

FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA NO E-COMMERCE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Murilo Machado Sampaio Ferraz

Resumo: O objetivo deste artigo é estudar, a partir de um Caso Gerador Hipotético que descreve a política comercial de uma empresa fictícia que deseja limitar/controlar o preço dos produtos por ela fabricados aos consumidores finais praticado pelos seus distribuidores na revenda dos produtos pela Internet, o chamado *e-commerce*, como a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE evoluiu na análise da prática de Fixação de Preço de Revenda – FPR desde os primeiros casos que foram levados a julgamento no final da década de 1990 - “Caso Kibon” e “Caso Kinder Ovo”, ambos julgados em 1997 - até o paradigmático “Caso SKF”, julgado no início de 2013, que ficou marcado por ser a primeira condenação do CADE relacionada a tal conduta. Na conclusão demonstra-se que o entendimento atual do CADE, o qual pode servir como balizador das decisões/políticas comerciais dos agentes de mercado a fim de evitar a configuração da conduta de FPR é no sentido que os agentes econômicos, em especial aqueles com participação de mercado superior à 20% em seus mercados de atuação, devem ficar mais cautelosos em suas práticas comerciais, em especial aqueles que dizem respeito à precificação dos seus produtos na etapa posterior da cadeia produtiva, evitando toda e qualquer medida que possa ser interpretada como um mecanismo para o monitoramento dos preços praticados ou punição/retaliação por eventuais desvios nas orientações sobre precificação.

Palavras-Chave: Defesa da Concorrência; Fixação de Preço de Revenda; Conduta Unilateral; Comércio Eletrônico; Sugestão de Preço de Revenda.

Keywords: Competition Policy; Resale Price Maintenance; Unilateral Conduct; e-Commerce - Resale Price Suggestion.

1. Apresentação do Caso Gerador Hipotético

A empresa Bolas Ovaladas do Brasil Ltda. (“BOB LTDA.”), fabricante de bolas para *Rugby*, consultou um advogado sobre as possíveis implicações concorrenciais de modificações que pretende introduzir em sua

política comercial, através de uma carta comercial que gostaria de encaminhar aos seus distribuidores com novas orientações/limitações para a precificação de seus produtos na venda aos consumidores finais. Tais limitações seriam aplicadas aos distribuidores/varejistas que atuam no *e-commerce* (sites de Internet e aplicativos para dispositivos móveis). A própria BOB LTDA. possui um site destinado à venda direta de seus produtos. A minuta da carta comercial apresentava, previsão de mecanismos de retaliação para hipótese dos clientes não seguirem precificação sugerida, tais como: (i) interrupção de investimentos em marketing; (ii) redução de descontos; (iii) revogação da autorização para revenda dos produtos da BOB LTDA.¹ Após a análise da minuta da carta comercial, e de informações de mercado, o advogado identificou preocupações relacionadas à prática de Fixação de Preço de Revenda (“FPR”) e visando a sua mitigação elaborou algumas sugestões de ajustes na política comercial que se pretende implementar. Para analisar as implicações concorrenciais das modificações na sua política comercial, foram consideradas informações disponíveis no site da empresa segundo as quais ela: “*É líder dos mercados latino-americano e brasileiro de bolas para a prática de Rugby, sendo a única empresa homologada pela Federação Internacional deste esporte para a fabricação de bolas oficiais para a prática deste esporte no Brasil*”. Adicionalmente, com base em dados de um instituto de pesquisa independente foi verificado que no último ano a participação da BOB LTDA. no mercado nacional de bolas para prática de *Rugby* foi estimada em aproximadamente 41%. Desta informação se inferiu que a BOB LTDA. possui *posição dominante*² no mercado brasileiro de bolas para a prática de *Rugby*, nos termos

¹ A BOB LTDA., com o objetivo de melhorar a rentabilidade de todos os seus parceiros comerciais e garantir preços mais favoráveis aos consumidores, evitando que estes passem pelo dissabor de encontrar o mesmo produto com um preço inferior em outro site concorrente após a conclusão do ato da compra, a partir do primeiro dia útil do próximo mês, passará a utilizar uma ferramenta eletrônica de monitoramento de dados de última geração para acompanhar a precificação dos seus produtos nos sites de todos os seus distribuidores/varejistas que realizam vendas virtuais, isto é *e-commerce*, de suas bolas de *Rugby*. Através desta moderníssima ferramenta de monitoramento, sempre que for identificado que um parceiro comercial está praticando preços diferentes dos sugeridos em nossas negociações, poderão ser aplicadas unilateralmente penalidades que envolvem desde a interrupção dos investimentos em marketing (na primeira infração), passando pela diminuição gradativa dos descontos comerciais (2,5% a menos no desconto por infração, a partir da segunda infração) e podendo chegar até à revogação da autorização para revenda dos produtos da BOB LTDA..

² Entende-se como posição dominante, ou poder de mercado, o controle de parcela substancial de mercado relevante por empresa ou grupo de empresas e presumida a partir de um indicador de participação de mercado superior a 20%.

