

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA NO BRASIL: CADE E O CASO SKF

RAFAELLA FRANÇOIS NUNES

RIO DE JANEIRO
2017 / SEGUNDO SEMESTRE

RAFAELLA FRANÇOIS NUNES

A FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA NO BRASIL: CADE E O CASO SKF

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Gustavo Flausino Coelho.

RIO DE JANEIRO
2017 / SEGUNDO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

NUNES, Rafaella François

FN972f A FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA NO BRASIL: CADE
E O CASO SKF / Rafaella François Nunes. -- Rio
de Janeiro, 2017.
71 f.

Orientador: Gustavo Flausino Coelho.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Fixação de Preços de Revenda. 2. Lei
Antitruste. 3. Sistema Brasileiro de Defesa da
Concorrência. 4. Caso SKF. 5. Regra da razão. I.
FLAUSINO COELHO, GUSTAVO, orient. II. Título.

RAFAELLA FRANÇOIS NUNES

A FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA NO BRASIL: CADE E O CASO SKF

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Gustavo Flausino Coelho.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017 / PRIMEIRO SEMESTRE

Dedicada a minha família e aos meus amigos,
sem cujo apoio e carinho a vida não faria
sentido e eu jamais teria chegado a esta etapa.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, uma mulher tão determinada quanto eu e a pessoa em cujo jeito de levar a vida me inspiro. Não houve sequer um momento em que eu não tivesse seus ouvidos atentos e suas palavras de compreensão. É minha incentivadora em tempo integral.

Ao meu pai, homem de personalidade forte e que admiro muito. Compartilhou comigo momentos de angústia e jamais se manteve indiferente diante de injustiças. Ensina-me muito sobre a vida e me torna mais forte.

À Gabriella, irmã e companheira, que tenho a honra ver crescer e se tornar uma pessoa maravilhosa. A diferença da idade não me impede de aprender com ela todos os dias e o carinho e amizade que temos uma com a outra é imensurável.

À Dodó, responsável pelo meu gosto em estudar. Assistiu de perto os momentos bons e ruins da minha vida. Não dispensa carinho e menções a mim, sempre carregadas de orgulho e confiante no meu sucesso.

Ao Léo, que além de meu namorado é um grande amigo. Esteve ao meu lado desde o colégio, torcendo por mim e acompanhando meu crescimento acadêmico e pessoal. Seu companheirismo me enche de força para ser melhor e sei que teremos um futuro brilhante.

À minha madrinha amada, Marli, que desde o meu batizado exerceu lindamente essa função: distribuiu amor e conselhos a fim de me ver no topo do mundo, e sei que confia que eu conseguirei.

Às minhas avós, Telma, Teresinha e Dalva, que acompanharam a minha caminhada, sempre orgulhosas e interessadas nos meus feitos.

Às minhas melhores amigas, Ingrid, Larissa e Luana, a quem eu considero irmãs, pela oportunidade de crescermos juntas e pelas histórias inesquecíveis que desenhamos. Que estejamos ao lado umas das outras em todas as fases da vida.

Às minhas vizinhas e amigas Tânia, Ivonete e Valdete, que participaram do meu crescimento, me incentivaram e mostraram que os laços afetivos são capazes de construir lindos sentimentos.

A todos os meus professores. Aos escolares, por auxiliarem na minha formação e na criação do senso crítico que me inspirou a estudar Direito. Aos da universidade, por tornarem meu sonho possível e me mostrarem o caminho.

Aos amigos da FND, Raissa, Cecília e Allan. Pelo companheirismo desde os momentos de matar aula até aqueles de se matar de estudar. Foram conversas intermináveis, muitas risadas e histórias pra contar.

À Faculdade Nacional de Direito, pela oportunidade de estudar em um lugar histórico, símbolo de luta e resistência, cercada de pessoas competentes.

Ao meu orientador, Gustavo, pelo apoio, atenção, e dedicação que não cabem em um *lattes* tão brilhante quanto o dele.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade uma melhor compreensão acerca da temática da fixação de preços de revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, passando pela análise do Caso SKF, julgado pelo Tribunal do CADE em 2013. Desse modo, serão expostos os princípios constitucionais que instituem a ordem econômica e norteiam o direito antitruste nacional e o conceito da fixação de preços de revenda. Será abordada a projeção legislativa brasileira e a maneira como ela se reflete nos critérios de análise da caracterização da conduta e de seu caráter ilícito pelo CADE. No que concerne à verificação de ilegalidade, serão desenvolvidos comentários sobre a aplicação da regra per se, com a Escola de Harvard, e a aplicação da regra da razão, com a Escola de Chicago. Quanto à jurisprudência, será analisado o Caso SKF, julgado no âmbito do Tribunal do CADE, considerado referência nessa matéria. Ato contínuo demonstrar-se-á os possíveis efeitos dessa decisão para casos futuros, citando alguns casos julgados desde então e argumentando questões relevantes acerca da viabilidade das decisões e sua conformidade com o ordenamento pátrio.

PALAVRAS-CHAVE

Fixação de Preços de Revenda – Lei Antitruste – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Caso SKF – Regra da razão – Regra per se.

ABSTRACT

This work has as purpose a better understanding on the subject of resale price maintenance in the Brazilian System for Competition Defense, going through the analysis of the SKF Case, judged by the Court of the Administrative Council for Economic Defense in 2013. In this sense, it will expose the constitutional principles that base the economic order and guide the national antitrust law, as well as the definition of resale price maintenance. It will also approach the Brazilian legislative projection and how it reflects on the criteria for the analysis of the characterization of the conduct and of its illegal character by the Council. Regarding the verification of illegality, there will be comments on the application of the rule per se, with Harvard School, and the application of the rule of reason, with the School of Chicago. As for jurisprudence, the work will analyze the SKF Case, judged by the Court of the Administrative Council for Economic Defense, which is considered a reference in this matter. The possible effects of this decision for future cases will be shown, mentioning some of the cases judged since then and also arguing relevant issues related to the viability of the decisions and their conformity with the national legal order.

KEYWORDS

Resale Price Maintenance – Brazilian Antitrust Act – Brazilian System for Competition Defense – SKF Case – Rule of reason – Per se rule.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ANTITRUSTE NO BRASIL E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	14
2.1 Princípios da ordem econômica e o norte do direito antitruste brasileiro.....	14
2.2 O SBDC e as infrações da ordem econômica	19
2.3 A fixação de preços de revenda	21
2.3.1 Do poder de mercado	27
2.3.2 Das condições estruturais do mercado	30
2.3.3 Dos mecanismos de controle e imposição de sanção ao descumprimento	32
2.3.4 Do efetivo comportamento uniforme resultante.....	33
3 AS TEORIAS ECONÔMICAS.....	34
3.1 A perspectiva de Harvard e a aplicação da regra <i>per se</i>	34
3.2 A perspectiva de Chicago e a aplicação da regra da razão	39
3.3 Posicionamento teórico e jurisprudencial brasileiro	42
4 O CASO SKF	45
4.1 Contexto fático.....	45
4.2 A decisão do CADE.....	51
4.3 A inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil.....	55
4.4 Os impactos da decisão aos casos futuros	57
6 BIBLIOGRAFIA	66

1 INTRODUÇÃO

Os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e proteção do consumidor – previstos nos artigos 1º e 170 da Constituição Federal - combinados com a repressão ao abuso de poder econômico - garantida pelo artigo 173 do mesmo diploma legal - fundamentam a defesa da concorrência no Brasil.

Seu ferramental primário é a Lei 12.529/2011, que criou o novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuja composição é formada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo o último o órgão brasileiro responsável pela frente repressiva do Sistema. Esse desempenha, portanto, análise concorrencial de condutas adotadas por agentes do mercado que constituam, ou possam constituir, infrações à ordem econômica, estabelecendo as sanções cabíveis.

Essas infrações são entendidas por condutas que tenham por objeto ou que possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados, nos termos do artigo 36 da Lei: “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

É nesse contexto que está inserida a fixação de preços de revenda, uma vez que o mesmo artigo passa expor um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas ilícitas nesse contexto, prevendo essa prática. Em suma, ela consiste em uma conduta vertical, impetrada por produtores em relação a seus distribuidores. Nesse cenário, os produtores impõem restrições na formação de preços, estabelecendo um preço rígido, mínimo ou máximo de revenda a serem praticados pelos agentes da cadeia de distribuição.

De acordo com o entendimento do Conselho em casos anteriores, alguns elementos devem estar presentes para que se identifique a efetiva fixação de preços de revenda. O tribunal determinou, ainda, que são considerados impostos os preços caso (i) o distribuidor tenha poder de mercado; (ii) as condições estruturais do mercado envolvido permitam que o produtor exerça influência unilateral no mesmo, impondo preços aos distribuidores; (iii) o distribuidor determine por contrato ou acordo punições a distribuidores que descumprirem os

preços fixados; (iv) a prática efetivamente resulte em comportamento uniforme dos distribuidores.

Há uma discussão histórica por parte da doutrina e dos órgãos de defesa da concorrência acerca dos efeitos da fixação de preços de revenda. Por muitos anos as cortes americanas julgavam tais medidas como ilícitas *per se*, o que significa que os efeitos negativos dela advindos eram presumidos.

Sob esse ponto de vista, a mera prova da existência da conduta praticada pelo produtor já é capaz de configurar o ilícito, não importando se os distribuidores de fato adotaram os preços fixados e tampouco se essa adoção gerou efeitos negativos à concorrência.

Contudo, esse entendimento foi superado na medida em que a Escola Neoclássica de Chicago fez uma análise econômica das eficiências trazidas pela fixação de preços de revenda, verificando que estas poderiam apresentar benefícios à ordem econômica e finalmente ao consumidor. No mais, com a fixação evitar-se-ia a competição predatória entre distribuidores de um produto de mesma marca.

Foi apenas recentemente, ao julgar um caso de fixação de preços de revenda em 2007, que as cortes americanas passaram a abraçar esse último posicionamento e deixaram de considerar a fixação de preços de revenda como um ilícito *per se*, optando pela aplicação da regra da razão.

Enquanto analisada sob a luz da regra da razão, verificam-se os efeitos positivos e negativos de determinada conduta e é feita ponderação. Tendo em consideração que a fixação pode gerar eficiências econômicas e competitivas, é imprescindível que a análise acerca de sua legalidade seja pautada na razoabilidade e proporcionalidade.

O Brasil tem ainda uma tímida presença da fixação de preços de revenda nos casos analisados pelo CADE. A jurisprudência desse tribunal caminhava no sentido da aplicação da regra da razão, e realiza a diferenciação entre a sugestão e a fixação de preços, sendo em geral a primeira considerada lícita, e a segunda ilícita.

Segundo o entendimento do CADE, a mera sugestão de preços é incapaz de vincular os distribuidores nos termos do referido dispositivo, sendo assim ilícita somente a imposição de preços.

O caso Everest foi o primeiro a ser julgado pelo Tribunal do CADE no que diz respeito à fixação de preços de revenda. Em sede de decisão, foi mantida a jurisprudência atinente aos casos de sugestão de preços de revenda, com a aplicação da regra da razão.

Nessa oportunidade, o CADE verificou que, a despeito da empresa possuir alto poder de mercado, o que lhe daria oportunidade de abusar de sua posição dominante, isso era pouco provável. A conduta foi considerada lícita pelo Tribunal em razão da estrutura do mercado e da elasticidade de preços, que evitariam o abuso por parte da empresa. Ainda nesse tom, prezou-se pelas eficiências econômicas que a fixação de preços poderia trazer no caso concreto.

Contudo, ao julgar o caso da SKF em 2013, o CADE rompeu com seu entendimento jurisprudencial anterior e decidiu pela aplicação da regra *per se*. Trata-se de um *leading case* desse tema, tendo em vista seu alto grau de complexidade e a longa discussão que gerou entre os conselheiros do órgão de defesa da concorrência.

Nessa ocasião, o tribunal decidiu que a fixação de preços de revenda é uma conduta ilícita *per se*, o que significa que basta provar a materialidade da conduta para considerar que a empresa cometeu um ilícito concorrencial. No caso em voga, a empresa sequer tinha poder de mercado com base nos padrões de análise usualmente adotados pelo CADE, no entanto, o Tribunal entendeu que este não é necessário, uma vez que a conduta pode gerar efeitos anticompetitivos e ser ilegal mesmo que praticada por um agente sem poder de mercado.

Não obstante, o CADE decidiu que os efeitos negativos da fixação de preços de revenda são presumidos, e que, portanto, cabe à parte demonstrar a existência de eficiências econômicas dela decorrentes. Caso esses efeitos sejam comprovados, devem ser capazes de superar os efeitos negativos presumidos, sob pena de a conduta ser considerada ilegal.

Ao presumir os efeitos negativos advindos da prática, o CADE transfere à parte o ônus de provar as eficiências econômicas da mesma, no entanto essa inversão viola as normas do Código de Processo Civil brasileiro.

