneficiária da discriminação ou de clientes de qualquer um deles¹⁷.

O inciso (iii) trouxe uma sensível mudança no “padrão de dano” requerido para a caracterização do ilícito a partir da redação dada pelo RPA. Prejudicar, destruir ou impedir a competição estabelece um nível de ofensa à concorrência menos forte do que reduzir substancialmente a competição ou tender a criar um monopólio. Tornou-se, desse modo, mais rígida a proibição ou, dito de outra forma, tornou-se menos nítido o critério para caracterização do prejuízo à concorrência causado pela discriminação de preços (de primeiro ou segundo grau).

II.3.1. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Primária de Preços

Considere-se, inicialmente, a discriminação primária de preços, que, como mencionado, preocupa-se com a concorrência no mercado de atuação da empresa que faz a discriminação. Diz respeito fundamentalmente à guerra de

¹⁶ Apenas para prevenir eventual mal-entendido, isto não quer dizer que essas marcas pertençam a mercados relevantes distintos. A marca “A” é comercializada a um preço “X%” maior que o da marca “B”. O que a diferenciação de produtos busca garantir é a venda da marca “A” a despeito do diferencial de preços. Não assegura, ao contrário, que ao preço “X+1%” parte significativa dos consumidores deixe de adquirir a marca “A”, comprando alternativamente a marca “B” e, assim, fazendo com que ambas as marcas pertençam ao mesmo mercado relevante, nos termos do teste do monopolista hipotético.

¹⁷ Convém ressaltar mais uma vez a já mencionada ampliação do escopo da proibição à discriminação de preços realizada pelo RPA. O inciso (iii) acima não constava do Clayton Act de 1914 e sua inclusão tornou mais facilmente imputável a discriminação de preços secundária. O Clayton Act (§ 2º) original dispunha como ilegal unicamente *discriminar o preço de mercadorias*, quando a discriminação tem por efeito: (i) *reduzir substancialmente a competição* ou (ii) *tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio*.

preços em mercados geográficos específicos, patrocinada por empresas com atuação dispersa geograficamente. Essas empresas poderiam “financiar” preços baixos nas vendas para determinados mercados, cobrando preços relativamente mais elevados em outras localidades de atuação.

Por outro lado, concorrentes com atuação restrita em termos geográficos não teriam acesso a essa fonte de “financiamento”. Uma empresa com produção centralizada em determinada localidade, mas com comercialização em escala nacional (país de dimensão continental como os Estados Unidos ou o Brasil), deve enfrentar a concorrência de outras empresas nacionais, bem como de outros rivais de atuação regional. Para tanto, suponha-se, atua com preços diferenciados segundo a localidade de destino, tornando-os compatíveis com os preços de mercado vigentes em cada região.

Como “separar” a vigorosa concorrência em mercados específicos da prática de discriminatória, capaz de prejudicar a competição? O caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, 386. U.S. 685 (1967) ilustra com precisão o tipo de questionamento proposto.

A *Utah Pie Co.* tinha fábrica em Salt Lake City, Estado de Utah, e comercializava as tortas congeladas lá fabricadas no próprio Estado e nos Estados vizinhos. Sua participação de mercado, que era de 66,5% em 1958, caiu para 34,3% em 1959, voltando a subir para 45,5% - 45,3% nos dois anos subsequentes. Não obstante a perda de market share, o volume de vendas foi sempre crescente ao longo do período considerado, bem como os resultados financeiros da empresa foram melhorados, conforme relata o Juiz White da Suprema Corte¹⁸.

Do outro lado encontravam-se as Representadas, *Continental Baking Co.*, *Carnation Company* e *Pet Milk Company*, concorrentes da *Utah Pie* no mercado de tortas congeladas e com atuação em várias regiões dos EUA. Nenhuma delas detinha fábrica no Estado de Utah e todas comercializam suas tortas em Salt Lake City e imediações a partir de fábricas situadas no Estado da Califórnia.

O caso, diga-se de passagem, versa sobre diferenciação primária de preços realizada individualmente por cada uma das Representadas, e não sobre formação de cartel para eliminação de empresa rival.

¹⁸ “Petitioner is not, however, a large company. At the time of the trial, petitioner operated with only 18 employees, nine of whom were members of the Rigby family, which controlled the business. Its net worth increased from \$31,651.98 on October 31, 1957, to \$68,802.13 on October 31, 1961. Total sales were \$238,000 in the year ended October 31, 1957, \$353,000 in 1958, \$430,000 in 1959, \$504,000 in 1960 and \$589,000 in 1961. Its net income or loss for these same years was a loss of \$6,461 in 1957, and net income in the remaining years of \$7,090, \$11,897, \$7,636 and \$9,216”.

De acordo com o Juiz White:

“In this case, the evidence shows a drastically declining price structure which the jury could rationally attribute to continued or sporadic price discrimination. The jury was entitled to conclude that ‘the effect of such discrimination’, by each of these respondents, ‘may be substantially to lessen competition . . . or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination . . .’. The statutory test is one that necessarily looks forward on the basis of proven conduct in the past.” (sublinhou-se)

“Section 2 (a) does not forbid price competition which will probably injure or lessen competition by eliminating competitors, discouraging entry into the market or enhancing the market shares of the dominant sellers. But Congress has established some ground rules for the game [...] In this context, the Court of Appeals placed heavy emphasis on the fact that Utah Pie constantly increased its sales volume and continued to make a profit. But we disagree with its apparent view that there is no reasonably possible injury to competition as long as the volume of sales in a particular market is expanding and at least some of the competitors in the market continue to operate at a profit. Nor do we think that the Act only comes into play to regulate the conduct of price discriminators when their discriminatory prices consistently undercut other competitors”.

Há, de um lado, a ênfase na “deterioração da estrutura de preços da Utah Pie” e, de outro, “o aumento das vendas e a obtenção de lucros” da petionária. Ou, em outros termos, a divergência ocorre em torno do “prejuízo à competição” versus “o prejuízo dos competidores”, como ressaltado pelo Juiz Stewart, em seu voto de dissenso:

“Phrased more simply, did the respondents’ actions have the anti-competitive effect required by the statute as an element of a cause of action?”

The Court’s own description of the Salt Lake City frozen pie market from 1958 through 1961, shows that the answer to that question must be no. In 1958 Utah Pie had a quasi-monopolistic 66.5% of the market. In 1961 – after the alleged predations of the respondents – Utah Pie still had a commanding 45.3%, Pet had 29.4%, and the remainder of the market was divided almost equally between Continental, Carnation, and other, small local bakers. Unless we disregard the lessons so laboriously learned in scores of Sherman and Clayton Act cases, the 1961 situation has to be considered more competi-

tive than that of 1958. Thus, if we assume that the price discrimination proven against the respondents had any effect on competition, that effect must have been beneficent.

That the Court has fallen into the error of reading the Robinson-Patman Act as protecting competitors, instead of competition ...” (sublinhou-se)

Há uma série de questões, mais ou menos pontuais, que podem ser feitas com relação ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* et alii, algumas das quais não podem ser respondidas a partir das informações contidas na decisão da Suprema Corte. A perda de participação de mercado por parte da Utah Pie deveu-se à atuação dos concorrentes ou a empresa não conseguiu acompanhar o ritmo tão acelerado de crescimento do mercado? A redução dos preços praticados pela Utah Pie esteve associada ao preço discriminado dos rivais ou (pelo menos em parte) à redução dos custos pelo aumento da escala de produção?