Na antiga Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, Lei 8.884/94, esta presunção era

do artigo 36, § 2º da Lei 12.529/11 (“Lei Brasileira de Defesa da Concorrência” ou “LDC”).

2. A Fixação de preço de revenda (“FPR”) na legislação e na doutrina concorrencial brasileira

A LDC em seu artigo 36, IX inclui no rol exemplificativo de infrações à Ordem Econômica a seguinte prática: IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;”.

A doutrina especializada denomina tal prática como Fixação de Preço de Revenda (FPR) uma conduta unilateral/restrrição vertical na qual há uma pré-determinação pelo vendedor (localizado no mercado à montante), que pode ser tanto o produtor, quanto o distribuidor de determinado produto, do preço que deverá ser praticado pelo comprador (aquele que se localiza no mercado à jusante) geralmente representado pelo varejista, ou algum intermediário da cadeia produtiva, para revenda de determinado produto³.

relativa (que admite prova em contrário) em decorrência da interpretação do art. 20 §3º da Lei 8.884/94 que determinava a notificação ao CADE de operações entre empresas que atingissem tal market share.

Na Lei 12.529/11 o legislador optou por dispor expressamente, no artigo 36 §2º, sobre a situação em que se configura a posição dominante: § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

Vale ressaltar que o alcance da posição dominante foi obtido por meio de um processo natural, fundado na maior eficiência econômica de um agente em relação a seus competidores não é considerado um ilícito.

³ Sobre este tema assim se posiciona o Professor Calixto Salomão Filho: “Entre as grandes categorias aqui formuladas, a última que exige análise específica é a chamada ‘uniformização de preço ou condições de revenda’. Consiste ela em uma série de condições uniformes impostas ou sugeridas pelo produtor para a venda de um determinado produto. Pode ele uniformizar o preço máximo ou o preço mínimo de revenda, dividir territórios ou de qualquer forma eliminar a concorrência entre seus distribuidores. Exatamente essas duas características – eliminação da concorrência e sua orquestração em um nível de mercado diverso daquele em que ela efetivamente ocorre – dão individualidade a essa conduta. Por essas mesmas características suas várias formas de revelação são denominadas ‘restrições verticais à concorrência’.”

Em artigo sobre o tema César Matos lembra que são identificadas pela doutrina três formas de FPR: (i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; (iii) fixação de preço rígido de revenda fixo⁴. A primeira ocorre quando o produtor estabelece um piso, abaixo do qual o seu produto não pode ser revendido. Já a segunda trata-se do estabelecimento de um teto, o valor máximo que os revendedores podem cobrar na venda dos produtos. E a última é a determinação do exato valor pelo qual o produto pode ser comercializado aos consumidores finais, não sendo admitida nenhuma variação e eliminando completamente o espaço para competição entre os distribuidores/pontos de venda.

A FPR é discutida pelas autoridades de defesa da concorrência em todo o mundo, pois se entende que a imposição de preços ou condições, por exemplo, a empresa a montante prejudica ou elimina a concorrência à jusante. Em vários casos costuma-se justificar a racionalidade de tal prática pela necessidade de evitar o efeito carona (free rider), proteção e manutenção da marca em determinada posição desejada pelo fornecedor (ex. preço mínimo para comercialização de determinados artigos de luxo), ou uma forma para diminuir a concorrência intramarca (evitando o chamado canibalismo) e beneficiar a concorrência intermarca. Sobre os efeitos positivos, isto é, as eficiências econômicas geradas pela prática de FPR, vale destacar as palavras de Priscila Brólio Gonçalves:

Já no que tange aos efeitos positivos, ou seja, pró-eficiência, esta prática está geralmente associada à: (i) eliminação do problema da dupla marginalização; (ii) eliminação do efeito carona (free riders); (iii) preservação da imagem do produto; (iv) fortalecimento da concorrência intramarcas; (v) incentivo à entrada de novos concorrentes, tanto no mercado upstream quanto

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P.296

Vale destacar que não houve alteração na disciplina desta conduta entre o texto do art. 21, XI da antiga LDC (8.884/94) com o supracitado texto do art. 36, IX da Lei 12.529/11. Nesse sentido, ainda permanece com grande valor para a conceituação da prática as disposições da Resolução CADE 20/99, editada com o fim de informar e dar transparência aos critérios adotados pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras, além de conceituar as restrições verticais³, definia a prática de FPR nos seguintes termos: “o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores [...] com ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços.”