Assim, o presente trabalho busca analisar a fixação de preços de revenda no SBDC, expondo as teorias econômicas das Escolas de Harvard e Chicago, que dão respaldo ao direito antitruste nacional. Cumpre, ainda, demonstrar os impactos da jurisprudência recente do CADE no caso SKF, segundo a qual a autoridade antitruste somente precisará provar a existência da conduta por parte do produtor, independentemente de seu poder de mercado, de forma que os efeitos negativos serão presumidos.

Pode-se afirmar que a empresa verá prejudicado seu poder de defesa garantido pela Constituição Federal, uma vez que, invertido o ônus da prova, ela mesma terá que demonstrar a eficiência econômica de sua conduta. No mais, considerando que essa decisão foi inteiramente de encontro ao entendimento anterior, é precária a previsibilidade da análise e decisão do CADE em casos futuros.

2 ANTITRUSTE NO BRASIL E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

2.1 Princípios da ordem econômica e o norte do direito antitruste brasileiro

Destarte, é preciso notar que a legislação de um Estado reflete as intenções políticas e sociais que motivaram a sua criação. Não há como dissociar a lei da realidade fática que a originou, que inclui teorias socioeconômicas, posicionamentos políticos e formas de governo que buscam materializar seus interesses por meio daquela. De acordo com Pereira e Carneiro¹ (2015, p. 36), observa-se a influência de fatores como: política, o modelo de governança, bem como do contexto econômico na criação do direito posto. Nesse cerne, enquanto instituição social, o mercado passou a ser entrecortado por uma série de objetivos de políticas públicas. Seus atores estariam subordinados a estratégias de ação pública².

Dessa forma, um Estado tendente ao intervencionismo naturalmente articulará suas leis de forma que lhe confira poderes para regular a economia e, portanto, as áreas do direito que a possam afetar. No caminho oposto caminha um Estado que crê na habilidade de autorregulação do mercado, optando por intervir tão pouco quanto seja possível.

A regulação da economia é feita por um sistema³ de controle com instrumentos e mecanismos próprios articulados de acordo com princípios cuja finalidade é estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

Portanto, para que se entenda o contexto fático em que está inserida a discussão acerca da Fixação de Preços de Revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), é preciso falar sobre os princípios e fundamentos que moldam o direito

¹ PEREIRA, Andresa S.; CARNEIRO, Adenele G. *A Importância dos Princípios da Livre Concorrência e da Livre Iniciativa para manutenção da ordem econômica no Brasil*. Aracaju: Interfaces Científicas – Direito. 2015. Vol. 4, nº1. p. 36.

² CARVALHO, Vinicius M. de; LIMA, Ticiano N. da C. *A Nova Lei da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional*. Brasília: EAGU. 2012. Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade. Ano IV, nº 19. p. 10.

³ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 49. O sistema jurídico representa um conjunto de elementos inter-relacionados entre si, os quais, em essência, constituem enunciados normativos. Cabe ressaltar que referidos elementos são ordenados por uma estrutura sintática de regras e um conteúdo semântico de princípios obedientes a uma unidade de significação reforçada por um arcabouço de axiomas (postulados).

concorrencial brasileiro, que estão previstos na Constituição Federal de 1988⁴ (“CFRB”) e na Lei 12.529/2011⁵ (“Lei Antitruste”) e, assim, instituem a ordem econômica.

Pereira e Carneiro (2015, p.35) afirmam que a consolidação da ordem econômica se deu por meio da construção histórica de pactuação do modelo de atuação estatal, enquanto interventor na economia, que se deu em detrimento dos diferentes contextos políticos e econômicos do país⁶.

A Constituição da República de 1988, arraigada pelas tendências da globalização, traz a Ordem Econômica e Financeira como perpetuação da correlação entre Direito e Economia, primada por limites sociais, com finalidade de resguardo do bem comum em detrimento de qualquer interesse individual, ainda que do Estado⁷.

Dito isso, observe-se que a CFRB, em seu artigo 1º, lista a livre iniciativa como um dos fundamentos da República.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...) (grifos próprios).

Explorando o conceito deste princípio, significa dizer que o indivíduo é livre para realizar negócios ou atividade econômica, apropriando-se de sua autonomia privada para agir. Segundo Gaban e Domingues⁸ (2012, p. 49) a livre iniciativa seria o valor mais indicado para representar predominantemente o espírito da ação do Estado com base na Lei Antitruste.

O princípio da livre iniciativa preconiza a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica⁹. (NUSDEO, 2002, p. 234). Assim entende-se que ele retrata a liberdade na esfera privada do indivíduo.

Ainda no sentido de emoldurar a ordem econômica, a Constituição traz os princípios da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor, em seu artigo 170, incisos III, IV e V.

⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16.11.2017.

⁵ BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 16.11.2017

⁶ PEREIRA, Andresa S.; CARNEIRO, Adenele G. Op. Cit. p. 35.

⁷ Idem.

⁸ GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana. Op. Cit. p. 49.

⁹ NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2002, p. 234.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
 (...) **III – função social da propriedade;**
IV - livre concorrência;
V – defesa do consumidor; (...) (grifos próprios)

O basilar da livre concorrência guarda uma relação complementar com a livre iniciativa, na medida em que, enquanto essa projeta a liberdade individual no plano do acesso às atividades econômicas, aquele representa uma instrumentalização de seu exercício¹⁰.

É certo que a livre concorrência não constitui um desdobramento da livre iniciativa, mas um balizamento da mesma, uma vez que representa uma liberdade submetida a limitações e responsabilidades.

Enunciam Pereira e Carneiro (2015, p. 39), que esse princípio rege:

(...) a liberdade de concorrência como mecanismo de garantia de eficiência de um legítimo sistema de mercado, por meio da tutela de abertura jurídica de ingresso aos particulares para competirem em atividades lícitas sob condições de igualdade, além de limitar e regular a intervenção do Estado necessária para tanto, com a finalidade de alcance ao desenvolvimento nacional atrelado ao social¹¹.

Nesse sentido, o princípio inaugurado pelo artigo 170 da CRFB dita que os agentes econômicos possuem liberdade relativa para atuar no mercado, e, portanto, devem competir de forma justa entre si para reunir clientela, o que cria a expectativa de manutenção de bens e serviços a preços reduzidos, finalmente beneficiando o consumidor. Em outras palavras, o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos¹² (GABAN; DOMINGUES. 2012. p. 51).

A proteção ao consumidor é mais um princípio constitucional a nortear o direito antitruste brasileiro e se conjuga com a livre iniciativa e livre concorrência. A CRFB buscou garantir a organização da ordem econômica de forma que os agentes se articulem, compitam entre si de forma justa e, finalmente, disponibilizem ao consumidor bens e serviços por preços razoavelmente baixos, e com qualidade e segurança.

Trata-se de uma finalidade mais aferível sob a ótica econômica, tida como o bem-estar do consumidor, expresso, *e. g.*, pelos ganhos em eficiências, como menores

¹⁰ GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana. Op. Cit p.51.

¹¹ PEREIRA, Andresa S.; CARNEIRO, Adenele G. Op. Cit. p. 39.

¹² GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana. Op. Cit p.51.

preços, maior qualidade dos produtos e serviços ofertados no mercado. (...) Dessa maneira, a atenção dispensada aos interesses do consumidor quanto à matéria concorrencial é um dos focos finais da legislação antitruste uma vez que, aliados ao mercado e à economia como um todo, estão os consumidores como os destinatários finais dos efeitos benéficos decorrentes de um regime de livre concorrência no mercado¹³.

É certo, portanto, que o direito antitruste tem o compromisso de garantir a justa prática da livre concorrência, de maneira que os consumidores – beneficiários finais dos efeitos positivos daí advindos – tenham seus interesses protegidos. Para tanto, seria razoável admitir cercear certos aspectos da liberdade dos agentes econômicos em prol de garantir efeitos positivos aos consumidores e promover em bem comum. Sobre isso, enunciam Pereira e Carneiro:

A Constituição da República de 1988, arraigada pelas tendências da globalização, traz a Ordem Econômica e Financeira como perpetuação da correlação entre Direito e Economia, primada por limites sociais, com finalidade de resguardo do bem comum em detrimento de qualquer interesse individual¹⁴.

Ao lado desses princípios caminha a função social da propriedade, que de forma semelhante à defesa do consumidor tem o condão de revestir a livre concorrência com seu papel social. Esse princípio atinge a atividade empresarial graças a uma interpretação sistemática da Constituição, que estende o conceito de propriedade para incluí-la.

O bem estar pode ser afetado caso os agentes pratiquem sua liberdade de forma indiscriminada, favorecendo comportamentos anticompetitivos e prejudicando concorrentes. O exercício da liberdade de exploração de bens de produção encontra limite quando é abusivo e, portanto, capaz de restringir a liberdade de outros agentes, manipulando o ambiente concorrencial.

Segundo Gaban e Domingues¹⁵, trata-se de um princípio cuja finalidade é a manutenção da existência digna de todos, bem como da operação da justiça social.

No mais, há que se destacar o artigo 173, §4, da Constituição, que prevê um mais um limitação aos princípios da livre concorrência e livre iniciativa e gera uma tensão entre eles, uma vez que garante a repressão ao abuso de poder econômico.

¹³ Idem. p. 52.

¹⁴ PEREIRA, Andresa S.; CARNEIRO, Adenele G. Op. Cit. p. 37.

¹⁵ GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana. Op. Cit p.51.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Ressalte-se que o dispositivo não determina o combate à detenção de poder econômico em si, mas sim a distorção de mercado que seu abuso pode exercer. Sobre o poder econômico enunciam Gaban e Domingues, citando Nusdeo (2012, p. 54):

Consiste na possibilidade de uma influência notável e em princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, a qual influi necessariamente na conduta das demais concorrentes em dado mercado, ou, noutros termos, na possibilidade de ação individual por parte de um agente econômico subtraindo-se à influência de seus concorrentes, através de uma conduta indiferente e delas efetivamente independente em alto grau¹⁶.

A detenção de poder econômico e seu acúmulo são considerados características naturais de um mercado, contudo, o direito antitruste brasileiro coíbe o mau uso ou abuso¹⁷ desse poder, pois se tratam de condutas que vão de encontro com os princípios da livre iniciativa e livre concorrência e sua função social.

Uma vez conhecidos os princípios que orientam o direito antitruste brasileiro, note-se que eles não devem ser considerados regras absolutas, sob o risco de conduzir sua aplicação a um desequilíbrio. O intérprete do direito deve analisar o caso concreto, concedendo valia relativa a cada princípio de acordo com o contexto fático, jurídico e econômico.

Caso exista mais de um princípio incidente em um caso e suas respectivas aplicações se mostrem conflitantes, cabe ao aplicador do direito antitruste ponderar e verificar a razoabilidade e adequação de cada um ao caso.

Exatamente graças à ponderação de princípios, a coexistência entre eles é viável no ordenamento em termos práticos. Chega-se ao limite do exercício da livre iniciativa e livre concorrência quando estas podem resultar em óbice ao bem estar econômico e social, havendo, portanto, razoabilidade na supressão daqueles.

¹⁶ NUSDEO. Op. Cit. p. 240-241 In: GABAN; DOMINGUES. Op. Cit. p. 51.

¹⁷ Maiores detalhes sobre o mau uso e abuso do poder econômico estão previstos na Lei Antitruste, sendo as autoridades do SBDC responsáveis por sua análise, e serão dados adiante.

2.2 O SBDC e as infrações da ordem econômica

A Constituição é genérica e abstrata e traz apenas princípios a nortear a concorrência e preservar a ordem econômica, não é, portanto, capaz de dirimir todos os conflitos práticos da aplicação do antitruste. Por isso, foi criada a Lei Antitruste, cujo objetivo é ditar os limites atinentes à atuação dos agentes econômicos no mercado. Essa Lei veio substituir a Lei nº 8.884/1994¹⁸ a fim de reestruturar a organização a política antitruste brasileira.

A nova Lei Antitruste reestruturou e aprimorou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que atualmente é formado por dois órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”). O primeiro é uma autarquia que possui três frentes de atuação: preventiva (controle prévio de estruturas), repressiva (de condutas anticompetitivas) e educativa (por meio de atividades de fomento da concorrência – “*advocacy*”, competência esta compartilhada com a SEAE).

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Conforme se observa a partir da leitura do artigo que inaugura o diploma legal, O SBDC encontra orientação nos princípios constitucionais ora citados, e busca adereçar soluções para as questões práticas. Considera-se por bem que a Lei Antitruste consolida a eficácia constitucional a que se refere a ordem econômica. Nesse sentido conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico (GRAU, 2010, p. 234), ou seja, pela consonância com a ideologia constitucional de 1988¹⁹.