Não seria inevitável que empresa com fábrica instalada a certa distância de Salt Lake City absorvesse parte dos custos de transporte para conseguir comercializar seus produtos nesta localidade (ao mesmo tempo, que pratica preço mais elevado nas vendas para regiões próximas à fábrica)? Essa discriminação de preços não seria até mesmo desejável por ampliar as fronteiras de cada mercado relevante geográfico considerado e, conseqüentemente, o número de ofertantes?¹⁹

E, finalmente, como o RPA proíbi a discriminação de preços que tem por efeito “prejudicar, destruir ou impedir a competição” (“to injure, destroy, or prevent competition”) – o que já representou um “relaxamento” do padrão de dano constante do Clayton Act de 1914 – não seria equivocado interpretar tal disposição como “possibilidade razoável de dano à competição” (“reasonably possible injury to competition”)?

Passados mais de vinte e cinco anos desde a decisão no caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* et alii, o entendimento da Suprema Corte parece ter sofrido grande mudança.

¹⁹ “If geographic price difference producing harm to local competitors creates liability, must the national pie companies either charge uniform national prices or stay out of Salt Lake City? Would prices have been higher or lower in Salt Lake City? How might the permissibility of local price cutting by national firms affect the prospects of entry by small, local firms.” (Areeda e Kaplow, 1997:912)

O caso Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.²⁰ 509 U.S. 209 (1993) traz, muito resumidamente, os seguintes fatos: em 1984, a Liggett (Brooke Group) lançou no mercado “cigarros genéricos” (generic cigarettes) a um preço 30% inferior ao dos cigarros de marca (branded cigarettes) então comercializados. Na seqüência, a Brown & Williamson lançou produto voltado para o mesmo segmento com preço inferior ao da Liggett, que desencadeou uma guerra de preços.

“Liggett filed this suit, alleging, inter alia, that volume rebates by Brown & Williamson to wholesalers amounted to price discrimination that had a reasonable possibility of injuring competition in violation of 2(a) of the Clayton Act, as amended by the Robinson-Patman Act.” (sublinhou-se)²¹

Interessam menos aqui os fatos analisados na decisão proferida pela Suprema Corte e mais as considerações doutrinárias aqui referidas:

“This type of injury, which harms direct competitors of the discriminating seller, is known as primary-line injury [...] We last addressed primary line injury over 25 years ago, in Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., (1967) [...]

Utah Pie has often been interpreted to permit liability for primary-line price discrimination on a mere showing that the defendant intended to harm competition or produced a declining price structure. The case has been criticized on the grounds that such low standards of competitive injury are at odds with the antitrust laws' traditional concern for consumer welfare and price competition. [...] Utah Pie was an early judicial inquiry in this area, and did not purport to set forth explicit, general standards for establishing a violation of the Robinson-Patman Act. As the law has been explored since Utah Pie, it has become evident that primary-line competitive injury under the Robinson-Patman Act is of the same general character as the injury inflicted by predatory pricing schemes actionable under 2 of the Sherman Act.” (sublinhou-se)

A mudança de entendimento é substancial. Os termos do Clayton Act, já “suavizados” pelo RPA, foram mencionados anteriormente. O § 2º do

²⁰ Apenas por curiosidade, o Brooke Group foi representado na Suprema Corte por Philip Areeda e a Brown & Williamson, por Robert Bork.

²¹ O caso em questão traz outros aspectos importantes, considerados adiante.

Sherman Act proíbe práticas individuais ou coletivas que tenham por efeito ou que sejam uma tentativa de "monopolizar o mercado":

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ...” (Sherman Act, § 2º)

O padrão de dano requerido para que a discriminação de preços seja considerada ilegal passa a ser “monopolizar” ou “tentar monopolizar” e a semelhança com o tratamento dado à prática de preço predatório não se limita a isso:

“There are, to be sure, differences between the two statutes. For example, we interpret 2 of the Sherman Act to condemn predatory pricing when it poses ‘a dangerous probability of actual monopolization’ [...] whereas the Robinson-Patman Act requires only that there be ‘a reasonable possibility’ of substantial injury to competition [...] But whatever additional flexibility the Robinson-Patman Act standard may imply, the essence of the claim under either statute is the same: a business rival has priced its products in an unfair manner with an object to eliminate or retard competition, and thereby gain and exercise control over prices in the relevant market.

[...]

First, a plaintiff seeking to establish competitive injury resulting from a rival's low prices must prove that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs.

[...]

The second prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect, or, under 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices.

[...]

That below-cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured: it is axiomatic that the antitrust laws were passed for ‘the protection of competition, not competitors.’ (sublinhou-se)

A mudança de tratamento jurisprudencial não se dá apenas com relação ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, de 1967. Pode-se

citar também o já referido caso *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*, de 1960, no qual a representada alegou, inter alia, que a ilegalidade da prática está condicionada à demonstração de que o preço (diferenciado) era inferior ao custo, visando eliminar a concorrência. No entanto, a interpretação do § 2(a) pela Suprema Corte é claramente contrária à tese da Anheuser-Busch:

“As we read that provision, it proscribes price differences, subject to certain defined defenses, where the effect of the differences ‘may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit’ of the price differential, ‘or with customers of either of them’ [...] In other words, the statute itself spells out the conditions which make a price difference illegal or legal, and we would derange this integrated statutory scheme were we to read other conditions into the law by means of the nondirective phrase, ‘discriminate in price’. Not only would such action be contrary to what we conceive to be the meaning of the statute, but, perhaps because of this, it would be thoroughly undesirable.”

Também a doutrina sustenta que há diferenças substanciais nas duas práticas, sendo conveniente distingui-las. Sullivan e Grimes (2000:149), por exemplo, afirmam que (referindo-se especificamente ao caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*):

“... although the Supreme Court has stressed that ‘the Robinson-Patman Act should be construed consistently with broader policies of the anti-trust laws’, that statute’s greater emphasis on equity and protection of small competitors remains indelibly imprinted in its wording, legislative history and court interpretations.”

Posner e Easterbrook (1981:680) seguem a mesma direção:

“It is, of course, possible to sell the same product at different prices in different areas without selling below cost in any area, or to sell below cost in all areas. Also, as we shall see, there is some authority for treating differential pricing as an exclusionary practice even if there are no sales below costs by anyone’s definition of costs.”

Enfim, não se tem a pretensão de tentar interpretar a lei ou de criticar sua interpretação pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas, fazendo-se remissão a Ross (1993:396-397), por exemplo, ocorre que o próprio debate

legislativo à época da promulgação do RPA contraria a mais recente interpretação jurisprudencial:

“The Senate Committee report explained, however, that the competition-lesening standard in the original version of § 2 was ‘too restrictive, in requiring a showing of general injury to competitive conditions’ and that a focus on competitors as well as competition was a necessary prophylactic. Only through harm to competitors can competition be lessened, the Committee observed, and ‘to catch the weed in the seed will keep it from coming to flower’. The new legislation therefore barred price discrimination not only if it lessened competition but also if its effect was to ‘injure, destroy, or prevent competition’, between the beneficiary and the victim of the differential pricing.”