⁴ MATTOS, César. Fixação de Preços de Revenda (Resale-Price Maintenance-FPR): Elementos para um Roteiro de Investigação. Revista do Ibrac / Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. Imprenta: São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 1994.

downstream; (vi) aumento da lealdade e cooperação dos distribuidores com os fornecedores; e (vii) aumento da capacidade do fornecedor de fazer frente ao poder de compra dos grandes estabelecimentos varejistas que comercializam diversas marcas, inclusive próprias⁵

Tradicionalmente o CADE adotava a regra da razão na análise de casos de FPR procurando identificar se a imposição de preços/condições era realizada por empresa detentora de posição dominante no mercado relevante e se os benefícios decorrentes da prática eram maiores que os efeitos deletérios decorrentes da limitação à competição. Nesse sentido encontramos o caso clássico das tabelas de preço de sorvetes (caso KIBON – Processo Administrativo 148/99), no qual o CADE afirmou que a FPR deveria ser analisada à luz dos efeitos concretos no mercado.

Este posicionamento, foi seguido em diversos outros casos⁶ em que o CADE durante a instrução constatava que os clientes não eram submetidos à nenhuma penalidade se o preço cobrado fosse diferente do preço estabelecido pelos produtores concluindo que não se tratava de fixação do preço de revenda e sim meras sugestões.

Todavia este posicionamento foi alterado, em janeiro de 2013, no julgamento do caso SKF (Processo Administrativo 08012.001271/01-44⁷).

⁵ GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo. Editora Singular, 2002. p. 186/204.

⁶ Vide: Caso Kinder Ovo (1997) [Averiguação Preliminar 08000.0062701997-88 e Consulta 20/97, julgada em 22.10.1997]; Caso das Gomas de Mascar (1997) [Consulta n. 14/96, julgada em 12.11.1997]; Editora Ática (1998) [Processo Administrativo 08000.0018299/96-86, julgado em 16.09.1998]; Casos no Setor de Cimento (década de 1990) [Processos Administrativos 91/92 e 103/92]; Caso Volkswagen (1999) [Processo Administrativo 89/92 julgado em setembro de 1999; Caso FIAT (1999) [Processo Administrativo 08000.017766/95-33 julgado em 06 de outubro de 1999]; Caso Brahma (1999) [Processo Administrativo 08000.000146/96-55]; Caso Catavento (2000) [Averiguação Preliminar 08000.001191/95-64, julgada em 14 de fevereiro de 2000]; Caso Ambev I (2009) [Processo Administrativo 08012.004363/2000-89]; Caso dos Sucos Del Valle (2009) Averiguação Preliminar 08012.009912/2005-32; Caso dos Calçados Esportivos (2009); Livros Didáticos (2011) [Averiguação Preliminar 08012.001743/2002-40, julgado em 27 de julho de 2011]; Caso Ambev 2 (2012) [Procedimento Preparatório 08012.001626/2008-71]; Caso CAA/DF (2013) [Processo Administrativo 08012.012420/99-6, julgado em novembro de 2013]; Caso dos Filtros D'Água (2011) [Averiguação Preliminar 08012.009674/2008-16].

⁷ Atualmente a SKF está discutindo a decisão do CADE no Processo Administrativo 08012.001271/01-44 em juízo tendo obtido uma decisão liminar favorável (suspendendo a decisão do CADE) em maio de 2015.

Naquele caso, a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ, órgão que era responsável pela instauração e desenvolvimento das investigações na antiga estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, concluiu que a representação contrária a SKF pela prática só deveria ser considerada pertinente se comprovado que a empresa detinha posição dominante no mercado relevante, e por esta razão recomendou o seu arquivamento. Porém o plenário do CADE, por maioria, entendeu que a empresa SKF do Brasil Ltda., subsidiária do grupo Sueco SKF, fixou o preço de revenda de seus rolamentos industriais por seus distribuidores/revendedores durante um período de sete meses (entre meados de 2000 e 2001) e impôs uma sanção pecuniária de 1% sobre o faturamento da companhia no ano de 2000. A importância desta decisão está no fato de que apesar de não existir previsão de violações antitruste "*per se*" nos termos da legislação antitruste brasileira, agora o CADE tem partido gradualmente de uma análise caso a caso baseada na regra da razão, para uma abordagem mais conservadora em relação à avaliação da legalidade de certos comportamentos unilaterais com alto potencial de produzir danos à concorrência, principalmente na prática de FPR⁸.

⁸ Caso SKF (2013) [Processo Administrativo 08012.001271/2001-44]: Como exposto, a condenação da SKF pelo CADE por suposta prática de FPR em janeiro de 2013 é considerada paradigmática por ter sido a primeira decisão neste sentido adotada pelo CADE. A prática investigada consistia na pré-definição de margens de lucro mínimas (ou mark-ups mínimos) para a revenda dos produtos da SKF (rolamentos automotivos) por seus distribuidores exclusivos no Brasil. De acordo com a instrução processual realizada pelo CADE, as penalidades associadas à prática variavam de uma advertência formal até a perda de autorização para distribuição de produtos da SKF, mas na prática verificou-se que as violações pelos revendedores resultaram apenas na aplicação de advertências, ou seja, não foi “descredenciado” nenhum distribuidor da SKF, mas a SKF teria criado um documento denominado “Medidas Preventivas” estabelecendo os preços mínimos. A defesa da SKF alegou que sua política comercial gerava eficiências efetivas, e que apesar do documento formalmente estabelecer penalidades para os distribuidores que não seguissem os mark-ups, eles estariam livres para estabelecer os seus próprios preços. Alegou ainda que a previsão das margens era uma requisição dos próprios distribuidores, como uma forma de evitar uma “guerra de preços” no mercado secundário.