Para que o Estado possa atuar de forma a estimular a livre concorrência, deve vedar atos que a eliminem, sendo certo que tais restrições somente passam a ter força diante das empresas, mediante a imposição de sanções. Nesse âmbito, é relevante destacar que a Lei Antitruste dá base à frente de atuação repressiva desempenhada pelo CADE por meio da

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 2004. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 16.11.2017.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. In: PEREIRA, Andresa S.; CARNEIRO, Adenele G. Op. Cit. p. 41.

investigação, processamento e julgamento de certos comportamentos de empresas tidos como anticompetitivos. Sobre as infrações da ordem econômica postula o artigo 36 da Lei Antitruste:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)

Conforme se retira do texto da lei, há duas hipóteses em que uma conduta pode considerada infração à ordem econômica²⁰. A primeira diz respeito às chamadas condutas ilícitas por objeto, quando a ilegalidade decorre da própria existência da conduta, e sobre a qual recai uma presunção de ilegalidade absoluta. Nesse cenário, o CADE considera que o próprio objeto da prática é prejudicar a concorrência, razão pela qual se inverte o ônus probatório. Então, cabe à empresa provar a ausência de efeitos negativos ou a existência de eficiências que superem os prejuízos, de forma a afastar a presunção absoluta de ilicitude, decorrente da aplicação da regra *per se*.

A segunda hipótese se refere a condutas ilícitas por seus potenciais efeitos, sobre as quais recai uma presunção de licitude, que é dirimida caso verificada a potencialidade anticompetitiva dos efeitos da conduta. As práticas dessa natureza são analisadas sob a regra da razão, em cujo escopo se verifica o poder de mercado das empresas envolvidas, os efeitos negativos e positivos decorrentes da conduta e a justificativa para sua adoção num contexto fático.

Daí se retira que a Lei distinguiu as hipóteses em que o próprio objeto (economicamente considerado) coloca em risco a concorrência (hipóteses essas que independem de qualquer análise de efeitos para serem presumidas como ilícitas) daquelas em que isso não se verifica (e que exigirão, estas sim, análises sobre efeitos concretos ou potenciais).

²⁰ Tal entendimento foi firmado pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu Voto-Vista no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, Vol. 3, p. 670. De forma semelhante prevê o Manual de Infrações à Ordem Econômica, elaborado por Diogo Thomson de Andrade, Superintendente-adjunto em 2016, p. 9-10. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/grupos-de-trabalho/gt-mercado-de-capitais-defesa-da-concorrenca-e-propriedade-intelectual-1/apresentacoes/defesa-da-concorrenca/infracoes-ordem-economica-25-1-2016>>. Acesso em: 16.11.2017.

A jurisprudência do CADE caminha majoritariamente no sentido de aplicar o seguinte teste para aferir a ilegalidade de uma conduta:

- (i) Primeiro, é necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e pode ser imputada à representada.
- (ii) Segundo, para que a prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência.
- (iii) Finalmente, uma vez tendo sido constatada a ação por meio da qual haveria restrições à concorrência por uma determinada empresa e detendo este poder de mercado, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não esteja associada a ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos de eventual redução da concorrência²¹.

O artigo 36 da Lei Antitruste prevê ainda que a conquista de mercado que resulte de um processo natural, fundado na maior eficiência de um agente quando comparado com seus concorrentes não caracteriza dominação de mercado. Além disso, fica estabelecida a presunção de que uma empresa ou grupo de empresas é detentor de posição dominante quando é capaz de alterar unilateralmente as condições de mercado ou quando controla 20% ou mais do mercado relevante em questão.

Finalmente, o dispositivo passa a listar um rol exemplificativo de condutas que podem caracterizar as hipóteses do caput (ilícitos por objeto e ilícitos por efeito) e, assim, serem consideradas infrações da ordem econômica.

2.3 A fixação de preços de revenda

A Lei Antitruste traz a previsão da conduta de fixação de preços de revenda no artigo 36, dispositivo que elenca as práticas que possivelmente caracterizam ofensa à ordem econômica, uma vez preenchidos os requisitos do caput do referido artigo, *in verbis*:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

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

²¹ BRASIL. Tribunal do CADE. Processo Administrativo nº 08012.000980/2000-23. Voto do Conselheiro Relator, Paulo Furquim de Azevedo.

Interpretando o texto legal tem-se que a conduta de fixação de preços seria uma infração à ordem econômica caso tenha por objeto ou possa produzir os efeitos de artificialmente a dominar o mercado, exercer de forma abusiva essa dominação, aumentar lucros arbitrariamente e a limitar a livre concorrência e seu funcionamento regular.

Quanto ao conceito, a fixação de preços de revenda pode ser entendida como uma espécie de restrição vertical²² na qual o produtor de determinado bem ou serviço estabelece os preços de revenda dos mesmos, que deverão ser praticados pelos demais agentes econômicos verticalmente relacionados, como fornecedores, distribuidores e revendedores em geral. A conduta pode assumir diversas formas: fixação de um preço rígido de revenda, fixação de um preço máximo de revenda ou fixação de um preço mínimo de revenda²³ (PEREIRA NETO e CASAGRANDE, 2016, p. 150).

Ainda de acordo com os autores, trata-se de uma conduta vertical clássica, sobre a qual há razoável experiência a respeito e uma literatura mais consolidada sobre seus potenciais efeitos negativos e positivos. Esse acordo vertical se estabelece entre agentes de setores econômicos complementares – mesmo que não diretamente encadeados - e, portanto, não substituíveis entre si. Basicamente consiste na decisão de adotar estratégias por meio de contratos e acordos, que dizem respeito às condições sob as quais as partes podem revender bens e/ou serviços. Por meio dessas práticas é realocado o direito de decisão de a que preço vender um bem ou serviço²⁴, sendo, portanto, chamadas restrições verticais na medida em que restringem o negócio do agente.

De acordo com o *Concurrences*²⁵, fixação de preços de revenda deve ser definida como acordos ou práticas concertadas entre um fornecedor e um revendedor com o objetivo

²² ROMERO, Anna P. B. *As Restrições Verticais e a Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Revista Direito. 2006. Nº 3. p. 11 – 36. As restrições verticais são acordos ou práticas concertadas de que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.

²³ PEREIRA NETO, Caio M. da S.; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 150.

²⁴ AZEVEDO, Paulo Furquim. *Restrições Verticais e a Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo. 2010. Textos para discussão. p. 3.

²⁵ *Concurrences* é um portal online do *Institut de Droit de la Concurrence*, francês, e do *Institute of Competition Law*, americano, e por meio do qual são publicados boletins, notícias, artigos e realizados eventos e premiações na área do antitruste. Em seu Glossário de Termos Concorrenciais consta a definição de fixação de preços de revenda: “Agreements or concerted Practices between a supplier and a dealer with the object of directly or indirectly establishing a fixed or minimum price or price level to be observed by the dealer when reselling a

de estabelecer, direta ou indiretamente, um preço fixo ou mínimo ou um nível de preço a ser observado pelo revendedor na revenda de um produto/serviço a seus clientes.

Em 1999 o CADE editou a Resolução nº 20/99, a fim de definir e classificar as práticas restritivas horizontais e verticais. Na letra B do Anexo I deste diploma, a fixação de preços de revenda tem sua definição complementada, estando caracterizada sua ocorrência quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. Ressalte-se que o CADE considera que existe nessa conduta ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de imposição de preços, a *contrario sensu* do que ocorre com a mera sugestão de preços de revenda, em que os agentes não estão coercitivamente vinculados a praticar aqueles preços.

Ainda no esforço de definir a fixação de preços, a Cartilha do CADE²⁶ determina que a conduta resta caracterizada quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço a ser praticado pelos distribuidores/revendedores, e pode muitas vezes ser abusiva e limitar a concorrência entre esses agentes econômicos.

Segundo o ex-Conselheiro do CADE, César Costa Alves de Matos, os efeitos da fixação de preços são ambíguos²⁷, isso é, tanto positivos quanto negativos à concorrência. De forma semelhante trata da questão a Cartilha do CADE, ao enunciar que a prática deve ser avaliada do ponto de vista de sua racionalidade econômica e dos efeitos positivos e negativos que pode gerar sobre a concorrência²⁸. A partir disso se interpreta que a conduta apresenta desdobramentos variáveis e verificáveis conforme o caso concreto, não sendo a ela aplicável um entendimento rígido acerca dos efeitos.

Ainda nesse sentido, a Resolução No. 20/99 esclarece que, como nas demais restrições verticais, a fixação de preços de revenda traz a possibilidade de benefícios decorrentes da

product/service to his customers.” (Texto original). Disponível em: <http://www.concurrences.com/en/droit-de-la-concurrence/glossary-of-competition-terms/Resale-price-maintenance-RPM> Acesso em: 16.11.2017.

²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. 2016. p. 16. “O presente guia foi elaborado com o objetivo de levar aos (...) cidadãos interessados informações referentes à legislação da Concorrência, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e sua atuação no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.” Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>

²⁷ _____. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do Conselheiro do César Costa Alves de Matos. Vol. 1, p. 635.

²⁸ Cartilha do CADE. Op. Cit. Seção de Análise de condutas lesivas. Item 9, p. 16.

redução de custos de transação, o que deve ser levado em conta na avaliação dos efeitos líquidos sobre o mercado²⁹.

Não obstante a conduta possa assumir formas tais como fixação de um preço rígido de revenda, fixação de um preço máximo de revenda ou fixação de um preço mínimo de revenda, na maioria dos casos, é a fixação de preços mínimos (ou rígidos com a função de mínimos) que oferece maiores riscos anticompetitivos efetivos³⁰. Os possíveis efeitos dessa prática estão previstos pela Resolução como:

- (i) a maior facilidade de coordenar ações voltadas à formação de cartel ou outros comportamentos colusivos em preços entre os produtores (mercado "de origem"), quando facilita o monitoramento de preços de venda aos consumidores ou serve ao propósito de preservar acordos tácitos entre produtores ao bloquear a entrada de novos distribuidores inovadores e/ou mais agressivos, inibindo o desenvolvimento de novos sistemas de distribuição mais eficientes; e
- (ii) o aumento unilateral de poder de mercado do produtor, na medida em que permita o mesmo efeito anterior de inibir a entrada de novos distribuidores mais competitivos.

Retira-se desse trecho que fixação de preços mínimos de revenda à priori facilita a cartelização do mercado, uma vez que a redução dos preços por um produtor é mais facilmente verificável. Nesse cenário, diante da redução de preço, um concorrente facilmente a detectaria, aumentando o risco de reação do cartel e diminuindo a probabilidade daquela redução chegar a beneficiar o consumidor³¹. Além disso, o aumento unilateral de poder de mercado do produtor geraria o bloqueio da entrada de novos agentes, o que em última análise prejudica a concorrência na medida em que os produtores já estabelecidos se acomodam diante da ausência de competidores e não buscam aperfeiçoar seus bens e serviços.

No que diz respeito à fixação de preços máximos de revenda, dispõe a Resolução que estas podem oferecer riscos anticoncorrenciais em condições nas quais os distribuidores/revendedores do mercado "alvo" tenham poder de mercado e agreguem valor substancial ao produto/serviço, e em que haja intenção e possibilidade do produtor eliminá-los do mercado³². Nesse cenário, a imposição de preços máximos reduz os lucros dos

²⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução No. 20/99. Anexo I, Letra B, número 1. Publicada no Diário oficial da União em 28 de junho de 1999. Disponível em: <file:///C:/Users/zkq/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999%20(1).pdf>

³⁰ Idem.

³¹ ROMERO. Op. Cit. p. 23.

³² Resolução No. 20/99. Op. Cit.

revendedores, colocando-os em situação de desvantagem em relação ao produtor e sob o risco de desaparecimento.

Ainda quanto aos efeitos dessa prática, postula Romero (2006, p. 23) que a restrição vertical mediante a fixação de preços de revenda reduz a competição intramarca, posto que não há diferença quanto ao preço disponibilizado ao consumidor pelos distribuidores³³. Nesse sentido, ensinam Pereira Neto e Casagrande³⁴ (2016, p. 150) que a fixação de preços limita a disputa por preços entre revendedores de produtos de uma mesma marca.

De acordo com o ex-Conselheiro do CADE, Marcos Paulo Veríssimo, a existência de pelo menos um efeito negativo da fixação de preços mínimos de revenda é incontestável, que ocorre sempre por força necessária da imposição dessa prática. Trata-se, evidentemente, do aumento do nível de preços intramarca. Por definição própria, a prática impede que certos distribuidores vendam dados produtos a preços mais baixos que um determinado patamar, impedindo, portanto, que os consumidores que preferem esse produto em relação a outros similares possam aproveitar-se dos ganhos de bem-estar que seriam daí decorrentes³⁵.

A despeito dos possíveis efeitos negativos da conduta, há que se considerar que em determinadas circunstâncias a prática pode ser utilizada pelos fornecedores para ampliar a competição intermarcas, uma vez que a anulação da competição intramarca não impede que os agentes econômicos concorram com outras marcas estabelecidas no mercado. Inclusive, Pereira Neto e Casagrande (2016, p. 150) afirmam que é nesse plano em que se trava a competição de maior impacto no bem-estar (i.e., oferta entre produtores distintos)³⁶.