O mesmo autor, sem prejuízo de sua veemente crítica à decisão de 1967²², sustenta que a “revisão” do RPA feita na seqüência teria “ido longe de mais”. O autor, cujo trabalho é anterior à decisão do caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, faz referência ao caso *General Foods Corp.* (103 FTC 204, 1984):

“The majority correctly observed that because the monopolization provision of the Sherman Act and the primary line discrimination provision of the Robinson-Patman Act are ‘directed toward the same goal – the protection of competition – it follows that the inquiries under each should be the same’. What does not follow, however, is the majority’s suggestion that the standard for liability should likewise be the same [...] Reading a requirement of proof that the defendant’s conduct creates a dangerous probability of monopolization as identical to a requirement of proof that the defendant’s conduct may have the effect of substantially lessening competition wreaks havoc on the English language.” (Ross, 1993:421)

Em suma, com base nas referências acima, não há dúvida de que preço predatório e discriminação de preços são condutas distintas²³. E, ade-

²² “*Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* surely ranks among the handful of worst antitrust decisions in American history [...] The Court’s decision can be explained only by the most unthinking, simplistic logic: the Robinson-Patman Act helps small business, the defendants took profits away from a small business, therefore the defendants violated the Act.” (Ross, 1993:417)

²³ Afora a aproximação já mencionada, apenas para fins de análise, as práticas de preço predatório e de discriminação primária têm a seguinte semelhança: quem a pratica

mais, a equiparação da discriminação de preços (primária, ao menos) à prática de preço predatório tornaria possível, senão provável, que efeitos negativos para o bem-estar dos consumidores decorrentes da discriminação não fossem punidos.

A predação resulta em efeitos concorrenciais mais perceptíveis. Sendo o preço praticado inferior ao custo, pode ocorrer a eliminação dos concorrentes e, sob determinadas condições, o predador pode alcançar posição de monopólio, estabelecendo um novo nível de preço superior ao competitivo e, conseqüentemente, na apropriação do excedente do consumidor.

Já a discriminação de preços, sem todos os efeitos rumorosos da predação, pode não levar à supressão da concorrência e, ainda assim, eliminar o excedente do consumidor.

Interpretar a proibição legal à discriminação de preços como se fosse o preço predatório, isto é, exigir o mesmo “padrão de dano” do preço predatório, pode, portanto, significar a permissão para a discriminação (uma vez que não tenha alcançado o “padrão de dano” da predação), sem coibir seus efeitos negativos sobre os consumidores (não necessariamente menores do que os efeitos da predação).

Por outro lado, como também já salientado, a proibição pura e simples de toda e qualquer diferenciação de preços (como “preços diferentes”) pode suprimir a competição mais acirrada neste ou naquele mercado específico.

O RPA padece, então, de um “defeito congênito” (e a referência aqui, por hora, é feita apenas à discriminação primária): o dispositivo legal condiciona a ilegalidade da prática à demonstração de dano à concorrência (competition injury), quando, de fato, pode não haver dano à concorrência, mas prejuízo direto ao mercado.

Se for aceito que mais vale aceitar a discriminação de preços, cujos efeitos negativos sobre a concorrência são incertos, do que proibi-la com base em uma “padrão de dano” pouco rígido e inibir a rivalidade que se expressa em reduções localizadas de preços, então a discriminação primária não traz maiores preocupações (ao menos quando igualada para todos os efeitos à predação).

Caso contrário, entendendo-se que a discriminação tem efeitos distributivos (e, eventualmente, concorrenciais) negativos e que estes não são compensados por outros fatores, a prática deve ser proibida em defesa do bem-estar do consumidor.

e quem é prejudicado por ela encontram-se no mesmo nível de comércio, diferentemente do que ocorre *grosso modo* com a discriminação secundária de preços.

Assim procedendo, a discussão do “padrão de dano” (qualquer que seja o padrão) é equivocada. Não há que se falar em “dano” à concorrência, simplesmente porque o que se busca evitar ou coibir é a eliminação excedente do consumidor, sua apropriação por quem pratica a discriminação.

Essa linha de argumentação leva ao seguinte quadro: a discriminação primária deveria ser considerada ilegal, independentemente da verificação de prejuízos à concorrência. Para a imputação da prática caberia unicamente demonstrar seus efeitos negativos para consumidores. Mas, por tudo quanto já discutido anteriormente, não é isso o que estabelece o RPA.

E caso esse dispositivo legal fosse interpretado como um instrumento de defesa do consumidor (sem a mediação da concorrência), caberia, no mérito, identificar a extensão da prática, isto é, a abrangência dos mercados afetados, o grau de dispersão dos preços, entre outros fatores. Buscar-se-ia apenas evitar a imputação de reduções temporárias de preços, de pequena magnitude e pouco representativas das vendas totais da empresa ou do mercado em questão.

Enfim, de acordo com essa interpretação, o RPA – e as justificativas aceitas para a discriminação de preços, cuja análise será feita no item II.4 – deveria distinguir unicamente a “discriminação pró-competitiva” da discriminação que, por sua extensão e profundidade, não é motivada pelo acirramento da competição em mercados específicos.

II.3.2. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Secundária de Preços

Até o momento foi analisado o “padrão de dano” considerado para determinação da ilegalidade da discriminação primária de preços. Com relação à discriminação secundária, deve-se ter presente, como já salientado, que os supostos efeitos negativos da conduta se refletirão no mercado à frente, isto é, no mercado de quem se beneficia com a aquisição do produto a preço menor.

No caso *Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC*, supra-referido, o potencial de dano à concorrência foi estabelecido, uma vez que os adquirentes do produto ofertado pela Corn pagavam pelo transporte do produto, a cargo da fabricante, mais (ou menos, conforme o caso) do que o custo de transporte efetivamente incorrido (o chamado *phantom freight*).

As evidências quanto aos efeitos concorrenciais da prática foram sintetizadas pelo Juiz Stone nos seguintes termos:

“Since petitioners’ basing point system results in a Chicago delivered price which is always lower than any other, including that at Kansas

City, a natural effect of the system is the creation of a favored price zone for the purchasers of glucose in Chicago and vicinity, which does not extend to other points of manufacture and shipment of glucose. Since the cost of glucose, a principal ingredient of low-priced candy, is less at Chicago, candy manufacturers there are in a better position to compete for business, and manufacturers of candy located near other factories producing glucose, distant from the basing point, as Kansas City, are in a less favorable position. The consequence is, as found by the Commission, that several manufacturers of candy, who were formerly located in Kansas City or other cities served from petitioners' Kansas City plant, have moved their factories to Chicago.”

Possivelmente, essa síntese não faz jus às evidências trazidas aos autos em instâncias inferiores, às quais não se teve acesso. Feita essa ressalva, interessa notar que pouco é dito, por exemplo, sobre alternativas de suprimento dos diferentes clientes de glucose. Se restritas unicamente à Corn, parece correto concluir que os adquirentes localizados em Kansas City e imediações encontravam-se prejudicados em comparação com os clientes localizados na região de Chicago. Porém, se nas imediações de Kansas houvesse vários fornecedores de glucose em competição com a Corn, os efeitos da discriminação poderiam ser nulos.

Em uma palavra, da leitura da decisão proferida pela Suprema Corte nota-se a ausência de qualquer discussão sobre mercado relevante no caso, sua definição e, conseqüentemente, sobre o poder de mercado detido pela empresa que pratica a discriminação de preços. Como já mencionado anteriormente, a existência de poder de mercado é uma das condições necessárias para a discriminação e, por extensão, para que esta possa causar prejuízo à concorrência. Caso contrário, a empresa (adquirente de glucose, no caso) pode alternativamente abastecer-se de produtos sucedâneos (dimensão material do mercador relevante) e/ou do mesmo produto ofertado por outras empresas (dimensão geográfica).