O voto condutor que condenou a empresa indicou que a mera previsão de preços mínimos combinada com a ameaça de uma punição seria suficiente para criar uma “coerção moral” para o respeito da política comercial, mesmo que de fato não ocorresse um monitoramento dos preços ou aplicação de penalidades concretas. Tal infração teria ocorrido por sete meses, entre os anos 2000 e 2001. O voto condutor ainda destacou que a configuração da prática independeria da sua duração ou mesmo da obediência ou não da política de preços pelos distribuidores. Vale ressaltar que a decisão do CADE não foi unânime, dois conselheiros votaram pela absolvição da SKF, e a multa aplicada

Em outras palavras, atualmente prática de FPR tem sido vista pelo CADE quase como uma violação "*per se*", cujos efeitos derivados são muito raramente benéficos e insuficientes para contrabalançar o seu potencial para limitar ou provocar dano à competição. A partir da decisão do CADE no caso da SKF para a prática de FPR ser admitida como pró-competitiva, a empresa deve provar ganho de eficiência econômica, é que a geração de efeitos positivos no mercado será repassada para o consumidor. Durante a sessão de julgamento, o então presidente do CADE Vinicius Marques de Carvalho afirmou que esta decisão gera uma referência importante para as empresas, sendo que:

Qualquer comportamento que seja uma restrição diretamente relacionada a preço é alvo de preocupação do Cade dado que há um ceticismo relacionado à existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos, derivados, por exemplo, de um estímulo a condutas paralelas entre as empresas.

Em artigo publicado na edição de primavera de 2016 do periódico do *Unilateral Conduct Committee* da *Section of Antitrust Law* da *American Bar Association* – ABA, os advogados Daniel Andreoli e Vivian Fraga, responsáveis pela defesa da SKF perante o CADE, destacaram que a partir daquela decisão os agentes de mercado devem ficar mais cautelosos ao estabelecer políticas comerciais relacionadas à precificação de seus produtos, e definiram quatro fatores que devem ser observados a partir de agora como balizadores dos comportamentos das empresas e sobre o entendimento do CADE com relação à prática de RPM:

This article approached briefly how CADE signaled in the SKF case that the minimum RPM will be considered highly suspicious and considered an antitrust violation if the practice has either the intent or effect of lessening competition or if represents an abuse of a dominant position.

In this respect, overall, CADE's signaled that it will observe four main factors regarding the structure of the identified markets when assessing RPM cases: i) if the manufacturer / retailer has market power; ii) if there is economic rationality that supports the RPM, for example, countervailing

pelo CADE foi fixada em R\$ 2,7 milhões de Reais.

Após a sua condenação a SKF desafiou a decisão do CADE no Poder Judiciário buscando a sua anulação. No final de maio de 2015 obteve, em primeira instância junto a Justiça Federal de Brasília uma decisão favorável. De acordo com a sentença a decisão do CADE teria ferido o direito da empresa a uma segurança jurídica e que uma questão chave teria sido a mudança brusca de posicionamento do CADE, adotando um novo sistema de análise, após décadas aplicando o mesmo entendimento aos mesmos fatos. Em junho de 2015 o CADE apelou ao Tribunal Regional Federal, buscando reestabelecer os termos de sua decisão de 2013.

*efficiencies, which have to be proved by the firm under investigation, iii) if there is any kind of monitoring for those who do not follow the RPM, and, finally, iv) whether the practice takes place in a market whose structure favors collusion.*⁹

Nesse sentido, deve se destacar ainda que a mera sugestão de preço de revenda continua sendo uma prática lícita, porém não pode estar acompanhada de nenhum mecanismo de monitoramento dos preços e principalmente de retaliação dos varejistas que não seguirem as sugestões/orientações dos produtores/distribuidores de dado produto. Este posicionamento, encontra-se inclusive balizado na jurisprudência do CADE, que será detalhada no capítulo seguinte no qual encontramos manifestações no sentido de que “a adoção, por parte dos fabricantes, de preço sugeridos de venda a varejo dos seus produtos” que não inclua “qualquer represália aos comerciantes que não a adotarem”, não configura uma prática anticompetitiva¹⁰.

É importante ressaltar que antes do mencionado caso SKF o CADE nunca havia condenado uma empresa pela prática de fixação de preço de revenda. A maioria dos casos analisados foi arquivado em razão da falta de indícios de efetiva imposição de preços de revenda, ou seja falta de mecanismos de monitoramento e punição para o revendedor que não seguir as orientações de precificação do produtor. Outra razão para o arquivamento dos processos anteriores ao caso SKF foi a constatação de ausência de poder de mercado dos agentes econômicos suficiente para lesar a livre concorrência¹¹.