Além disso, a prática de fixação de preços de revenda pode gerar eficiências, refletidas na eliminação na diminuição dos custos de transação, ou seja, aqueles necessários para negociar, monitorar e controlar as trocas entre organizações, indivíduos e agentes econômicos³⁷ (MOTTA e VASCONCELOS, 2002, p. 390). A fim de completar a definição, destaque-se Coase (1960, p. 15), que ensina:

³³ ROMERO. Op. Cit. p. 23.

³⁴ PEREIRA NETO; CASAGRANDE. Op. Cit. p. 150.

³⁵ _____. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Vol 8, p. 1698.

³⁶ Idem.

³⁷ MOTTA, Fernando C. P.; VASCONCELOS, Isabella F. G. de. *Teoria geral da administração*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning. 2002. p.390.

Para realizar uma transação de mercado, é necessário descobrir quem é aquele com quem se deseja lidar, informar às pessoas que deseja negociar e sob quais termos, conduzir negociações que levem à barganha, elaborar o contrato, realizar a inspeção necessária para garantir que os termos do contrato sejam observados, e assim por diante. Essas operações são muitas vezes extremamente dispendiosas, o suficiente para evitar muitas transações que seriam realizadas em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custo. (Tradução livre)³⁸

Isto posto, a fixação de preços de revenda reduziria os custos de transação dos produtores, tornando-os mais eficientes, tendo em vista que minimiza os gastos com negociação, monitoramento e controle relativo ao comportamento dos distribuidores e revendedores, uma vez que este foi previamente acordado e é, portanto, relativamente previsível.

Outro efeito positivo que a restrição vertical por imposição de preços de revenda proporciona é evitar a atuação de *free-riders*³⁹. Considerando que esses agentes não participam do esforço de promoção e venda do produto, oferecem-no aos clientes a preços inferiores aos dos agentes já estabelecidos (que suportam os custos do negócio), falseando assim a concorrência e se beneficiando dessas condições. Por essa razão, sua eliminação aperfeiçoaria o ambiente concorrencial, incentivando o investimento pelos agentes estabelecidos.

De forma semelhante é entendimento de Hovenkamp⁴⁰ (2011, p. 465), segundo o qual a fixação do preço de revenda pelo produtor é, muitas vezes, uma tentativa de evitar o problema do carona (*free-rider*), ou seja, a deterioração das condições de serviço ou promoção por parte de alguns distribuidores com o objetivo de reduzir seus preços de revenda e, assim, ganhar injustificadamente espaço de mercado em detrimento de outros distribuidores

³⁸ COASE, Ronald. *The problem of social cost*. Virginia: The journal of law and economics. 1960. Vol.3, p. 15. “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.” (Texto original)

³⁹ RAMOS, Raul N. P. *Infrações a ordem econômica e a defesa da concorrência – Condutas Anticompetitivas*. Os *free riders* são agentes econômicos que procuram se aproveitar de externalidades positivas de ações de terceiros sem participar de seus custos, falseando, assim, as condições de concorrência no mercado. Disponível em: <https://raulnero.com/2012/10/11/infracoes-a-ordem-economica-e-a-defesa-da-concorrencia-condutas-anticompetitivas/> Acesso em: 16.11.2017

⁴⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: Thomson Reuters. 2011. p. 465.

que gastam mais com serviços e promoção e que, por isso, são obrigados a praticar preços mais altos.

Além disso, são exemplos de benefícios advindos da conduta: i) melhora nos esforços de venda dos revendedores, possibilitando que façam investimentos pensando em agradar os clientes como showrooms e demonstrações; ii) incentivo aos revendedores com margens de lucro razoáveis para investir em outras estratégias de venda dos produtos; iii) diminuição de revendedores oportunistas que vendem a baixos custos e prejudicam o produto; iv) viabilidade e vitalidade da rede de distribuição; v) manutenção do equilíbrio concorrencial⁴¹.

Na análise do processo administrativo n 148/1994⁴², o CADE fez distinção entre as condutas de sugestão de preços e fixação de preços. Nessa oportunidade, o órgão antitruste determinou que para que se verifique a ocorrência da fixação de preços pelo produtor é necessário que estejam presentes quatro elementos cumulativos, como: i) seja o produtor tenha poder de mercado; ii) as condições estruturais do mercado permitam que o produtor imponha preços (mínimos, máximos ou rígidos) aos revendedores; iii) seja a conduta imposta aos revendedores de forma controlada e sob pena de retaliação/sanção diante do descumprimento; iv) a prática efetivamente resulte em comportamento uniforme dos distribuidores⁴³.

2.3.1 Do poder de mercado

Em um mercado ideal, onde a concorrência funciona perfeitamente, nenhum agente econômico consegue isoladamente afetar as condições de preços e quantidades de equilíbrio. Pereira Neto e Casagrande (2016, p. 135) afirmam que, nesse contexto, diz-se que todos os ofertantes e demandantes são tomadores de preços, ou seja, os agentes econômicos tomam os preços de equilíbrio como um dado exógeno e definem suas estratégias a partir desse dado⁴⁴.

⁴¹ _____. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do ex-Conselheiro do CADE, César Costa Alves de Matos. Vol. 1, p. 602.

⁴² _____. Processo Administrativo nº 148/1992. Julgado em 22 de outubro de 1997.

⁴³ COELHO, Gustavo F.; SILVA, Ricardo V. M. A. da. *New developments on the analysis of resale price maintenance in Brazil*. Colômbia: Revista Derecho Competencia. 2013. Vol. 9, nº 9.

⁴⁴ PEREIRA NETO; CASAGRANDE. Op. Cit. 2016, p. 135.

A caracterização do poder econômico, para finalidades da repressão do seu abuso, dependerá previamente da delimitação do mercado relevante onde ele se manifesta⁴⁵ (BRUNA, 1997, p. 43). Isto significa então que o conceito de mercado relevante, além de ser extremamente técnico e complexo, é instrumental, na medida em que, ele é necessário para instruir a análise da ocorrência ou não de infrações a ordem econômica, ou abuso de poder econômico. Assim, para ele, o conceito de mercado relevante tem natureza instrumental: serve ele ao propósito de identificar, posteriormente, a existência de poder econômico⁴⁶.

A Cartilha do CADE define o mercado relevante como a unidade de análise para avaliação do poder de mercado, e ressalta que ele possui duas dimensões: dimensão produto e dimensão geográfica.

Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.

Uma vez definido o mercado relevante, deverá se verificar a participação de mercado detida pela empresa ou grupo de empresas. Nesse sentido, Lei Antitruste estabelece uma presunção relativa de que empresas com 20% ou mais de participação em um mercado relevante são detentoras de posição dominante naquele cenário.

Segundo Ragazzo⁴⁷ (2013, p.4), a posição dominante é uma presunção de poder de mercado que, por sua vez, é a possibilidade de alteração, de forma unilateral ou coordenada, de variáveis de mercado, entre as quais preço, quantidade e qualidade de produtos e serviços. Forgioni (2012, p. 257) enuncia que a capacidade de distorção das condições de mercado por uma única empresa (ou por um conjunto de empresas), agindo com independência e indiferença em relação a seus concorrentes, define o poder de mercado nos termos da lei

⁴⁵ BRUNA, Sérgio Varela. *O poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora RT. 1997. p. 43.

⁴⁶ Idem. p. 5. In: MOURA, Aline Teodoro; Kowarski, Clarissa M. B. Brandão de. *A nova lei de defesa da concorrência e o novo instituto do "Gun Jumping": um estudo de caso na indústria do petróleo*. Santa Catarina: Conpedi. 2014.

⁴⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A Regulação da Concorrência*. 2013. p. 4. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20>.

brasileira⁴⁸, sendo este presumido quando uma empresa é detentora de 20% ou mais de participação (detentora de posição dominante).

Essa presunção se funda no raciocínio segundo o qual o poder de uma empresa exercer influência sobre condições de mercado está intimamente ligado a seu porte⁴⁹, isso é, a uma participação elevada naquele mercado. Uma empresa de pequeno porte, com participação pouco expressiva, raramente consegue influenciar essas condições.

Contudo, o patamar de 20% para caracterizar detenção de posição dominante é uma presunção relativa, podendo a previsão do artigo 36, §2 da Lei Antitruste ser afastada diante da verificação concreta de que, apesar de possuir alta participação, a empresa – ou o grupo de empresas – não é capaz de influenciar unilateralmente as condições do mercado (e portanto não possui poder de mercado).

A partir daí se conclui que o *standard* legislativo para posição dominante não pode ser interpretado de forma absoluta, sendo uma condição necessária, mas não suficiente para determinar o poder de mercado. Isso porque, na prática, cada mercado se articula de forma singular, devendo ser analisados em cada caso fatores como o grau de rivalidade entre as empresas, as barreiras à entrada de novos agentes e o poder de compra dos consumidores.

Destaque-se aqui que a detenção de posição dominante e de poder de mercado não são ilícitos concorrenciais, desde que ocorram de forma natural, resultantes de um processo competitivo saudável em que os agentes buscam aumentar sua participação. A Lei Antitruste visa a coibir o abuso da posição dominante, que ocorre quando uma empresa utiliza seu poder de mercado e age de modo a ultrapassar os limites da livre iniciativa e livre concorrência, com o objetivo de prejudicar terceiros ou distorcer o ambiente competitivo em benefício próprio.

A posse de elevada participação de mercado, aliada a condições estruturais de mercado que em conjunto confirmam a uma empresa a capacidade de distorcer unilateralmente o mercado é necessária para que se fixem preços rígidos, máximos ou mínimos em relação aos distribuidores. A existência de poder de mercado é uma condição *sine qua non* para que

⁴⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p 257.

⁴⁹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE. Op. Cit. p. 137.

uma restrição unilateral, como a fixação de preços de revenda, seja efetiva⁵⁰, já que caso não o possua, os consumidores deixarão de comprar os produtos daquela marca em favor de seus concorrentes.

Por essa razão, a análise se inicia com a delimitação do mercado relevante e da parcela do referido mercado que possuem cada um dos agentes econômicos envolvidos na conduta. Embora o domínio de mercado não seja lastreado somente na porcentagem de participação no mercado relevante, trata-se de uma presunção *iuris tantum* a ser combinada com outros fatores do mercado, que dão forma ao poder de mercado quando combinados em um contexto fático.

2.3.2 Das condições estruturais do mercado

Superada a etapa de verificação do mercado relevante e aferição de poder de mercado, e com a finalidade de complementá-la, o órgão antitruste deve passar a analisar as condições do mercado relevante em questão e a forma como suas estruturas se articulam.

Nessa fase observam-se características mercadológicas, como as barreiras à entrada de novos agentes, o grau de rivalidade entre os agentes estabelecidos e a possibilidade de substituição (por novos agentes ou via importação), o poder de compra dos clientes, entre outras. Isso significa observar se no caso de um aumento significativo e não transitório de preços por parte do agente detentor de posição dominante há opção alternativa de oferta para o consumidor.

São consideradas barreiras à entrada quaisquer fatores que ponham um potencial novo agente competidor em desvantagem com relação aos já estabelecidos, incluindo barreiras legais ou regulatórias, burocracia, custos fixos elevados, tecnologia de alto nível e custo, fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas, dentre outros. Podem ainda ser definidas como

O conjunto de circunstâncias que permeiam as atividades do mercado relevante, adaptação, condições de desenvolvimento e retorno de investimentos, do agente em determinado segmento da economia⁵¹.

⁵⁰ COELHO; SILVA. Op. Cit. O CADE decidiu dessa forma em diversas ocasiões, como, por exemplo, na investigação preliminar nº 08012.008443/2007-04, de relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em 16 de dezembro de 2009 e na investigação preliminar nº 08012.005994/2004-65, de relatoria do mesmo Conselheiro, julgado em 11 de novembro de 2009.

As barreiras à entrada são diretamente proporcionais ao exercício de poder de mercado pelas empresas: quando muito baixas permitem que empresas oportunistas ingressem em um mercado e facilmente captem a clientela dos concorrentes. De outro lado, quando elevadas, as barreiras facilitam o exercício do poder de mercado pelo agente, porque excluem possíveis competidores eficientes capazes de absorver os clientes na hipótese de o agente com grande participação decidir agir unilateralmente estabelecendo preços de forma a lucrar. Sobre isso, Gaban e Domingues (2012, p. 93) postulam:

As barreiras à entrada diminuem efetivamente a possibilidade de concorrência, tornando o agente portador de poder de mercado apto a abusar de sua posição no caso de não haver rivalidade suficiente por parte dos seus concorrentes atuais no mercado, pois que inserido em contexto impenetrável por outros competidores que possam lhe oferecer rivalidade, ou, noutros termos, lhe contestar a posição privilegiada⁵².