No mesmo nível de questionamento, pode-se inquirir se os adquirentes de glucose das regiões de Chicago e Kansas City concorrem entre si no mercado de candies? Se não, isto é, se o mercado relevante geográfico de candies for local, não havendo concorrência entre ofertantes daquelas duas localidades, pode-se questionar²⁴ a existência de efeitos anticompetitivos em decorrência da conduta examinada.

²⁴ Nesse sentido, os petionários alegam que o § 2(a) diz respeito à discriminação entre clientes localizados em um mesmo ponto e não à discriminação entre clientes de diferentes localidades. De acordo com o Juiz Stone: “There is nothing in the words of the statute to support such a distinction, since the statute is not couched in terms of

Essas questões (mais uma vez ressaltando que só se teve acesso à decisão proferida pela Suprema Corte), de certo modo, são perfunctórias²⁵. Não questionam em si a relação entre discriminação secundária e prejuízo à concorrência, mas limitam-se a indagar acerca de eventuais problemas na análise do caso concreto.

De qualquer modo, a citação abaixo da referida decisão é ilustrativa da “frouxidão” do “padrão de dano” requerido (nos moldes das críticas feitas acima ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*):

“[I]t is to be observed that 2(a) does not require a finding that the discriminations in price have in fact had an adverse effect on competition. The statute is designed to reach such discriminations ‘in their incipiency’, before the harm to competition is effected. It is enough that they ‘may’ have the prescribed effect.” (sublinhou-se)²⁶

locality. And its purpose to prevent injuries to competition through price discriminations would preclude any such distinction, not required by its language”. A segunda parte do § 2(a) – é ilegal a discriminação que reduz substancialmente a competição etc. – implica uma análise de mérito e, nesse sentido, é pertinente o argumento das petionárias: a discriminação de preços pode não ter efeito sobre clientes que não concorram entre si.

²⁵ Mais substantivamente, além das observações feitas ao final do item anterior e que também são aplicáveis à discriminação do tipo secundária, pode-se notar adicionalmente que, mesmo não havendo margem de dúvida quanto ao dano à concorrência no mercado a jusante provocado pela discriminação secundária de preços, ainda assim se questiona se a determinação da ilegalidade da prática não poderia causar outro tipo de prejuízo, inibindo o desenvolvimento de relações mais eficientes entre fornecedor e determinados grupos de clientes (em geral, de maior porte).

²⁶ Veja-se também o caso *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948), no qual o Juiz Black reafirma entendimento expresso acima: “After a careful consideration of this provision of the Robinson-Patman Act, we have said that ‘the statute does not require that the discriminations must in fact have harmed competition, but only that there is a reasonable possibility that they ‘may’ have such an effect’ (*Corn Products Co. v. FTC*)”. Também no caso *Morton Salt*, o Juiz Jackson (acompanhado pelo Juiz Frankfurter) em seu voto de dissenso apresenta a seguinte ressalva: “I cannot accept its most significant feature, which is a new interpretation of the Robinson-Patman Act that will sanction prohibition of any discounts ‘if there is a reasonable possibility that they ‘may’ have the effect’ [...] I think the law as written by the Congress and as always interpreted by this Court requires that the record show a reasonable probability of that effect. The difference, as every lawyer knows, is not unimportant and in many cases would be decisive”.

II.4. Quando a Discriminação de Preços É Lícita?

Em princípio, são duas as defesas principais²⁷ para a discriminação de preços, isto é, condições pelas quais a discriminação de preços, a despeito de sua determinação positiva, pode ser considerada legal: (a) quando decorrente de descontos devidos a diferenças no custo de manufatura, venda ou entrega resultantes de diferentes métodos ou quantidades; e (b) quando associada à redução do preço para equiparação ao preço igualmente baixo do praticado pelos concorrentes (*meeting competition defense*).

Com relação à primeira justificativa, como já observado, o Clayton Act original²⁸ permitia a discriminação que decorresse de diferenças na quantidade vendida, sem qualquer menção a uma possível associação com diferenças de custos. A redação de 1914, portanto, tornava inimputável a discriminação que decorresse de diferença na quantidade vendida da mercadoria, tornando praticamente impossível coibir descontos comerciais concedidos às grandes redes varejistas. No RPA, ao contrário, são as diferenças de custos (eventualmente associadas às quantidades comercializadas) que podem justificar a discriminação, e não uma política autônoma de descontos baseada nas quantidades vendidas.

Quanto à *meeting competition defense*, o RPA trouxe também uma mudança: essa defesa deixou de ser incluída entre as justificativas listadas no § 2(a) e passou para o § 2(b). Este parágrafo estabelece que, uma vez identificada a discriminação de preços (e, subentende-se, determinado o prejuízo à competição – *competition injury*), a Federal Trade Commission (FTC) está autorizada a impor a eliminação da prática. O ônus de rebater a acusação *prima facie* é do acusado, que deve justificar a discriminação. Ao inverter o ônus da prova, o § 2(b) estabelece, por outro lado, que nada impede o acusado de justificá-la, mostrando que o preço foi estabelecido de boa-fé para “encontrar” um preço igualmente baixo de um competidor.

²⁷ Vide §§ 2(a) e 2(b) do RPA. Além dessas justificativas, o § 2(a) permite, pode-se dizer, diferenças de preços fortuitas, isto é, relacionadas a mudanças nas condições de mercado ou de comercialização do produto, tais como deterioração de bens perecíveis ou sazonais ou vendas de produtos a serem descontinuados.

²⁸ “That nothing herein contained shall prevent discrimination in price between purchasers of commodities on account of differences in grade, quality, or quantity of the commodity sold, or that makes only due allowance for difference in the cost of selling or transportation, or discrimination in price in the same or different communities made in good faith to meet competition.” (Clayton Act, de 1914, *apud Areeda e Kaplow*, 1997:976)

Não é transparente se a meeting competition defense tem o mesmo status da justificativa com base no custo ou se sua aplicação restringe-se à reversão do ônus da prova de uma acusação prima facie. É certo que esse é um ponto controverso e que foge à competência do autor. Porém, na seqüência essas duas justificativas para a discriminação de preços são analisadas com base em casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

II.4.1. Justificativas Baseadas em Custos

Segundo o § 2(a) do RPA:

“... nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered.”

Existem duas questões a destacar envolvendo essa linha de defesa. A jurisprudência é clara ao afirmar que a justificativa só pode ser aceita se a diferença de preços for integralmente justificada com base no diferencial de custos. Tendo em vista, inclusive, essa necessária igualdade quantitativa entre a diferença de preços e a diferença de custos, outra questão importante que emerge diz respeito ao ganho de eficiência (redução de preços) associada ao desconto comercial proporcionado pela maior quantidade comercializada para determinado cliente.

Ou seja, mesmo que não se possa demonstrar que todo o desconto oferecido é decorrência da redução de custos associada à maior quantidade vendida, ainda assim haveria um ganho (desconto) relacionado com o volume de vendas. Ao se privilegiar o efeito concorrencial que esse desconto pode ter no mercado à frente, não se estaria coibindo a obtenção de maiores níveis de eficiência econômica decorrentes da maior escala dos negócios?²⁹ O caso *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948) ilustra ambos os questionamentos.