⁹ ANDREOLI, Daniel. FRAGA, Vivian. Resale Price Maintenance in Brazil: CADE’s Understanding After the SKF Case. In Journal of Unilateral Conduct Committee from Section of Antitrust Law from American Bar Association – ABA. Spring 2016. Vol.13 n.1. 2016. p.19

¹⁰ Vide caso Ferrero Rocher – Consultas 20/97, 46/99 e Averiguação Preliminar 0800.006270/97-80.

¹¹ Sobre a limitada quantidade de julgados do CADE tendo por objeto acusações de FPR vale a transcrição das observações de Priscila Brólio Gonçalves: “Depois de cinquenta e cinco anos de existência, sendo os últimos vinte e dois como autarquia federal independente, o CADE não proferiu muitas decisões de mérito referentes à fixação e à sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição. A atuação do órgão de repressão de condutas restritivas consolidou-se a partir da virada do milênio, porém as autoridades elegeram como prioridade o combate aos cartéis, atividade que vem se desenvolvendo de forma exponencial, principalmente após o advento dos acordos de leniência na legislação brasileira (Lei 10.149/2000) e do desenvolvimento de diversas ferramentas de cooperação com outras autoridades no Brasil e no mundo. [...] No que tange especificamente às restrições verticais de preço, acreditamos que a pobreza de precedentes administrativos esteja relacionada em parte ao controle

Após o julgamento do caso SKF outros dois casos de FPR foram julgados pelo CADE, sendo que o primeiro [Caso Bematech (2014)] resultou na assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação de Conduta. Já no segundo julgamento, em 2015, tal como no caso SKF o tribunal do CADE ficou dividido em torno da forma de análise da fixação de preços de revenda. Para se ter uma fotografia completa da decisão do CADE vale reproduzir o relato de Priscila Brólio Gonçalves:

O conselheiro relator Alessandro Octaviani Luis votou pela condenação da Shell, pela fixação de preços mínimos de revenda e tentativa de uniformização de preços no mercado *downstream*. Segundo Octaviani Luis, a conduta seria presumidamente ilegal e a Shell não tinha sido capaz de apresentar uma justificativa razoável ou uma defesa baseada em eficiências. O Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro concordou com a condenação mas discordou do relator em relação à caracterização da fixação vertical de preços. [...]

Os Conselheiros Ana Frazão e Marcio de Oliveira Junior acompanharam Ribeiro.[...]

De qualquer modo, o CADE optou por não definir a regra que deveria ser aplicada à fixação de preços de revenda (parâmetros similares à regra da razão, como em Kibon, ou uma presunção de ilegalidade, como em SKF). O conselheiro Oliveira Junior declarou, expressamente, não ter por objetivo “fixar o entendimento sobre qual padrão correto a ser utilizado”. No mesmo sentido Frazão optou por não se “posicionar, neste momento, quanto ao fato de a fixação de preços de revenda estar sujeita à regra per se ou à regra da razão”.

É nesse ponto, basicamente, que se encontra a jurisprudência do CADE no que concerne à fixação e à sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição.¹²

governamental exercido até a década de 90, seja pela SUNAB, seja pelo CIP e, em parte, mais recentemente, pela atenção dedicada às condutas horizontais pelas autoridades. Ou seja, a quantidade modesta de decisões administrativas sobre a matéria não decorre da ausência dessas condutas no território brasileiro, tampouco da presunção de que estas não têm o condão de prejudicar a concorrência e os consumidores.” GONÇALVES, 2016. p.307/308. op. cit.

¹² GONÇALVES, 2016. p. 327/328. op. cit.

3. A FPR na jurisprudência norte-americana¹³

A principal norma de direito antitruste¹⁴ norte-americana, o Sherman Act de 1890, estabelece em seu § 1º a proibição para todo e “qualquer contrato, combinação na forma de truste ou forma, ou conspiração, em restrição ao comércio entre os Estados ou com nações estrangeiras”, prevendo a aplicação de sanções que vão desde multas até prisões. Dentro do sistema de precedentes do direito norte americano, no início do século XX dois casos relevantes firmaram o entendimento da Suprema Corte sobre a chamada “RPM – Resale Price Maintenance”.

O “caso Dr. Miles” de 1911 estabeleceu o entendimento de que a “RPM” constituiria uma violação ao §1º do Sherman Act sempre que fosse fruto de um acordo entre dois ou mais agentes econômicos. Já o “caso Colgate” de 1919, definiu que fixação do preço de revenda seria legítima quando resultante de decisão unilateral. Porém, é importante destacar que mesmo com esta orientação proveniente da Suprema Corte, diversos estados norte-americanos, em suas legislações locais, admitiam o estabelecimento de acordos verticais com a fixação de preços de revenda.