A existência de elevadas barreiras à entrada de novos agentes e a impossibilidade de substituição viabilizam, portanto, o exercício abusivo do poder de mercado pelo agente dominante. Para ilustrar: uma empresa possui 35% de participação em um mercado altamente competitivo, tendo em vista as mínimas barreiras à entrada, o que permite o ingresso de novos agentes capazes de absorver os consumidores. Nesse contexto, ainda que com elevada participação, a empresa dificilmente terá poder de mercado, na medida em que não será capaz de exercer influência unilateral e relativamente independente sobre o mercado.

Além das barreiras à entrada, o grau de competitividade do mercado é fator decisivo, tendo em vista que ainda que altamente concentrado e com poucos agentes, um mercado pode ser competitivo na medida em que esses agentes disputam os clientes entre si. Nesse aspecto, diante de uma alteração unilateral de preço, quantidade ou qualidade, os clientes facilmente direcionariam a compra para outro produtor, dificultando ou impedindo o exercício de poder de mercado mesmo de uma empresa que a priori seja detentora de posição dominante por possuir 20% ou mais de participação no mercado.

Da mesma forma se comporta um mercado com alta substitutibilidade, em que os clientes podem, diante da fixação de preços, optar por adquirir o produto por meio de importações ou de outros agentes não submetidos aos preços estabelecidos. Isso ocorre, sobretudo, quando as outras marcas disponíveis são consideradas de mesmo nível que aquela

⁵¹ GABAN; DOMINGUES. Op. Cit. p. 93.

⁵² Idem.

cujo preço foi fixado, e o consumidor pode optar por uma ou outra sem se sentir prejudicado. Além desses fatores, a poder elevado de compra dos consumidores também influencia as condições do mercado, tendo em vista a facilidade com que podem decidir adquirir outros produtos diante do aumento unilateral de preços adotado por uma marca específica.

As características mercadológicas não são aqui esgotadas, mas exemplificadas, com o fim de demonstrar hipóteses em que o exercício de poder de mercado é inviável. Nesses casos, ainda que o agente econômico possua participação de mercado igual ou superior a 20%, assim detendo posição dominante, este não será capaz de fixar preços de forma a distorcer unilateralmente o mercado sem que perca os consumidores de seu produto.

2.3.3 Dos mecanismos de controle e imposição de sanção ao descumprimento

Os mecanismos de controle são os meios utilizados pelo produtor para se certificar de que os preços – rígidos, mínimos ou máximos – por ele fixados estão de fato sendo implementados pelos agentes verticalmente relacionados (distribuidores e revendedores). São ferramentas que se traduzem em fiscalização e observação do comportamento dos mesmos, para que, verificados desvios da imposição, sejam aplicadas as sanções cabíveis previstas no acordo.

Esses distribuidores e revendedores, na ocasião do acordo vertical, se comprometem a cumprir os preços determinados, sob pena de retaliação por parte do produtor. A sanção diante do descumprimento é uma forma de punir aqueles que descumprem o acordo, serve de exemplo aos demais para que não o façam e garante o comportamento uniforme. As punições podem assumir as mais diversas formas, por exemplo: i) advertência formal escrita; ii) multa; iii) desligamento da cadeia distributiva.

A existência desses mecanismos de controle e sanção é necessária à caracterização da conduta como fixação de preços de revenda, conforme restou determinado pelo CADE na análise do Processo Administrativo nº 148/1994⁵³. Caso não esteja presente este elemento, a conduta pode ser vista como mera sugestão de preços, a qual os revendedores e distribuidores não estão necessariamente vinculados de forma coercitiva.

⁵³ _____. Processo Administrativo nº 148/1992. Julgado em 22 de outubro de 1997.

2.3.4 Do efetivo comportamento uniforme resultante

Finalmente, para que esteja configurada a conduta de fixação de preços de revenda é preciso que a imposição de preços seja efetiva, isso é, de fato seja cumprida pelos distribuidores e revendedores, manipulando o mercado relevante.

Esse elemento está ligado aos anteriores, tendo em vista que para influenciar unilateralmente o mercado impondo preços é necessário que o produtor possua poder de mercado⁵⁴ e seja capaz de exercer esse poder dadas as condições estruturais do mercado. Além disso, os mecanismos de fiscalização são fundamentais para garantir que os revendedores cumpram o acordo, aliados à sanção aplicável. Ou seja, o CADE deve verificar a materialidade da conduta, sua existência no plano fático, para que esteja configurada.

⁵⁴ Recentemente o ex-Conselheiro do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, considerou que condutas unilaterais podem ser prejudiciais à concorrência mesmo quando praticadas por empresas sem poder de mercado, conforme Voto-Vista do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Vol. 8, p 852.

3 AS TEORIAS ECONÔMICAS

A análise da conduta de fixação de preços de revenda sofreu diversas alterações ao longo dos anos, sendo em alguns períodos vista com grande desconfiança, tratada como ilícita *per se*, e em outros vista sob a ótica da regra da razão, com a ilicitude verificada a partir dos seus efeitos.

Assim como sua predecessora, Lei nº 8.884/94, a Lei Antitruste brasileira não faz referência direta e expressa sobre se a análise de uma conduta potencialmente anticompetitiva deve ser feita pela aplicação da regra *per se* ou pela regra da razão.

Ocorre destacar o embate entre as duas principais teorias econômicas que influenciam os ensinamentos, trazem princípios e servem como base para a regulamentação do antitruste, tanto no cenário internacional quanto no Brasil: a Escola Estruturalista de Harvard e a Escola de Chicago.

3.1 A perspectiva de Harvard e a aplicação da regra *per se*

A abordagem teórica sobre defesa da concorrência se desenvolveu a partir da Escola de Harvard, nos anos 1930⁵⁵. Essa escola, também chamada de estruturalista, lança o foco da teoria econômica sobre o controle de estruturas. Segundo ela, o poder econômico em si é um mal a ser combatido, sendo sua simples existência prejudicial ao fluxo das relações concorrenciais. A política de concorrência não deveria, portanto, ter como objeto o combate de falhas do mercado, mas sim a eliminação das concentrações de poder.

Nesse cerne, a condição ideal seria a manutenção de múltiplos agentes no mercado, pulverizando o poder econômico, pois dessa forma se estaria prevenindo as possíveis disfunções advindas de excessivas concentrações de mercado⁵⁶. De acordo com Fagundes⁵⁷:

Na visão de Harvard, amparada pelo modelo estruturalista, a principal ação das autoridades antitruste deveria estar no controle – preventivo – das estruturas de mercado visto que a criação, ou o exercício, de poder de mercado decorreria

⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm*. Iowa: University of Iowa Legal Studies, 2010. Research Paper No. 07-19.

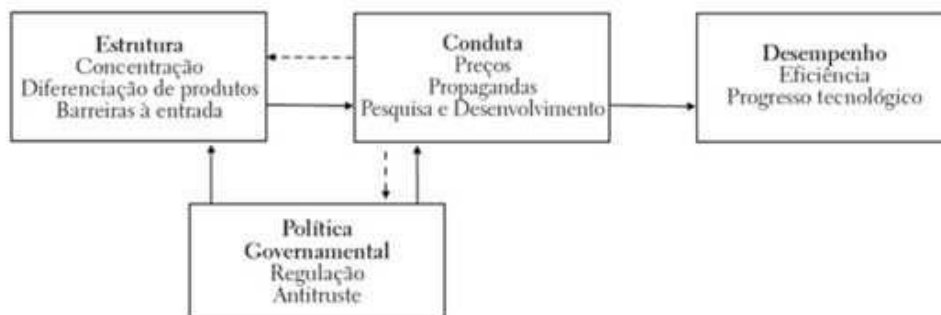
⁵⁶ MONTEIRO, Carmen. D. B. *Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. 2003. p. 23.

⁵⁷ FAGUNDES, Jorge. *Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ. 2003. p 192.

basicamente do aumento do grau de concentração do mercado. Tal foco tinha como fundamento o pressuposto de que a existência de poder de mercado é condição necessária para o surgimento de condutas anticompetitivas, sendo que o poder de mercado, por sua vez, decorreria da morfologia da estrutura de mercado, a partir da visão estruturalista dos modelos E-C-D.

Para essa escola é possível alcançar o estágio de uma concorrência viável, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesma. Nesse sentido o modelo estruturalista tem como base o modelo de estrutura-conduta-desempenho (E-C-D), desenvolvido pioneiramente por Mason (1939) e Clark (1940)⁵⁸.

FIGURA I – MODELO DE ORGANIZAÇÃO INDUSTRIAL DE ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO (ECD)⁵⁹.



O modelo ECD significa que a estrutura de um mercado (mais ou menos concentrado) influencia sua conduta (preços praticados mais altos proporcionalmente ao grau de concentração), a qual, por sua vez, determina seu desempenho (lucratividade, seguindo essa lógica)⁶⁰. Nesse cerne, a escola de Harvard entendia que o poder de mercado de grandes empresas seria praticamente impossível de ser contestado, já que, nessas circunstâncias, as barreiras à entrada seriam muito substanciais (RAGAZZO, 2013, p. 12). Assim, a multiplicidade de agentes e a ausência de barreiras à entrada de novos concorrentes maximizam o bem-estar econômico, porque motiva as empresas a competirem por clientela entre si, estabelecendo preços tão baixos quanto possíveis e fornecendo produtos de mais qualidade.

⁵⁸ Idem, p. 190. In: GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana. Op. Cit. p. 75

⁵⁹ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2. ed. 1995. p. 58.

⁶⁰ RAGAZZO. Op. Cit. p.12.

Os estruturalistas buscam demonstrar que quanto menor do número de agentes e a consequente maior concentração de poder de mercado mais fácil é a coordenação entre as empresas, elevados os custos finais aos consumidores, que ao fim são prejudicados.

Forgioni (2010, p. 58) enuncia que a escola de Harvard parte do pressuposto de que toda sociedade empresária com poder econômico fará uso desse poder para implementar condutas anticompetitivas, razão pela qual a maior preocupação dessa corrente está ligada ao aumento da concentração do mercado, e à prática de condutas unilaterais que viabilizem o poder de mercado, dentre as quais figura a fixação de preços de revenda.

A escola de Harvard vê com desconfiança as excessivas concentrações empresariais, o poder de mercado e a presença de barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Um de seus principais pilares repousa na crença de que a conduta do agente econômico está diretamente ligada à estrutura do mercado, ou seja, as características das configurações do mercado determinam o seu desempenho (FORGIONI, 2010, p. 58) ⁶¹.

A escola estruturalista prezava por evitar que condutas exclusionárias produzissem efeitos sobre a estrutura do mercado. Deveria ser preservando o direito de escolha do consumidor e não o sujeitar aos monopólios, assim ficou conhecido o lema “*small is beautiful*”, para defender a manutenção de pequenas empresas no mercado, garantindo-lhes abrigo contra as práticas de agentes com poder econômico elevado.

Na análise estruturalista a eficiência econômica resultante das condutas não é levada em consideração, pois se acredita que a existência da concorrência está ameaçada pela concentração e exercício de poder econômico, a ser combatido. Segundo Romero (2006, p. 15), a fixação de preços de revenda, sob a ótica estruturalista, deveria ser coibida porque consiste em uma facilitação do exercício de poder de mercado ⁶².

As Cortes Americanas, influenciadas pela política e pela teoria econômica predominantemente estruturalista, por muito tempo consideraram a prática de fixação de preços de revenda um ilícito *per se*, considerando-a uma forma de exercício de poder de

⁶¹ FORGINI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. Ed. 2010. p. 58.

⁶² ROMERO. Op. Cit. p. 15.

mercado, além de ter poder de reduzir ou eliminar a competição intramarca e facilitar a formação de cartéis⁶³.

As decisões dadas pelas Cortes dialogam com a separação das restrições à concorrência em dois grupos, distinguindo aquelas que têm por próprio objeto restringir a liberdade de comércio (em geral ilícitas), daquelas que são acessórias a um acordo principal lícito e que com este guardam relação de dependência (e assim tem objetivo distinto da própria restrição à liberdade de comércio). As condutas ilícitas por objeto e por efeitos estão em polos opostos de uma mesma de presunção, estando as primeiras mais próximas à presunção de ilicitude, enquanto as outras se aproximam da presunção de legalidade.

É importante, contudo, destacar que considerar uma conduta ilícita por objeto não é sinônimo de aplicar a regra *per se*. Sobre isso ensina Amorim (2017, p. 111) a teoria da ilicitude pelo objeto é entendida como um standard interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao administrado, e não se confunde com a regra *per se*, que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência.

Logo, analisar a fixação de preços de revenda sob a ótica da regra *per se* significa incluí-la numa categoria de acordos que o antitruste considera danosas à concorrência em todos os casos. Isso quer dizer que uma prática que constitui infração *per se* não precisa ter seus efeitos anticompetitivos demonstrados (o que traria a necessidade de uma análise do mercado relevante envolvido e das porcentagens de poder de mercado detidas por cada um dos agentes estabelecidos). Pelo contrário, esses efeitos são presumidos pela autoridade antitruste.