A Morton Salt produzia e comercializava sal de mesa, cujo preço de venda variava de acordo com a quantidade adquirida e com a assiduidade ou

²⁹ “The policy problem is thus apparent. Requiring too precise a justification for every differential eviscerates the defense and thereby interferes with efficient pricing. But accepting unduly casual proof would save virtually all price differentials, contrary to the statutory purpose. The tendency has been err in the direction of strictness, as it is often said that ‘the cost defense has proved largely illusory in practice’.” (Areeda e Kaplow, 1997:939)

fidelidade do cliente. Em linhas gerais, o desconto básico oferecido era da ordem de US\$ 0,10 / caixa³⁰. De acordo com o relato do Juiz Black, não procede a defesa da Representada baseada³¹ na diferença de custo associada a diferentes quantidades e tipos de meios de transporte utilizados e seus respectivos preços:

“The argument is that there is an obvious saving to a seller who delivers goods in carload lots [...] Such discounts, like all others, can be justified by a seller who proves that the full amount of the discount is based on his actual savings in cost. The trouble with this phase of respondent’s case is that it has thus far failed to make such proof.” (sublinhou-se)

Chama a atenção, primeiramente, a clara afirmação de que o ônus de provar que a diferença de preços responde à diferença de custos não cabe a quem aplica a lei (no caso, a FTC), mas à representada tal prova, como afirma o Juiz Black na decisão em questão:

“First, the general rule of statutory construction that the burden of proving justification or exemption under a special exception to the prohibitions of a statute generally rests on one who claims its benefits, requires that respondent undertake this proof under the proviso of 2(a). Secondly, 2(b) of

³⁰ Para quantidades adquiridas *less-than-carload* o preço era US\$ 1,60 / caixa e para compras maiores,

US\$ 1,50 / caixa. Ademais, para compras de 5.000 caixas em 12 meses consecutivos o preço era

US\$ 1,40 / caixa e para compras de 50.000 caixas em 12 meses consecutivos, US\$ 1,35 / caixa. Essas condições referiam-se à marca *Blue Label*. As demais marcas de sal comercializadas estavam sujeitas ao mesmo sistema de descontos.

³¹ A Morton Salt, ademais, afirmou que os descontos oferecidos para quantidades maiores eram acessíveis e, por isso, não implicavam ameaça à concorrência. Na decisão da Suprema Corte, porém, afirma-se que: “Theoretically, these discounts are equally available to all, but functionally they are not. For as the record indicates (if reference to it on this point were necessary) no single independent retail grocery store, and probably no single wholesaler, bought as many as 50,000 cases or as much as \$50,000 worth of table salt in one year. Furthermore, the record shows that, while certain purchasers were enjoying one or more of respondent’s standard quantity discounts, some of their competitors made purchases in such small quantities that they could not qualify for any of respondent’s discounts, even those based on carload shipments”.

the Act specifically imposes the burden of showing justification upon one who is shown to have discriminated in prices.”

Ademais, afirma-se claramente que a legalidade da discriminação de preços está condicionada à igualdade completa e integral entre diferencial de preços de custos. A FTC, em sua ordem de cessação de prática, permite desconto de menos que 5 (cinco) centavos de dólar: “that this shall not prevent price differences of less than five cents per case which do not tend to lessen, injure, or destroy competition among such wholesalers (retailers)”. A Morton Salt suscitou a seguinte dúvida: a FTC autorizou um desconto de até cinco centavos ou mesmo este desconto está condicionado a não causar prejuízo?

A Suprema Corte, ao final, manteve a decisão da FTC, pela ilegalidade da prática, exceto pela qualificação dos less than five cents per case::

“The enforcement responsibility of the courts, once a Commission order has become final either by lapse of time or by court approval, 15 U.S.C. 21, 45, 15 U.S.C.A. 21, 45, is to adjudicate questions concerning the order's violation, not questions of fact which support that valid order”. “Since the qualifying clauses constitute an important limitation to the provisos, we think the Commission should have an opportunity to reconsider the entire provisos in light of our rejection of the qualifying clauses, and to refashion these provisos as may be deemed necessary.”³²

E esse entendimento não sofreu mudança, como ilustra o caso de 1990, *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543 (1990). Em poucas palavras, a

³² O Juiz Jackson, no entanto, em seu voto de dissenso (ao qual se juntou o Juiz Frankfurter), afirma que:

“The Robinson-Patman Act itself, insofar as it relates to quantity discounts, seems to me, on its face and in light of its history, to strive for two results, both of which should be kept in mind when interpreting it. On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer. I think the Court's disposition of this case pretty much sanctions an obliteration of the difference between discounts which the Act would foster and those it would condemn”.

Texaco comercializava gasolina para dois distribuidores, Gulf e Dompier, a um preço inferior àquele praticado para revendedores, porém a empresa justificou a discriminação, inter alia, afirmando que se tratava de um desconto funcional (functional discount), dado aos distribuidores e não aos revendedores.

A princípio³³, o Juiz Stevens admite uma distinção entre distribuidores e revendedores. Em tese, haveria certa tolerância para discriminação entre eles (note-se que o desconto oferecido pela Morton Salt era “funcional” e também baseado nas quantidades adquiridas, independentemente da natureza do cliente):

“We generally agree with this description of the legal status of functional discounts. A supplier need not satisfy the rigorous requirements of the cost justification defense in order to prove that a particular functional discount is reasonable and accordingly did not cause any substantial lessening of competition between a wholesaler's customers and the supplier's direct customers.”

“In this case, however, both the District Court and the Court of Appeals concluded that even without viewing the evidence in the light most favorable to respondents, there was no substantial evidence indicating that the discounts to Gull and Dompier constituted a reasonable reimbursement for the value to Texaco of their actual marketing functions.”

Ou seja, o “desconto funcional” seria teoricamente aceitável, conquanto, em termos quantitativos, fosse relacionado a funções do fabricante assumidas pelo distribuidor. A legalidade da discriminação de preços permanece condicionada à conexão entre diferença de preços e de custos (por quantidade ou por funções repassadas aos distribuidores).

E, ainda com relação ao caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, é interessante ressaltar que, em se tratando de um caso de discriminação secundária, não se fez distinção pelo fato de os beneficiários (distribuidores) não serem concorrentes diretos das partes prejudicadas (revendedores). Ao contrário, de acordo com o Juiz Stevens:

³³ “In *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, the Supreme Court attempted to clarify the issue of functional discounts. Certain language in the opinion suggests that such discounts do not violate the Robinson-Patman Act so long as they are limited to reimbursing for the wholesaler/retailer for performing of wholesaling functions. Other language continues to muddy the waters, however, and thus the law remains somewhat unclear.” (Ross, 1993:445)

“As we recognized in *Falls City Industries*, ‘the competitive injury component of a Robinson-Patman Act violation is not limited to the injury to competition between the favored and the disfavored purchaser; it also encompasses the injury to competition between their customers’. This conclusion is compelled by the statutory language, which specifically encompasses not only the adverse effect of price discrimination on persons who either grant or knowingly receive the benefit of such discrimination, but also on ‘customers of either of them’.”³⁴

Por fim, para concluir essas considerações sobre a justificativa para a discriminação de preços baseada em diferenças de custos, retoma-se a aparente controvérsia entre proteger a concorrência e coibir descontos (em alguma medida) associados a menores custos.