Nas últimas décadas, dois casos julgados pela Suprema Corte dos EUA são considerados como paradigmáticos com relação a conduta de FPR. No “caso State Oil. Co.”, de 1997, foi declarado que em virtude da ambiguidade dos efeitos da fixação de preços máximos de revenda, ou seja a possibilidade de identificação de eficiências econômicas decorrentes da prática, não haveria justificativa para presumir a prática como ilícita.

Já no “caso Leegin” de 2007, a Suprema Corte entendeu que não existiria uma justificativa para a presunção absoluta de ilicitude de acordos de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda, pois não seria sempre possível afirmar com segurança que os riscos concorrenciais sempre superam

¹³ Para maior aprofundamento sobre a jurisprudência internacional vide: SALOMÃO FILHO, 2003. op. cit. E também GONÇALVES, 2016. op. cit.

¹⁴ “A expressão truste provém da palavra inglesa trust, que significa crença, confiança. Surgiu, em princípio, como referência aos acordos de empresas que envolvessem um caráter de mútua confiança. Nos Estados Unidos, o final do século 19 foi caracterizado pelo crescimento dos grandes trustes, ou conglomerados, e pela conseqüente ascensão do poder econômico. Com o advento da política de defesa da concorrência, e a idéia de liberdade de iniciativa, os Estados Unidos começaram a combater os trustes com o Sherman Act, a lei antitruste americana. Essa lei, surgiu, então para reprimir o abuso do poder econômico advindo dos trustes.” (CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA (CIEE). Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. 2. ed. São Paulo: CIEE, 2003. p.17)

as eficiências econômicas.

4. A FPR na jurisprudência europeia

Na Europa, a difusão da cultura de defesa da concorrência está diretamente ligada ao processo de integração europeu iniciado em 1951 com o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e com o subsequente Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957. Atualmente a matéria está disciplinada no artigo 101 e seguintes do Tratado de Funcionamento da União Europeia de 2007 (TFEU 2007).

A responsabilidade pela aplicação das normas antitruste comunitárias fica a cargo da chamada Comissão de Concorrência da União Europeia, a qual tem poderes para iniciar e desenvolver investigações, e aplicar sanções em processos relativos a condutas, e é também responsável pelo controle das concentrações.

Nesse sentido o artigo 101 (1) do TFEU 2007 estabelece que toda forma de acordo será considerada ilícita se preenchidos dois requisitos: (i) capacidade de causar impacto sobre o livre comércio entre países membros da EU; (ii) tiver como objeto ou efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência.

Já o artigo 101 (3) do mesmo diploma está previsto que não se aplicam as disposições do artigo 101 (1) do TFEU 2007 nas seguintes situações cumulativamente: (i) quando a prática resultar em melhorias na produção ou distribuição ou em progresso técnico/econômico; e ao mesmo tempo, (ii) beneficiar os consumidores; não resultar em restrições que não sejam indispensáveis para o alcance desses resultados; e não possibilitar a eliminação da concorrência.

Outros dois documentos normativos da própria Comissão de Concorrência da EU merecem destaque no que diz respeito a prática de FPR. O primeiro deles é o Regulamento 2790/1999 que disciplina a dispensa de notificação (controle de estruturas) à comissão dos acordos verticais que não representem restrições severas à concorrência e de *market share* inferior a 30%. Neste documento os acordos de fixação de preço máximo de revenda não são previstos como uma restrição severa à concorrência. O segundo documento que merece ser destacado é o Guia de Análise de Restrições Verticais, cujo entendimento vai em sentido oposto. Este *guideline* europeu reconhece que a fixação de preços mínimos e rígidos de revenda pode ter justificativas econômicas legítimas, mas considera este tipo de prática como restrição severa à concorrência.

Assim, em síntese, os indicativos da regulamentação

comunitária/europeia sobre o tema são que: (i) fixação de preço máxima de revenda – não é uma restrição severa à concorrência; (ii) fixação de preços mínimos de revenda – é uma restrição severa à concorrência; e (iii) fixação de preços rígidos de revenda – é uma restrição severa à concorrência. Na jurisprudência comunitária vale destacar dois casos do final dos anos 2000 (C-279/06 – CEPSA Estaciones de Servicio SA decidido em 2008 / C-260/07 – Pedro IV Servicios decidido em 2009) nos quais o entendimento da autoridade de defesa da concorrência europeia foi no sentido que a prática de FPR só pode ser vista como ilícita se presentes os seguintes elementos: (i) restringir (ou tiver o potencial de restringir) a concorrência no mercado comum europeu; e (ii) capaz de causar impactos sobre o livre comércio entre países-membros da União Europeia. Não foram identificados casos mais recentes que indiquem mudança de orientação na posição da autoridade comunitária.

Vale lembrar que dentro do sistema descentralizado europeu, existem diversos Estados-membros com legislação de defesa da concorrência própria e autoridades competentes para aplicação da legislação dentro de seus respectivos territórios. Não há um posicionamento uniforme de tais legislações/autoridades. Em linhas gerais podemos afirmar que na França, Alemanha, Espanha e Reino Unido as práticas desta natureza tendem a ser consideradas restrições severas à concorrência. Já na Itália e Holanda, não existe uma presunção de ilicitude com relação a FPR.