A escola de Harvard, então, influenciou metodologias de análise baseadas fortemente em estrutura e em regras *per se* para condutas anticompetitivas, dispensando a comprovação de efeitos anticompetitivos para derivar ilicitude. Justamente por conta disso era uma abordagem antitruste dotada de muita previsibilidade e pouca dúvida, (...) sendo também bastante cautelosa com relação às operações de integração vertical⁶⁴. (RAGAZZO, 2013, p. 13).

Considerando a fixação de preços de revenda uma restrição vertical em que o produtor impõe aos revendedores os preços a serem praticados, esta seria sempre ilícita. Isso porque a imposição de preços está relacionada ao exercício de poder de mercado pelo produtor, justamente ao que visava combater a Escola Estruturalista.

⁶³ COELHO; SILVA. Op. Cit. p. 3.

⁶⁴ RAGAZZO. Op. Cit. p. 13.

No cenário da aplicação da regra *per se*, defendida pelos estruturalistas, uma conduta pode ser considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada. É dispensável o exame de restrição da concorrência e razoabilidade da conduta, tendo em vista que a prova de materialidade é suficiente⁶⁵, de modo que não será necessário analisar a estrutura do mercado, sequer o poder econômico do agente, que pode ser nenhum.

Da mesma maneira, o acusado não tem direito de aduzir em sua defesa as eficiências econômicas da prática incriminada, e tampouco sua inofensividade, pela ausência de poder de mercado suficiente para influenciar unilateralmente as condições de mercado (BRUNA, 2001)⁶⁶. A presunção de ilicitude da fixação de preços de revenda prescinde de uma análise profunda, reduzindo os custos da investigação⁶⁷.

De acordo com Gaban e Domingues⁶⁸ (2012, p. 76), o pensamento da Escola de Harvard incorporou, a partir dos anos 1960 e 1970, estudo sobre o comportamento estratégico das firmas, analisando as condutas adotadas para exercício de poder de mercado. Essa nova tendência da escola estruturalista lançou luz às condutas empresariais e seus efeitos no tocante à estrutura do mercado endogenizada por meio de práticas anticompetitivas.

Apesar da evolução teórica, a essência da escola estruturalista permaneceu, repudiando o poder de mercado e reafirmando o papel do antitruste em combatê-lo e em reforçar o aspecto distributivo.

Gradativamente os defensores da Escola de Harvard passaram a aceitar e seguir os pressupostos da Escola de Chicago, em ascensão, fazendo com que a primeira perdesse sua força e representatividade por volta da década de 1970.

⁶⁵ DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press. 2010. p. 241. This means that there is no need for a court to examine whether the behavior in question unreasonably restrains trade or harms competition and consumers: the mere existence of the behavior will be enough to fall within the prohibition. (Texto original)

⁶⁶ BRUNA, Sergio Varella. *O poder econômico e a conceituação de abusos em seu exercício*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 154

⁶⁷ GONÇALVES, Priscilla Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular. 2016. p. 144

⁶⁸ GABAN; DOMINGUES. Op. Cit. p. 76.

A despeito da transição da teoria econômica no sentido de aplicar a regra da razão para análise de condutas anticompetitivas ter ocorrido ainda no fim do século XX, a fixação de preços de revenda foi considerada ilegal *per se* pelas cortes americanas até 2007. Nessa data, o precedente *Dr. Miles Medical Co. versus John D. Park & Sons Co.* foi substituído pelo caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. versus PSKS, Inc.*, em cuja análise foi aplicada a regra da razão.

3.2 A perspectiva de Chicago e a aplicação da regra da razão

Rompendo com a visão estruturalista da Escola de Harvard, a Escola de Chicago, cuja influência começou a se observar a partir do final da década de 1970 nos Estados Unidos, não vê a concentração de mercado como necessariamente um mal⁶⁹.

Chicago fugiu da metodologia de aplicação da regra *per se* e sinalizou uma visão mais permissiva para operações que gerassem concentração de mercado, devido à crença de que as restrições verticais incrementavam uma concorrência intermarcas (ao invés de intramarcas), definindo incentivos adequados para os distribuidores investirem em qualidade e marketing dos produtos e serviços, evitando *free-riding*. De acordo com essa teoria, a defesa da concorrência deveria ter como propósito explícito a eficiência econômica (mais especificamente no formato da eficiência alocativa e produtiva), argumentando que os mercados concentrados não seriam por definição ineficientes⁷⁰. (RAGAZZO, 2013, p. 13-14)

Nesse contexto foi gradativamente reduzida a presunção de dano concorrencial quanto às restrições verticais praticadas com base no poder de mercado, deslocando a conduta de fixação de preços do extremo que a considerava presumidamente ilícita para o polo da legalidade presumida.

Essa escola coloca em pauta o conceito de eficiência alocativa de mercado, que encontra sua acepção ideal quando a produção ocorre ao menor custo possível. Esse cenário traz lucros aos agentes econômicos e garante benefícios aos consumidores, ponto de vista que havia outrora sido ignorado pela visão tradicional antitruste. Estudiosos de Chicago

⁶⁹ FERRAZ, André Santos. *As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago*. Brasília: Revista de Defesa da Concorrência. 2014. Vol. 2. p 183.

⁷⁰ RAGAZZO. Op. Cit. p. 13-14.

afirmavam que qualquer lei restritiva da livre concorrência teria por consequência manter no mercado empresas ineficientes que, não fosse a proteção estatal, estariam condenadas ao desaparecimento⁷¹. (FORGIONI, 2010, p. 79).

Na teoria econômica, essa passou a ser, fundamentalmente, a principal justificativa teórica para a utilização lícita da fixação de preços em mercados sujeitos à diferenciação por serviços de venda, pré-venda ou pós-venda⁷². Com o preço final de venda fixado, os revendedores irão competir entre si não por preços, mas pela quantidade e qualidade do serviço que podem fornecer aos clientes.

No campo da fixação de preços de revenda, tal mudança de entendimento significou inaugurar a presunção de que há eficiência na conduta, devendo ser punida somente em situações excepcionais, quando restasse comprovado que prejudicou a concorrência em nível superior às eficiências produzidas. Para tal avaliação, convencionou-se na jurisprudência americana⁷³ a realizar o teste de efeitos líquidos negativos caso a caso, em que cabe à autoridade antitruste demonstrar e quantificar os seguintes aspectos: i) os prejuízos efetivos da conduta em análise para o mercado relevante em questão, (ii) as eficiências por ela geradas e (iii) o caráter negativo da soma geral desses fatores em relação ao bem-estar econômico coletivo⁷⁴. No entanto, esse teste faz da instrução processual muito trabalhosa e custosa, uma vez que existem inúmeras questões de fato envolvidas em um caso julgado com base na regra da razão.

Contudo, começou-se a perceber que tanto a Escola de Harvard como a Escola clássica de Chicago não podiam se excluir mutuamente. Essa crítica foi construída pela Escola Neoclássica de Chicago, uma vez que a Escola de Harvard, por meio de um modelo baseado apenas em regras per se, produzia uma política antitruste que desestimulava operações e práticas que poderiam ser pró-competitivas, ao passo que a Escola de Chicago estimulou um empirismo que não é necessário (ou mesmo possível) em todas as hipóteses de aplicação da lei de defesa da concorrência.

⁷¹ FORGIONI. Op. Cit. 2010, p. 70.

⁷² HOVENKAMP. Op. Cit. 2011, p. 465.

⁷³ Conforme o caso *Continental TV Inc. versus GTE Sylvania Inc.*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1977.

⁷⁴ _____. Processo Administrativo Nº 08012.001271/2001-44. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Vol. 8. p. 1707.

Chicago teria ainda, se fazendo valer de premissas simplistas⁷⁵ acabou fornecendo brechas para condutas nocivas ao consumidor, já que a coleta de dados para verificar as eficiências e prejuízos de uma conduta é custosa, demorada e muitas vezes inacessível pela falta de informações disponíveis.

Os Neoclássicos defendem que não se deveria aceitar a proibição *per se* das restrições verticais – e, portanto, da fixação de preços de revenda -, uma vez que podem ser benéficas ao mercado na medida em que reduziriam os custos de transação; tornariam menos difícil a entrada de novos participantes no mercado, já que viabilizariam o retorno do investimento; evitariam a atuação dos *free-riders*; e, por fim, impediriam a concentração dos distribuidores⁷⁶. Essas eficiências seriam, então, repassadas ao consumidor, maximizando seu bem-estar.

O movimento pós Chicago critica a eficiência alocativa como objetivo último da política de defesa da concorrência, o que influenciou várias legislações a terem como objetivo explícito a proteção de consumidores⁷⁷.

Em 2007 a Suprema Corte Americana rompeu com o entendimento estabelecido por precedentes anteriores, nos quais era aplicada a regra *per se*, e adotou o entendimento de Chicago, apreciando o caso de fixação de preços de revenda *Leegin Creative Leather Products, Inc. versus PSKS, Inc.* sob a regra da razão. O caso envolvia a conduta de fixação de preços mínimos de revenda, com o objetivo de conter comportamento predatório dos revendedores, que, ao vender a custos extremamente baixos, reduziram a margem de lucro e colocaram em risco as vendas, além de prejudicarem a reputação do produto no mercado.

⁷⁵ RAGAZZO. Op. Cit. 2013. p. 16. Essas premissas simplistas tinham como denominador comum a crença na autocorreção do mercado, o que se traduzia em uma série de presunções razoavelmente irrealistas (por aplicáveis a todos os mercados sem distinção), como, por exemplo, ausência barreiras à entrada relevantes, ampla disponibilidade de informações para todos os concorrentes e relativa facilidade para afastar posições dominantes em mercados a respeito do comportamento do mercado.

⁷⁶ AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, texts, cases*. 4ed. Boston: Little Brown. 1998. p. 630. In: ROMERO. Op. Cit. p. 22. Areeda e Kaplow expõem, uma a uma, as vantagens das restrições verticais, concluindo que optar pela integração, abrindo mão da autonomia entre as empresas, é uma questão de análise da relação entre o custo e o benefício gerados.

⁷⁷ Como é caso do Brasil, desde a lei 8.884, artigo 1º que listava a defesa dos consumidores dentre suas finalidades. Atualmente, a Lei Antitruste também coloca a defesa dos consumidores como seu parâmetro, no artigo 1º.

A Corte entendeu que a conduta de fixação de preços em geral pode gerar efeitos negativos, como o abuso de poder de mercado por empresas detentoras de posição dominante e a eventual formação de cartéis. A despeito disso, a conduta adotada pelas empresas naquele caso concreto poderia gerar eficiências e efeitos pró competitivos, tais como: i) aumentar a capacidade de vendas dos revendedores; (ii) reduzir os incentivos à atuação de *free-riders*; e (iii) atrair novos concorrentes para o mercado, mediante a concessão de margens de lucro razoáveis. Sendo assim, cabe a ponderação entre os efeitos positivos e negativos advindos da conduta, razão pela qual não foi considerada ilícita.

3.3 Posicionamento teórico e jurisprudencial brasileiro

A fixação de preços de revenda é matéria ainda timidamente explorada pelo CADE, tendo em vista que na maioria dos casos analisados pelo órgão não restaram verificados os elementos que a configuram, sendo a jurisprudência pautada, na maioria, em casos de sugestão de preços.

Ainda que não conste na Lei Antitruste um posicionamento expreso acerca da teoria econômica a ser adotada pelo CADE, a Cartilha do órgão enuncia que a prática de fixação de preços de revenda deve ser avaliada do ponto de vista de sua racionalidade econômica e dos efeitos positivos e negativos que pode gerar sobre a concorrência⁷⁸. Ainda nesse sentido, a Resolução No. 20/99 esclarece que a fixação de preços de revenda traz a possibilidade de benefícios, o que deve ser levado em conta na avaliação dos efeitos líquidos sobre o mercado⁷⁹.

A importância dada aos efeitos da conduta pelo CADE na edição de ambos regulamentos pode levar, ao menos, à conclusão de que a análise do órgão se basearia na razoabilidade da conduta, pautada pela regra da razão e ponderação dos efeitos negativos e positivos decorrentes.

O Anexo I da Resolução No. 20/99 considera a ambiguidade teórica e prática acerca dos impactos das restrições verticais – onde a fixação de preços de revenda está incluída – e propõe que a análise da ilicitude dessas condutas seja baseada em efeitos, *in verbis*:

⁷⁸ Cartilha do CADE. Op. Cit. Seção de Análise de condutas lesivas. Item 9, p. 16.

⁷⁹ Resolução No. 20/99. Op. Cit. Anexo I, Letra B, número 1.

(...) as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade⁸⁰.

Seguindo essa orientação, o Anexo I da Resolução No. 20 e a jurisprudência brasileira⁸¹ estabeleceram três etapas para análise de restrições verticais. A primeira delas é verificar a materialidade e autoria da conduta e seu enquadramento legal. A segunda diz respeito à delimitação do mercado relevante, análise da detenção de poder de mercado pela empresa e das condições estruturais do mercado. Finalmente, o CADE deveria verificar os efeitos anticompetitivos e as eficiências decorrentes da conduta, realizar ponderação entre eles e assim verificar seus efeitos líquidos, proferindo avaliação final. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 142).