Faz-se referência aqui, em particular, à discriminação de preços secundária, que proíbe que descontos comerciais sejam oferecidos, em geral, para os grandes clientes, porque, em tese, prejudicam a concorrência com os pequenos clientes. A racionalidade é bastante conhecida: tais descontos podem gerar um círculo vicioso, no qual quem adquire maiores quantidades, por ser justamente maior acaba por eliminar a concorrência dos pequenos competidores.

“The legislative history of the Robinson-Patman Act makes it abundantly clear that Congress considered it to be an evil that a large buyer could secure a competitive advantage over a small buyer solely because of the large buyer's quantity purchasing ability. The Robinson-Patman Act was passed to deprive a large buyer of such advantages except to the extent that a lower price could be justified by reason of a seller's diminished costs due to quantity manufacture, delivery or sale, or by reason of the seller's good faith effort to meet a competitor's equally low price.”

A citação acima, do caso *FTC v. Morton Salt Co.*, traz à tona a questão: por que a necessidade da exata igualdade entre desconto comercial e redução de custos associada à maior quantidade comercializada?

O Juiz Jackson, em seu voto de dissensão em *FTC v. Morton Salt Co.* (ao qual se juntou o Juiz Frankfurter), afirma que:

³⁴ O caso *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), será analisado na seqüência, tendo em vista outros aspectos de interesse.

“The Robinson-Patman Act itself, insofar as it relates to quantity discounts, seems to me, on its face and in light of its history, to strive for two results, both of which should be kept in mind when interpreting it. On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer. I think the Court’s disposition of this case pretty much sanctions an obliteration of the difference between discounts which the Act would foster and those it would condemn.”

A busca por maior volume de vendas / participação de mercado orienta a busca por menores custos, podendo dar margem à discriminação de preços. A proibição dessa prática (caso não integralmente justificada pelo diferencial de custos) pode inibir o vigor competitivo e, conseqüentemente, a redução de custos que, se generalizada, beneficia a todos.

O caso Goodyear Tire & Rubber Co., de 1936 e, portanto, anterior ao caso Morton Salt Co. e ao próprio RPA, é, nas palavras de Ross (1993:451), um exemplo de razoabilidade:

“Although price differentials cannot be justified bases on ‘remote and unsubstantial differences in cost’, the was quite clear that ‘a discount is not to be condemned merely because it does not mathematically accord with cost differences’. The Commission emphasized that the ‘problem is a practical one and must depend on the effect and intent of the scheme as a whole’; the pricing scheme should therefore be evaluated with an eye toward ensuring ‘equality to purchasers’ and requiring that price differences ‘be reasonably related to the difference in cost and not a covert means of favoritism’.”

Deve-se admitir que a comercialização do mesmo produto para clientes diversos com preços diferentes, embora não integralmente justificada em diferenciais de custos, pode ensejar forma de organização das relações comerciais e de produção mais eficiente.

Porque são reduzidos os custos de produção, de transporte ou de transação entre as partes, por exemplo, os descontos obtidos pelas grandes re-

des varejistas podem ser repassados aos consumidores finais, resultando, em princípio, em ganhos bem-estar econômico para o conjunto da sociedade. Há necessariamente um efeito concorrencial negativo que invalida aquele resultado? Historicamente houve a eliminação de pequenos varejistas por grandes redes de lojas ou houve o crescimento aproximadamente homogêneo das escalas de cada um? Se houve a eliminação naqueles termos, ela foi causada pelo desconto oferecido pelas empresas localizadas a montante? E, ainda, a eliminação da competição dos pequenos varejistas pode levar à monopolização do mercado ou resta concorrência bastante entre grandes redes capaz de disciplinar o uso do poder de mercado?

Essas e outras questões, é claro, fogem ao escopo desse artigo. São questões complexas, que demandariam análise empírica aprofundada, mas que ao menos revelam uma das mais importantes controvérsias a respeito do RPA. Para alguns, a concentração de mercado ocorrida desde sua promulgação é indicativa da fragilidade com que foi aplicado o RPA. Para outros, de seu equívoco seminal. Dentro dos limites aqui colocados, é suficiente concluir, secundando o Juiz Jackson mencionado acima, que é necessário distinguir entre a discriminação arbitrária e aquela que guarda relação, mas não necessariamente integral, com custos menores.

II.4.2. Meeting Competition Defense

Como mencionado anteriormente, o § 2(b) do RPA não é claro quanto ao status da meeting competition defense: sua aplicação restringe-se à reversão do ônus da prova de uma acusação prima facie ou se constitui em uma defesa em si, nos mesmos termos da baseada em custos? Essa questão foi dirimida pela Suprema Corte em sua análise do caso *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231 (1951) (vide também Areeda e Kaplow, 1997:944), examinado adiante.

Outro ponto de interesse refere-se justamente ao que se entende por “encontrar a competição”. O § 2(b) do RPA estabelece que:

“... nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.” (sublinhou-se)

Apenas como exemplo, pode-se supor que, por uma eventualidade qualquer, a demanda pelo produto em determinada região encontra-se muito

reduzida e, conseqüentemente, que os preços praticados naquela localidade tenham sido diminuídos. Se um ofertante, com atuação em outro mercado relevante geográfico, reduz o preço de venda para aquela localidade, mas não o faz para as demais localidades em que comercializa o produto, ele pratica a discriminação de preços?

“Encontrar a competição” enquadra-se, sob determinadas circunstâncias, nesse exemplo. O ofertante age *bonna fide*, quando reduz o preço de forma precisamente a igualar o preço vigente em determinado mercado. A diminuição do preço não pode ir além do necessário para encontrar o preço igualmente baixo (to meet an equally low price of a competitor):

“The act therefore makes it clear that a discount that exceeds those necessary to meet competition – i.e., a discount that is intended to beat, rather than meet, a rival’s price – is unlawful.” (Ross, 1993:459)

Os casos *FTC v. A. E. Staley Mfg Co.*, 324 U.S. 746 (1945) e *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), por outro lado, ilustram a dificuldade de se determinar se a discriminação resulta do objetivo de reduzir o preço para encontrar a competição ou se a discriminação é, antes, o resultado do preço elevado em outra localidade.

O caso *FTC v. A. E. Staley Mfg Co.*, 324 U.S. 746 (1945) é “gêmeo” do caso *Corn Products*, já referido, e sua defesa baseava-se justamente no encontro do preço praticado pela *Corn* segundo o seu basing point system. A *Staley* comercializava glucose e tinha fábrica localizada em Decatur, Illinois, nas proximidades de Chicago, em concorrência com a *Corn Products*. O sistema de preço da *Staley* seguia o da *Corn*, tendo por referência o preço de Chicago, acrescido da despesa de transporte. De acordo com a *Staley*, tratava-se de “encontrar a competição”, ou seja, adotar a sistema adotado pela *Corn*, caso contrário não seria possível atuar competitivamente em Chicago.

O Juiz Stone, no entanto, recusou a meeting competition defense, porque a prática não resultava unicamente na igualação do preço mais baixo em Chicago, mas também na elevação não justificada do preço cobrado pela *Staley* para os clientes localizados nas proximidades da fábrica em Decatur.

“The statutory test is whether respondents, by their basing point system, adopted a ‘lower price ... in good faith to meet an equally low price of a competitor’ [...] On the contrary, respondents have used their pricing system to adopt the delivery prices of their Chicago competitors, by charging their own customers upon shipments from Decatur the Chicago base price plus their competitors’ costs of delivery from Chicago. Even though respondents,

at many delivery points, enjoyed freight advantages over their competitors, they did not avail of the opportunity to charge lower delivered prices. Instead they maintained their own prices at the level of their competitors' high prices, based upon the competitors' higher costs of delivery, by including phantom freight in their own delivered prices.”

Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a Staley, “ao encontrar o preço” igualmente baixo vigente em Chicago, a rigor discriminou os adquirentes localizados mais próximos de Decatur, de quem cobrava preço mais elevado.

Em *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), a decisão da Suprema Corte apresenta nuances mais acentuadas.

Falls City fabricava e comercializava cerveja para a Vanco, distribuidora em Evansville (Indiana), a preço superior em relação às vendas para a Dawson Springs, Inc., distribuidora em Henderson (Kentucky). As duas cidades faziam parte de uma área metropolitana, porém os varejistas de Evansville não podiam adquirir o produto de distribuidores de outros Estados, assim como os distribuidores de Indiana não podiam vender o produto para varejistas de outras Estados, de acordo com a legislação de Indiana. Vanco e Dawson Springs, portanto, não eram concorrentes diretos entre si³⁵. De acordo com a Suprema Corte, em decisão unânime:

“The ‘facts and circumstances’ present in Staley differ markedly from those present here [...] there is no evidence that Falls City’s lower prices in Kentucky were set as part of a plan to obtain artificially high profits in Indiana rather than in response to competitive conditions in Kentucky.

[...]

³⁵ Já se mencionou anteriormente, tendo por referência o caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, de discriminação secundária, que não se faz distinção pelo fato de os beneficiários (distribuidores) não serem concorrentes diretos das partes prejudicadas (revendedores). O que não se confunde com a concessão de descontos funcionais. No caso *Falls City*, Vanco e Dawson Spring não eram concorrentes, mas seus clientes eram, uma vez que os consumidores se deslocavam de uma cidade a outra para adquirir a cerveja junto aos varejistas. Assim, de acordo com o Juiz Blackmun: “... the competitive injury component of a Robinson-Patman Act violation is not limited to the injury to competition between the favored and the disfavored purchaser; it also encompasses the injury to competition between their customers – in this case the competition between Kentucky retailers and Indiana retailers who, under a District Court finding not challenged in this Court, were selling in a single, interstate retail market”.

The District Court and the Court of Appeals did not decide whether Falls City had shown facts that would have led a reasonable and prudent person to conclude that its lower price would meet the equally low price of its competitors in Kentucky throughout the period at issue in this suit.

[...]

Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion.”

Parece pacífico que o sucesso de uma defesa baseada no “encontro da competição” repousa na demonstração de que o preço foi reduzido estritamente ao montante necessário para igualar o preço (mais baixo) dos concorrentes; que a redução do preço não ultrapassou esse limite. Por outro lado, não é nada trivial, como demonstrado, identificar em casos concretos se o “preço menor” foi reduzido para encontrar a competição ou se o “preço maior” foi aumentado para subsidiar o preço baixo praticado nas vendas para outras localidades / clientes.

O caso *Falls City v. Vanco*, ademais, é complexo, introduzindo outras questões de interesse. Por exemplo, a decisão da Suprema Corte evidencia, mais uma vez, que o ônus da prova para reversão da ilegalidade *prima facie* recai sobre a representada³⁶ e que a *meeting competition defense* tem o mesmo status da defesa baseada em custos, ou seja, que, se demonstrada a boa-fé para equiparar o preço igualmente baixo do concorrente, a defesa é suficiente em si mesma:

“When proved, the meeting-competition defense of 2(b) exonerates a seller from Robinson-Patman Act liability. *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231 (1951).”³⁷

³⁶ A objeção às decisões das instâncias inferiores deve-se à desconsideração das informações trazidas pela *Falls City*. “Neither the District Court nor the Court of Appeals addressed the question whether Falls City had shown information that would have led a reasonable and prudent person to believe that its lower Kentucky price would meet competitors’ equally low prices there; indeed, no findings whatever were made regarding competitors’ Kentucky prices, or the information available to Falls City about its competitors’ Kentucky prices.”

³⁷ Faz-se referência à jurisprudência estabelecida no caso *Standard Oil Co. v. FTC*, em que a empresa foi acusada de discriminar preços em suas vendas de gasolina para quatro distribuidores em Detroit, a um preço menor do que aquele de venda para varejistas (postos de gasolina) na mesma área.

A meeting competition defense oferecida não foi aceita pela FTC, mas pela razão errada:

“The question before us, therefore, is whether the amendments made by the Robinson-Patman Act deprived those facts of their previously recognized effectiveness as a defense [...] In its opinion in the instant case, the Commission recognizes that it is an absolute defense to a charge of price discrimination for a seller to prove, under 2 (a), that its price differential makes only due allowances for differences in cost or for price changes made in response to changing market conditions [...] The Commission says, however, that the proviso in 2 (b) as to a seller meeting in good faith a lower competitive price is not an absolute defense if an injury to competition may result from such price reduction. We find no basis for such a distinction between the defenses in 2 (a) and (b).

[...]

There is nothing to show a congressional purpose, in such a situation, to compel the seller to choose only between ruinously cutting its prices to all its customers to match the price offered to one, or refusing to meet the competition and then ruinously raising its prices to its remaining customers to cover increased unit costs. There is, on the other hand, plain language and established practice which permits a seller, through 2 (b), to retain a customer by realistically meeting in good faith the price offered to that customer, without necessarily changing the seller’s price to its other customers.”

Ross não é o único a apontar o problema fundamental derivado dessa formulação³⁸:

“... one of the principal reasons for enacting the Robinson-Patman Act was to prevent sellers from offering favorable prices to powerful buyers. If such a buyer is able to induce one seller to give it a discount, then the defense allows all other sellers to match the discount, despite the significant injury to less powerful buyers [...] If Standard Oil sells at a discriminatory low price to favored jobbers only because they received an equally low offer

³⁸ Veja-se, por exemplo, o voto de dissenso do Juiz Reed no caso *Standard Oil Co. v. FTC*, no qual ele conclui: “We believe that good faith meeting of a competitor’s price only rebuts the prima facie case of violation established by showing the price discrimination. Whether the proven price discrimination is of a character that violates 2 (a) then becomes a matter for the determination of the Commission on a showing that there may be injury to competition”.

elsewhere, these jobbers will have a marketplace advantage over Standard's disfavored buyers regardless of what Standard does, and nothing is gained by forbidding Standard from keeping the business itself." (Ross, 1993:461)

Em termos mais simples e bastante gerais, essa interpretação reduz significativamente a efetividade da proibição legal contra a discriminação de preços. Particularmente no que diz respeito à do tipo secundária, há, por parte de quem adota a prática, um objetivo precípua que é manter o grande cliente; evitar que aquele volume significativo de vendas seja carreado para seu concorrente direto. Do mesmo modo que há o poder de barganha exercido pelo grande cliente, negociando simultaneamente com vários fornecedores, para a obtenção do melhor preço possível, tanto em termos absolutos, quanto em relação aos demais adquirentes (pequenos ou grandes).

Assim sendo, isto é, (i) se "bater" o preço do competidor é parte integrante da lógica comercial e (ii) se a meeting competition defense é aceita como uma defesa que exonera o seller from Robinson-Patman Act liability (Standard Oil Co. v. FTC), parece que resta muito pouco do RPA como um instrumento de proteção à concorrência entre pequenos e grandes adquirentes de produtos e serviços contra a discriminação secundária de preços. No próximo item, essa e outras conclusões são retomadas à guisa de síntese.