Recentemente, em junho de 2016, a *CMA - Competition and Markets Authority's*, autoridade britânica encarregada da política de defesa da concorrência, publicou uma carta aberta alertando o mercado sobre os riscos de limitações de preço impostas por produtores no comércio online¹⁵, o que ganha particular interesse para a análise do Caso Gerador Hipotético.

A publicação desta carta aberta se deu logo após a CMA ter concluído duas investigações que resultaram na condenação de duas empresas distintas – a *Ultra Finishing Ltd.*, uma fornecedora de acessórios para banheiro e a *ITW Ltd.*, uma produtora de frigoríficos comerciais - por terem restringido a habilidade dos distribuidores de vender / precificar seus produtos no mercado online de forma independente. As duas multas somadas superam o montante de £ 3 MM (três milhões de libras).

O documento da autoridade britânica, detalha os tipos de práticas comerciais que podem resultar na configuração de um ilícito concorrencial de FPR, incluindo o chamado uso de “*minimum advertised price*” ou MAP policies e alerta os agentes econômicos sobre os riscos decorrentes desta

15 <https://www.gov.uk/government/publications/restricting-online-resale-prices-cma-letter-to-suppliers-and-retailers>

conduta.

RPM occurs when a supplier and a retailer agree that the retailer will not resell or advertise the supplier's products below a specified price. RPM can also be achieved indirectly, for example as a result of restrictions on discounting or where there are threats or financial incentives to sell at a particular price. Merely setting a 'recommended' retail price is not, however, against the law, provided that there are no attempts to enforce compliance with the recommended retail price. RPM agreements are usually illegal as they can prevent retailers from being able to offer lower prices to attract customers, or to sell off surplus stock.

[...]

This is a particularly important issue as online sales channels develop, with restrictions on discounting for internet sales capable of being illegal RPM.

[...]

The open letter gives details of different kinds of RPM that can break the law, including the use of 'minimum internet advertised price' policies. It also warns that both suppliers and retailers can be fined for engaging in RPM. The CMA's letter makes it clear that the internet is an increasingly important channel for competition because it opens up markets, provides customers with more choice and enhances price competition.¹⁶

Vale especial destaque o vídeo¹⁷ disponibilizado pelo CMA em sua página na internet em que detalha de forma bastante didática as preocupações concorrenciais decorrentes da prática de FPR, bem como as efusivas declarações da diretora sênior da CMA, Sra. Ann Pope, por ocasião do lançamento da carta aberta. As quais destacam as preocupações relacionadas à prática no ambiente online.

Ann Pope, CMA Senior Director, said:

Price competition from online sales is usually intense, given the ease of searching on the internet. RPM, by preventing retailers from offering discounted prices, denies buyers the benefit of the lower prices and increased quality that comes from genuine competition.

The CMA is strongly focused on enforcing competition law to ensure that digital and online markets are working as they should be, across all sectors, for the benefit of consumers.

The CMA is issuing this advice so that all businesses know what to look out for when dealing with the supply and retail of products, whether this is online

¹⁶ <https://www.gov.uk/government/news/cma-guides-businesses-on-online-competition-law>

¹⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=hObZs6m2jhw>

or via traditional ‘bricks and mortar’ stores.

5. Análise do caso gerador

Como visto nos capítulos antecedentes, a prática de FPR passou a ser analisada com mais rigor pelo CADE a partir de 30.01.2013 quando foi julgado o Caso SKF. Neste sentido, vale reproduzir quadro comparativo disponível em obra sobre o tema que compara “a racionalidade do precedente SKF, comparativamente ao precedente Kibon [primeiro julgado do CADE sobre o tema em 1997]”¹⁸:

Kibon [1997]	SKF [2013]
Preços máximos	Preços mínimos
Política adotada por iniciativa do fabricante/fornecedor	Política adotada a pedido (por iniciativa) dos distribuidores
Conduta tipicamente unilateral	Condutas unilateral e coletivas
Efeitos da prática considerados concretamente: análise de dispersão de preços pelas autoridades	Condenação com base nos efeitos potenciais da prática. Não houve análise de dispersão de preços
Benefícios claros para os consumidores	Comportamento considerado potencialmente lesivo aos consumidores

A tendência atual, afirmada inclusive em declarações públicas de membros do CADE¹⁹, é que tal prática seja vista como uma infração à ordem econômica *per se*, isto é, para sua configuração não será mais necessário verificar a existência de poder de mercado (pressuposta com a participação de mercado superior a 20%) e a comprovação de sua racionalidade econômica passou a ser vista com muito ceticismo pelas autoridades em razão do grande potencial de lesão ao ambiente concorrencial decorrente da FPR.

Todavia, a mera sugestão de preço de revenda continua sendo uma

¹⁸ GONÇALVES, 2016. p.311. op. cit.