O primeiro caso envolvendo a imposição de preços de revenda analisado pelo CADE foi o processo administrativo nº 148/1994, no qual foi submetida ao órgão uma reclamação de padarias em face de conduta supostamente anticompetitiva implementada por uma empresa alimentícia. Enquanto debruçado sobre esse caso, o CADE distinguiu a sugestão de preços de revenda da fixação dos mesmos, considerando somente a última como ilícita, e que esta não estava verificada naquele caso. Ainda nessa ocasião estabeleceu os critérios para que esteja caracterizada a fixação de preços, que foram expostos e desenvolvidos no capítulo 2, seção 3 do presente trabalho.

Até 2011 o CADE só havia analisado casos de sugestão de preços de revenda e lista de preços distribuídas por associações profissionais⁸². O caso Everest⁸³ foi primeira vez em que o CADE julgou que de fato estava caracterizada a conduta de fixação de preços, estabelecida por meio de acordo realizado por empresa do mercado relevante de filtros de água e bebedouros.

⁸⁰ Resolução No. 20/99. Op. Cit. Anexo I, item B.

⁸¹ AZEVEDO. p. 9-10. In: PEREIRA NETO; CASAGRANDE. Op. Cit. p. 142-143.

⁸² COELHO; SILVA. Op. Cit. p. 31.

⁸³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.009674/2008-16, Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 5 de outubro de 2011.

Ao longo da investigação, a extinta Secretaria de Direito Econômico analisou a estrutura do mercado de distribuidores, concluindo que a empresa tinha parcela substancial de mercado, contudo, o abuso de poder econômico não era provável e a conduta não tinha potenciais efeitos anticompetitivos tendo em vista o alto grau de elasticidade do mercado.

Ao julgar o caso, o CADE arquivou o feito tendo como base os mesmos argumentos apresentados pela Secretaria, decidindo que a despeito de a empresa possuir poder de mercado, a fixação de preços seria incapaz de produzir efeitos anticompetitivos. Além disso, o órgão afirmou que havia eficiências decorrentes da conduta, evitando o *free-riding* e tendo em vista que os serviços pós-venda são essenciais no mercado relevante em questão. Portanto, o órgão antitruste aplicou a regra da razão para analisar o caráter ilícito da conduta, que não restou verificado depois de avaliados os efeitos e eficiências da mesma.

4 O CASO SKF

O Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, aqui referido como Caso SKF, é considerado o principal precedente para nortear a análise de casos futuros relativos à fixação de preços de revenda⁸⁴, considerando a complexidade e a atenção que recebeu da doutrina e da mídia. A decisão do CADE no presente caso foi de encontro com o entendimento jurisprudencial adotado pelo órgão até aquela ocasião e alterou a lógica ora estabelecida de análise da conduta vertical de fixação de preços de revenda no Brasil.

4.1 Contexto fático

O caso teve início a partir de uma denúncia ao PROCON de um “cartel disfarçado” (SIC) entre as empresas participantes da Rede de Distribuição Autorizada Industrial SKF e a SKF do Brasil, em que seguia anexo um documento que previa a adoção de um pacote das chamadas “Medidas Preventivas”. O órgão encaminhou a denúncia à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”), órgão à época responsável pela proteção e defesa econômica.

Essas Medidas Preventivas visavam, de acordo com o documento anexado, ao combate de supostos preços predatórios que vinham sendo praticados por parte da distribuição autorizada. Tais preços - alegadamente abaixo do custo da SKF - inviabilizavam o negócio e ameaçavam a saúde financeira da Rede, e teriam justificado o surgimento das medidas. Elas, portanto, determinavam preços mínimos saudáveis⁸⁵ para todos os produtos da linha SKF.

O pacote de Medidas previa, ainda, a forma de monitoramento dos distribuidores e revendedores, que se daria pela própria Rede de Distribuidores das seguintes maneiras: i) formatação de processos com documentos comprovando a denúncia de preços praticados abaixo dos fixados; ii) em casos especiais, havendo evidências não sustentadas por documentos, seria feita auditoria pela Rede para apuração; iii) SKF e denunciante de preços abaixo dos fixados manteriam sigilo absoluto.

⁸⁴ O uso do caso SKF como referência para futuros casos de fixação de preços de revenda no Brasil foi constantemente afirmado durante o julgamento pelos Conselheiros do CADE.

⁸⁵ Esse foi o termo utilizado pela própria SKF, quando ditou as chamadas medidas preventivas. Consta nos autos do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Vol.1. p. 3.

Em seguida, eram previstas sanções aplicáveis aos agentes da cadeia distributiva que descumprissem os preços mínimos fixados, tais como: na primeira ocorrência, caberia advertência verbal; na segunda, aumento de 5% no preço de venda SKF sobre todos os itens por 60 dias; na terceira, o aumento subiria para 10% nos mesmos 60 dias; na quarta, o aumento seria de 15% no mesmo período; e, finalmente, na quinta advertência ocorreria a perda da distribuição autorizada. As regras previstas se tornavam imperativas às empresas da cadeia distributiva, que deveriam assumir os referidos compromissos de venda a partir de novembro de 2000.

Nesse contexto, ao receber a denúncia, a SDE enviou ofício à SKF do Brasil fazendo as seguintes perguntas sobre a conduta supostamente praticada:

- I. A SKF do Brasil praticou e/ou prática medidas preventivas visando o estabelecimento de um preço mínimo a ser praticado pelas empresas distribuidoras autorizadas SKF e SKF do Brasil?
- II. A empresa SKF do Brasil, no ano de 2000, chegou ao consenso de que o markup mínimo para vendas à vista, base VSM18, a ser praticado pela rede de distribuidores autorizados SKF do Brasil seria fixado, para DGBB, em R\$ 1,45 e para Outros em R\$ 1,52.
- III. Foi estipulado algum tipo de sanção para empresas integrantes da rede de distribuidores autorizados SKF Brasil no caso de não cumprimento das determinações acima descritas?
- IV. No caso de resposta positiva para alguma das indagações acima referidas, explicar os motivos para prática de tais condutas.

A empresa respondeu que não impôs de maneira unilateral as referidas medidas, mas apenas colaborou com a determinação feita pelos próprios membros da Rede no período de 7 meses (de novembro de 2000 a maio de 2001). No mais, relatou que os preços (markups) mínimos também foram definidos pela Rede, pois as disputas de preços estavam gerando prejuízos para a marca e comprometendo a qualidade do serviço. Quanto às sanções impostas, destacou que algumas poucas empresas sofreram apenas a punição de advertência, realizada por meio de carta e, em seguida, passou a tecer comentários sobre a lisura da conduta adotada frente à lei 8.884/94, que disciplinava a questão à época.

Na resposta ao Ofício, a SKF do Brasil afirmou que devem ser observadas certas premissas na análise de condutas anticompetitivas, como a regra da razão e o princípio da livre concorrência. Segundo ela, não foram verificados efeitos líquidos negativos no mercado, e havia razoabilidade na restrição concorrencial produzida pela conduta, uma vez que essa aumentava a eficiência do sistema de distribuição, diminuindo os custos de transação. Esse

argumento segue a linha de entendimento que vigia no CADE à época, a partir da verificação dos efeitos da conduta com a aplicação da regra da razão.

Ainda de acordo com a empresa, a fixação de preços mínimos preservava a viabilidade da rede de distribuição, maximizando o atendimento aos consumidores, e consolidava a marca SKF, fomentando a concorrência intermarcas no mercado, o que apresentava eficiências ao ambiente concorrencial.

Em adição, é certo que o poder econômico, ou seja, a capacidade de influenciar unilateralmente o mercado distorcendo suas condições, é um dos elementos que até então se entendeu necessário para a caracterização da conduta de fixação de preços de revenda. Com base nas informações trazidas aos autos, a SKF alegou não possuir tal poder no mercado nacional de rolamentos, uma vez que possuía 20,6% de participação no mesmo, frente aos 25,7% detidos pela NSK⁸⁶. Inclusive ressaltou que a própria Secretaria de Acompanhamento Econômico – órgão do SBDC – se manifestou na análise do Ato de Concentração entre a NKS e a The Timken Company no sentido de reconhecer que o alto grau de competitividade no mercado em questão impossibilitava o exercício unilateral do poder.

Nesse sentido, não estariam presentes os quatro elementos cumulativos estabelecidos pelo CADE como necessários à configuração da conduta. Isso porque a participação igual ou superior a 20% em um mercado não caracteriza taxativamente a ocorrência de poder econômico, devendo ser observadas as condições estruturais do mercado. Dado o alto grau de concentração e competitividade do mesmo, era pouco provável que a conduta adotada pela SKF tenha sido capaz de distorcer condições competitivas, mesmo possuindo parcela relativamente considerável de participação no mercado. Finda a referida argumentação, a SKF do Brasil requereu arquivamento do feito, dada a ausência de indícios de prática anticompetitiva.

A despeito de tal pedido, a SDE concluiu em seu relatório pela sugestão de abertura de Averiguação Preliminar, ressaltando que há grande discussão acerca da medida em que as restrições verticais para fixação de preços de revenda seriam benéficas ou danosas à

⁸⁶ A NKS LTD. detinha participação de mercado de 19,4%. Tal estrutura fora alterada pelo Ato de Concentração No. 08012.002669/2002-89, em que a empresa se fundiu com a The Timken Company, elevando sua participação para 25,7% no mercado nacional de rolamentos.

concorrência. Isto posto, requereu que a SKF informasse a participação de mercado que detinha para cada um dos seguintes produtos: rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes e afins, ferramentas em geral, e equipamentos de monitoramento, assim como o nome, número e participação de mercado das empresas concorrentes. No mais, solicitou informações sobre o nome e endereço dos distribuidores industriais da SKF do Brasil que tenham sofrido sanções por não praticar os preços mínimos fixados.

Em resposta, a SKF buscou reforçar os argumentos já apresentados, afirmando que não foram produzidos efeitos líquidos negativos a partir da conduta. Em seguida, a empresa apresentou dados que demonstravam as participações de mercado de cada uma das empresas estabelecidas nos mercados relevantes sob análise, reafirmando a questão da ausência de poder de mercado e do alto grau de competitividade, razão pela qual o objetivo da fixação de preços seria somente os ganhos de eficiência. De acordo com a empresa, diante das condições estruturais desses mercados, o aumento unilateral de preços faria com que os consumidores migrassem para outros produtores, não permitindo a distorção concorrencial pela SKF.

Apresentados esses argumentos, a SDE se manifestou por meio de parecer, concluindo que a prática de fixação de preços de revenda estava de fato configurada, contudo, tal conduta comente seria lesiva caso os agentes controlassem parcela expressiva do mercado. Nessa linha, a Secretaria entendeu não haver infração à ordem econômica tendo em vista que a SKF não possuía poder de mercado suficiente para impor, unilateralmente, uma diminuição injustificada dos níveis de concorrência, razão pela qual opinou pelo arquivamento da Averiguação Preliminar e encaminhou os autos à Procuradoria Geral do CADE (“ProCADE”)⁸⁷ para análise.

Ao se debruçar sobre a questão, a ProCADE considerou que os autos careciam de elementos de instrução que demonstrassem que a relação entre a SKF e seus distribuidores não configuraria ilícito concorrencial. A justificativa dada foi a de que além de nenhum dos distribuidores terem sido chamados a se manifestar nos autos, a SDE se omitiu quanto à análise profunda dos mercados relevantes afetados, razão pela qual a procuradoria determinou que fossem feitas diligências complementares. Em sequência, o Ministério Público opinou no

⁸⁷ A Procuradoria Geral do CADE é o órgão da Advocacia Geral da União – AGU responsável pela consultoria, assessoramento jurídico e representação judicial/extrajudicial do CADE.

feito no sentido de concordar com o parecer da Procuradoria e solicitou a remessa dos autos à SDE para a devida instrução.

Posteriormente, o Conselheiro Relator da Averiguação Preliminar, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, acolheu a tese insuficiência instrutória tendo em vista que as provas até então produzidas haviam sido trazidas somente pela SKF, além de não existir elementos que comprovassem a relação jurídica mantida entre a empresa e seus distribuidores. Segundo ele, era necessária a análise dos mercados relevantes envolvidos (para aferição adequada do poder de mercado), a averiguação da participação de outros agentes nesses mercados, a apresentação dos contratos mantidos com os distribuidores e a definição de barreiras a entrada. Por fim o Conselheiro votou⁸⁸ no sentido de acolher os entendimentos da ProCADE e do Ministério Público, sendo sua decisão referendada por unanimidade dos Conselheiros do CADE. Ordenado o retorno dos autos à Secretaria a fim de completar a instrução, este culminou na instauração de Processo Administrativo.