III. UMA síntese

A constatação do progressivo desuso do RPA³⁹ não invalida as críticas feitas nos itens anteriores, que obviamente não esgotam as ambigüidades que cercam a discriminação de preços⁴⁰.

³⁹ "Following a change in membership, the [Federal Trade] Commission reduce the number of companies charged in Robinson-Patman Act complaints from an average of seventy-four per year in 1960-1965 to 5,6 in 1966-1970. A further drop ensued in the 1970s as attempts were made to reform the Commission's case selection procedures and screen out specious or downright anticompetitive actions. Between 1975 and 1982, only six formal complaints were issued, and from 1983 to 1986, only one additional complaint emerged." (Scherer e Ross, 1990:516)

⁴⁰ Uma questão não mencionada aqui, por exemplo, é a relação entre discriminação de preços e cartelização. Muitos autores apontam que a discriminação de preços poderia ser consentida, pois torna mais difícil a celebração e a manutenção de acordos de preços entre empresas concorrentes. Scherer e Ross (1990:500), por exemplo, afirmam que: "Another important procompetitive effects is the tendency of unsystematic price discrimination to undermine oligopoly discipline [...] When secret price shading of this sort occurs frequently, sellers may lose all confidence in their rivals' willingness

Do mais consensual para o mais controverso, há o efeito da discriminação sobre a renda dos consumidores, isto é, seu efeito distributivo destes para os produtores. Não há dúvida de que, com relação a uma situação de equilíbrio de concorrência perfeita, a discriminação reduz o excedente dos consumidores, sem resultar uma “compensação” em termos de expansão da produção e do consumo. Todavia, afastando-se da artificialidade descritiva do mercado perfeitamente competitivo, há essa nuance: a discriminação tende a ampliar o nível de utilização dos recursos (eficiência alocativa), ao mesmo tempo em que tem efeitos distributivos negativos.

Questiona-se, também num âmbito geral de análise, se a discriminação de preços não é algo inerente às relações de mercado e eventualmente benéfica para a própria competição, como muito bem sintetizado por Ross (1993:401):

“In industries controlled by a few large firms, no one is likely to announce widespread price reductions because to do so would simply start a price war: rivals would match the lower prices and none of the firms would gains in increased market share. In these industries, the temptation to gain market share leads instead to selective price cutting, which may eventually ripen into real price competition. But the Robinson-Patman Act prohibits selective price cutting.” (Ross, 1993:401)

Nem mesmo há uma conclusão inequívoca acerca da relação entre discriminação de preços e eliminação de pequenos competidores, mais frágeis na disputa por manutenção de suas vendas e incapazes de se beneficiarem dos descontos oferecidos aos grandes clientes. Não é certo tampouco se o consumidores seriam realmente beneficiados pela existência de um grande número de pequenos estabelecimentos comerciais ou se, ao contrário, são as empresas de grande porte que têm condições de oferecer produtos e serviços a menores preços (porque são mais eficientes em geral e, em particular, porque conse-

to cooperate toward a common price policy, and the resulting loss of discipline makes joint oligopoly profit maximization impossible”. Ou, conforme **Posner e Easterbrook** (1981:952): “A cartel member who wished to cheat would be inclined to grant discounts (or rebates) to its largest purchasers, because this would produce the maximum diversion of sales in a minimum number of transactions; and minimizing the number of transactions reduces the probability that the cheating will be detected”. Enfim, esse tema não pode ser analisado como se deve em uma nota de rodapé, mas não se pode deixar de assinalar, todavia, que a discriminação (o preço predatório também) pode ser um instrumento de “chamamento dos renitentes” para o cartel, uma ameaça de punição caso não haja a adesão ao comportamento coordenado.

guem usar seu poder de compra para obtenção de menores preços juntos aos fornecedores)⁴¹.

Peritz (1981) foi muito feliz ao destacar, como no trecho citado na epígrafe, que o contexto histórico em que o RPA foi promulgado favorecia a supremacia da política econômica sobre questões técnicas concorrenciais atinentes à discriminação de preços.

Por outro lado, a equiparação dessa prática (como discriminação primária) à predação e o reconhecimento de que as relações entre fornecedores e compradores (discriminação secundária) estão sujeitas a custos que podem ser minimizados segundo a regularidade e a escala das transações não podem e não devem negar in totum a proibição da discriminação de preços. Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que essa prática é um instrumento de apropriação de valor por parte dos produtores. E, no plano concorrencial, a discriminação pode se constituir em meio importante de mitigação da concorrência. Toda segmentação de mercado, como aquela realizada pela discriminação de preços (por porte do cliente/consumidor, por destinação geográfica etc.), significa, em alguma medida, a redução do número de ofertantes e pode propiciar o exercício de poder de mercado.

Referências bibliográficas e de jurisprudência

Areeda, Phillip e Kaplow, Louis (1997). *Antitrust Analysis. Problems, text, cases*. 5ª Edição. Nova York, Aspen Law & Business.

Breit, William e Elzinga, Kenneth G. (1996). *The Antitrust Casebook. Milestones in economic regulation*. 3ª Edição. Fort Worth, The Dryden Press.

Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M. (1994). *Modern Industrial Organization*. Nova York, HarperCollins College Publishers, 2ª edição.

Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC, 324 U.S. 726 (1945).

Falls City Industries v. Vanco Beverage, 460 U.S. 428 (1983).

FTC v. A. E. Staley Mfg Co., 324 U.S. 746 (1945).

FTC v. Anheuser-Busch, Inc., 363 U.S. 536 (1960).

FTC v. Borden Co., 383 U.S. 637 (1966).

FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37 (1948).

⁴¹ “The argument that a ban on price discrimination preserves small firms is an argument that smallness is a virtue independent of the effect on allocative efficiency.” (Posner e Eaterbrook, 1981:953)

Landes, William e Posner, Richard (1981). “Market Power in Anti-trust Cases”. Harvard Law Review. Março.

Peritz, Rudolph J. R. (1981). Competition Policy in America, 1888-1912. History, rhetoric, law. Nova York, Oxford University Press.

Posner, Richard A. e Easterbrook, Frank H. (1981). Antitrust. Cases, economic notes and other materials. 2ª Edição. West Group.

Ross, Stephen F. (1993). Principles of Antitrust Law. Nova York. The Foundation Press, Inc.

Santacruz, Ruy (2002). “Antitruste, Eficiência Econômica, Curvas, Triângulos e Retângulos”. Revista do IBRAC, vol. 9. nº 5.

Scherer, F. M. e Ross, David (1990). Industrial Market Structure and Economic Performance. Boston, Houghton Mifflin Company, 3ª edição.

Standard Oil Co. v. FTC, 340 U.S. 231 (1951).

Sullivan, Lawrence e Grimes, Warren (2000). The Law of Antitrust: an Integrated Handbook. Minnesota, West Group.

Texaco Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990).

Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii, 386. U.S. 685 (1967).

Varian, Hal (1994). Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro, Campus.

ANEXO 1

CLAYTON ACT COMO EMENDADO PELO ROBINSON-PATMAN ACT (15 U.S.C. 13)

(a) Price; selection of customers

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differen-

tials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned.

(b) Burden of rebutting prima-facie case of discrimination

Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.

(c) Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of

value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid.

(d) Payment for services or facilities for processing or sale

It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities.

(e) Furnishing services or facilities for processing, handling, etc.

It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.

(f) Knowingly inducing or receiving discriminatory price

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.