¹⁹ “Ao final da sessão, o presidente do Cade declarou que a decisão do Conselho gera uma orientação importante para as empresas. “Qualquer comportamento que seja uma restrição diretamente relacionada a preço é alvo de preocupação do Cade dado que há um ceticismo relacionado à existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos, derivados, por exemplo, de um estímulo a condutas paralelas entre as empresas”. < <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-skf-por-fixacao-de-preco-de-revenda> >

prática lícita, porém não pode estar acompanhada de nenhum mecanismo de monitoramento dos preços e principalmente de retaliação dos varejistas que não seguirem as sugestões/orientações dos produtores/distribuidores de dado produto.

Considerando que conforme as informações que nos foram apresentadas a BOB LTDA. possui participação de *market share* superior à 40% no mercado brasileiro de bolas para a prática de *Rugby* – o que supera a presunção legal de presunção de posição dominante – **entendemos que devem ser tomadas maiores cautelas para deixar claro que o que se pretende é sugerir o preço de revenda e não o fixar.**

Assim devem ser evitados quaisquer previsões de retaliações aos clientes que não praticarem os preços sugeridos e até mesmo mecanismos de monitoramento dos preços podem ser vistos com ceticismo pelo CADE.

A minuta da “carta comercial” que foi submetida à avaliação dos advogados concorrenciais apresentava, previsão de mecanismo de retaliação para hipótese dos clientes não seguirem precificação sugerida pela BOB LTDA., tais como: (i) interrupção de investimentos em marketing; (ii) redução de descontos; (iii) revogação da autorização para revenda dos produtos da BOB LTDA., os quais devem ser retirados da versão final do documento a ser enviada para os clientes de forma a evitar a configuração da prática anticoncorrencial.

6. Conclusão

Após a análise do Caso Gerador Hipotético da BOB LTDA. conclui-se **que é significativo o risco da política comercial que se pretende implementar, expressa na minuta da carta comercial que foi submetida aos advogados concorrenciais, ser interpretada como uma prática de Fixação de Preço de Revenda à luz da legislação de defesa da concorrência, podendo tal prática ser alvo de denúncias as autoridades de defesa da concorrência e de investigações através de processos administrativos instaurados pelo CADE que podem, no limite, resultar na aplicação das penalidades previstas no artigo 37 e 38 da Lei 12.529/11.**

Após a decisão do CADE no caso SKF, a sinalização que foi dada ao mercado é no sentido que a mera sugestão de preço de revenda continua sendo uma prática lícita, porém não pode estar acompanhada de nenhum mecanismo de monitoramento dos preços e principalmente de retaliação dos varejistas que não seguirem as sugestões/orientações dos produtores/distribuidores de dado produto. Em especial devem ficar mais cautelosos aqueles agentes de mercado que reúnam, ou atuem em mercados relevantes, com as quatro características

abaixo, assinaladas por Andreoli e Fraga (2016)²⁰:

- (i) Quando existir poder de mercado por parte dos produtores ou distribuidores;
- (ii) Quando não existir racionalidade econômica que fundamente a prática de FPR, em outras palavras quando não houver eficiências compensatórias que justifiquem a política comercial adotada;
- (iii) Quando houver algum tipo de mecanismos/meio para monitoramento daqueles revendedores que não seguirem o preço fixado pelos produtores;
- (iv) Quando a prática for adotada em um mercado cuja estrutura favoreça a colusão.

Para mitigar tais riscos, no caso descrito no Caso Gerador Hipotético, deve-se suavizar o caráter de monitoramento e retaliação presentes na política comercial que se pretende implementar, deixando explícito que se trata de uma mera sugestão de preço de revenda.

7. Referências

ANDREOLI, Daniel O.; FRAGA, Vivian. Resale Price Maintenance in Brazil: CADE's Understanding After the SKF Case. In Journal of Unilateral Conduct Committee from Section of Antitrust Law from American Bar Association – ABA. Spring 2016. Vol.13 n.1. 2016.

CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA (CIEE). Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. 2. ed. São Paulo: CIEE, 2003.

CORDOVIL, Leonor e outros. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Editora Revista dos Tribunais: 2011

FERRAZ, Murilo Machado Sampaio. A Caracterização dos Cartéis na Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei 8.884/94). São Paulo: UPM / Faculdade de Direito, 2007.

_____. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. In Revista dos Mestrados em Direito da UFBA, Salvador, n. 2., p.65-74, jul91/junho92.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²⁰ ANDREOLI.; FRAGA., 2016. op. cit.

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

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

_____. Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. 2. ed. rev. amp. São Paulo. Editora Singular, 2016.

MATTOS, César. Fixação de Preços de Revenda (Resale-Price Maintenance-FPR): Elementos para um Roteiro de Investigação. Revista do Ibrac / Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. Imprensa: São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 1994.

PASCOALINI, Ana Paula. Fixação e sugestão de preços de revenda: análise dos principais efeitos concorrenciais e da distribuição do ônus da prova no âmbito do direito antitruste. 2016. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.