Em dezembro de 2006 a SKF apresentou Defesa no Processo Administrativo, na qual alegou nunca ter aplicado qualquer penalidade em relação aos distribuidores, somente feito advertência formal alertando, por meio de cartas, sobre o descumprimento dos preços fixados, o que não tinha implicações de outra natureza. A empresa trouxe a conhecimento do órgão antitruste a situação do distribuidor Sueca Rolamentos, que fora denunciado duas vezes por membros da Rede, tendo recebido cartas da SKF alertando sobre o descumprimento de preços. Contudo, quando o distribuidor propôs que a própria SKF analisasse suas notas fiscais para determinar de que modo ele deveria se adequar ao preço mínimo, a empresa se recusou, permitindo que a Sueca Rolamentos seguisse fixando seus preços livremente⁸⁹.

Outro ponto abordado pela defesa foi que a aplicação da fixação de preços se mostrou difícil e ineficiente, e que jamais enviou auditores ou realizou qualquer esforço de fiscalização além das denúncias que eram feitas pelos membros da Rede. A empresa afirma que tinha conhecimento de muitos desvios da conduta, mas não tomou atitude a respeito e permitiu que os distribuidores agissem livremente, o que fez crescer entre ele a descrença na aplicação de qualquer punição.

⁸⁸ _____. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001/44. Voto do Conselheiro César Mattos. Vol 1. p. 105-107.

⁸⁹ Defesa da SKF, apresentada nos autos do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Vol 1. p. 137.

Após afirmar que a fixação de preços mínimos de revenda não fora bem-sucedida, a SKF ressalta que ainda que esta conduta tivesse sido levada a cabo, não configuraria infração à ordem econômica tendo em vista que era capaz de causar dano.

A empresa argumentou que a aplicação da regra *per se* é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com a repressão ao abuso de poder econômico determinada pelo artigo 173 da Constituição. Afirmou ainda que a jurisprudência vigente no Brasil à época, assim como a doutrina internacional, pautava a análise de condutas verticais na aplicação da regra da razão, segundo a qual:

Uma determinada prática pode ser considerada em desacordo com o princípio da livre concorrência, estabelecido constitucional e infra-constitucionalmente, apenas se for possível observar efeitos negativos (ou a intenção de promover tais efeitos negativos) no mercado em que aquela atividade sob análise ocorre e que estas restrições de comércio sejam desarrazoadas⁹⁰.

A fim de completar a defesa, a empresa protestou pela necessidade de o CADE observar os motivos pelas quais a prática fora empregada, o que também afetaria a análise de seu potencial anticompetitivo. De acordo com esse raciocínio, a fixação somente seria adotada caso se mostrasse benéfica aos participantes, seja aumentando a eficiência do sistema de distribuição (e a conseqüente baixa de custos pelo fornecedor), ou aumentando o poder de mercado do fornecedor. Nesse contexto, a SKF citou Hovenkamp (1993), segundo o qual o objetivo do direito concorrencial deve ser maximizar o bem-estar dos consumidores, punindo apenas aquelas práticas que sejam lucrativas através do acréscimo artificial do poder de mercado do fornecedor. A existência dos acordos que tenham como objetivo o aumento de eficiência de sua cadeia de distribuição deve ser permitida⁹¹.

Ainda segundo o autor, uma empresa sem poder de mercado é incapaz de auferir lucros de monopólio, e não será capaz de fazê-lo pelo simples mecanismo de impor preços (...) a seus distribuidores⁹². Logo, a conduta de fixação de preços de revenda praticada pela SKF não poderia ser infração econômica tendo em vista que esta não possui poder de mercado. Concluir-se-ia então que, dada a ausência desse poder, a única motivação que a empresa teria para fixar preços seria buscar a maior eficiência distributiva da Rede.

⁹⁰ Idem. Vol 1. p. 140.

⁹¹ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*, West Publishing. ST. Paul. 1993. p 178.

⁹² Idem.

Em adição, a empresa endereçou comentários ao parecer da ProCADE que solicitava esclarecimentos das barreiras à entrada nos mercados relevantes afetados pela conduta. Com relação à recomendação, deve-se ressaltar que tais barreiras, na lição de Calixto Salomão Filho, são um critério de identificação do poder de mercado, isto é, se determinada conduta não criará novas e especiais barreiras artificiais à entrada de concorrentes ou não se beneficiará de barreiras naturais já existentes. Isso significa que a determinação das barreiras somente se faz necessária quando as autoridades verificam a existência de poder de mercado detido pelas empresas investigadas, analisando se o exercício desse poder é provável ou não⁹³. Mais uma vez, a SKF não possui poder de mercado, razão pela qual essa etapa é desnecessária, além de afrontar a economia processual.

Em relação à alegação de que a conduta de fixação de preços prejudicaria a concorrência intramarca, favorecendo o surgimento de um cartel de distribuidores, mais uma vez foi trazido trecho de Hovenkamp, segundo o qual esse efeito seria possível apenas em dois casos. A primeira hipótese é se o produtor fosse monopolista ou, no mínimo, detivesse uma participação de mercado extremamente elevada, e a segunda se a fixação fosse praticada por todos ou quase todos os fornecedores e distribuidores do mercado⁹⁴. A SKF afirmou que nem um nem outro caso se verificava nos mercados em que ela atua.

Expostos seus argumentos, a SKF requereu que fosse reconhecida a absoluta ausência de elementos que pudessem configurar a prática de conduta anticompetitiva, motivo pelo qual o Processo Administrativo deveria ser arquivado.

4.2 A decisão do CADE

O Relator do caso, Conselheiro César Costa Alves de Mattos, votou pelo arquivamento do processo, acompanhando o parecer da SDE. Em sua fundamentação destacou que o entendimento da SDE é de que a imposição de sanção ao revendedor que não respeite os preços fixados é elemento essencial para caracterizar a imposição de preços.

⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros. 2. Ed. 2002. p. 162.

⁹⁴ HOVENKAMP. Op. Cit. 1993. p. 180.

Segundo ele, os efeitos da fixação de preços de revenda são ambíguos⁹⁵. Nessa ocasião afirmou que os mercados relevantes afetados pela conduta possuem razoável competição intermarca, razão pela qual a fixação de preços fora motivada por eficiências na distribuição, e não pelo aumento de poder de mercado.

Além disso, o Conselheiro considerou que a fixação de preços de revenda somente atua como instrumento de facilitação de cartéis em mercados propensos à colusão na dimensão intermarcas, o que não se vislumbra no caso em questão dado o alto grau de competitividade entre os agentes estabelecidos. Ele postulou que a conduta, no Brasil, não pode ser tratada sob a aplicação da regra *per se*.

A própria materialidade da conduta também foi alvo de questionamento pelo Relator, que entende não haver dados conclusivos no sentido de comprovar que os preços mínimos de fato foram seguidos pelos distribuidores e revendedores. E mesmo que essa esteja consubstanciada, considerados os possíveis efeitos anticompetitivos das restrições verticais, defende-se que tais efeitos sejam compensados por justificativas pró-competitivas⁹⁶.

Além do Relator, o então Conselheiro Olavo Zago Chinaglia também votou pelo arquivamento do feito. De acordo com seu entendimento, a conduta adotada pela SKF racionalidade anticompetitiva enquanto exercício abusivo do poder de mercado, tendo em vista as condições estruturais dos mercados relevantes afetados. Descartada a racionalidade, passa a verificar se aos atos da empresa, na forma das provas dos autos, podem ser atribuídos efeitos líquidos negativos.

Considerada a limitada instrução probatória, que deixou lacunas no processo cognitivo da conduta, os efeitos negativos não foram caracterizados. Faltam elementos capazes de subsidiar o exame das relações de interdependência entre fabricante e distribuidores, a verificação de que a conduta tenha sido levada a cabo. Chinaglia ressaltou ainda que a condenação da SKF por abuso de poder de mercado deveria passar por três etapas: i) a presunção de poder de mercado da SKF com base nas participações de mercado calculadas pela SDE; ii) a presunção de efeitos negativos oriundos da mera edição do documento

⁹⁵ _____. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do Conselheiro César Costa Alves de Matos. Vol. 1, p. 635.

⁹⁶ Idem. Vol 1. p. 620.

Medidas Preventivas pela empresa; iii) a atribuição à SKF do ônus de comprovar efeitos positivos que superem os efeitos negativos descritos no item ii)⁹⁷.

Contudo, as três etapas necessárias à condenação apresentam problemas, posto que a participação de mercado é um índice a partir do qual se presume ou não a existência de poder de mercado. Este não pode ser interpretado de forma absoluta, devendo ser observadas as condições estruturais do mercado e a viabilidade do exercício desse poder pela empresa. Em segundo lugar, os efeitos deletérios não restaram comprovados, notando-se, ao contrário, que as concorrentes desconheciam a prática, o que demonstraria sua irrelevância prática. Finalmente alega ele que exigir que a SKF traga aos autos provas dos efeitos positivos de sua conduta ofende sua oportunidade de defesa e não é razoável diante do caso justamente porque já se constatou a incapacidade da prática de alterar o funcionamento usual do mercado.

Apesar do voto do Relator Cesar Mattos no sentido de arquivar o Processo, dois votos dados em sentido oposto se destacam por sua fundamentação. O primeiro deles é proferido pelo Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, que pediu vista dos autos e decidiu pela condenação da SKF. Em sede de fundamentação ressaltou que nesse caso era incontroverso que houve fixação de preços de revenda, pois por meio do estabelecimento de markups mínimos (margens de lucro) aplicados a uma tabela pré-determinada se está indiretamente fixando preços de revenda.

Carvalho rebateu o argumento defensivo de que não havia mecanismos de coação que caracterizassem a imposição dos markups mínimos sugeridos, afirmando que a SKF exercia coação moral⁹⁸ em relação aos seus distribuidores. Desse modo, as punições repressivas ao desvio na prática dos preços fixados previstas pelas Medidas Preventivas caracterizariam coação pela ameaça a que submetem os distribuidores. Adicionalmente, o fato da empresa somente ter implementado o primeiro estágio repressivo, por meio de alertas, não significa que estes não sejam uma forma de coação e que não tenham produzidos quaisquer efeitos.

⁹⁷ _____. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Vol. 4, p. 933.

⁹⁸ SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. In: CARVALHO, Vinicius. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 160. “Coação moral é a que resulta da intimidação ou da ameaça, em virtude da qual a pessoa enfraquecida em sua vontade ou na espontaneidade de querer, termina por acordar-se com os desejos de outra pessoa, para que se formule o ato jurídico pretendido.”

Haveria, no caso, evidências societárias, econômicas e históricas de colusão na indústria a que pertence a requerida, portanto, sendo razoável a condenação com base nos fortes indícios de que ela coloque riscos para o bem-estar geral. Seu entendimento foi de que a consolidação desse risco em prejuízo concreto para o bem-estar do consumidor seria dispensável, porque a lei brasileira pune inclusive o dano potencial e este se faz presente com a mera existência da conduta.

O Conselheiro Vinícius Carvalho defendeu que sobre a fixação de preços de revenda deve recair presunção de ilicitude, ilidida apenas em casos excepcionais em que a empresa for capaz de provar os efeitos positivos decorrentes da prática. A inversão do ônus da prova seria adequada porque, ao fazê-lo, o representado teria que se preocupar mais em demonstrar as eficiências decorrentes de sua conduta. Além disso, dada a complexidade da questão, o CADE dificilmente seria capaz de produzir esse tipo de prova, ao passo que a empresa que implementou a conduta teria condições técnicas para sustentar seu ponto de vista.

Em relação à ausência de mercado alegada pela defesa e pelos votos que recomendaram o arquivamento, Vinicius entendeu haver evidências suficientes de que a SKF detinha poder de mercado. Ele foi ainda mais além para afirmar que a prática de fixação de preços de revenda deve ser considerada infração da ordem econômica mesmo quando adotada por empresas sem poder de mercado, tendo em vista que agentes com baixa participação de mercado são capazes de infligir dano concorrencial.

O entendimento deste Conselheiro fora compartilhado por Marcos Paulo Veríssimo, cujo voto é o segundo que se destaca no sentido de condenar a SKF, sobretudo no que diz respeito ao ônus da prova. De acordo com ele, caberia à SKF provar que a fixação de preços mínimos trazia eficiências e tinha caráter pró-competitivo no caso. Não tendo a empresa produzido provas nesse sentido e verificada no processo a materialidade da conduta – que deve ser presumida ilícita – merecia, portanto, ser condenada.

Em seu voto, ele argumentou que a regra da razão e a regra per se nada mais são que dois extremos opostos em uma mesma escala de presunção de legalidade acerca da fixação de preços de revenda. Ao considerar que a conduta sempre gera efeitos negativos e, portanto, é sempre anticompetitiva, a regra per se a aproxima do extremo da presunção absoluta de ilegalidade. Por outro lado, a regra da razão aproximaria a conduta da presunção de

legalidade, no sentido de que possui efeitos ambíguos e só poderia ser condenada se provados efeitos negativos que superassem as eficiências trazidas. Partindo desse raciocínio, ele opta por localizar a fixação de preços de revenda próxima ao extremo da ilegalidade, razão pela qual o CADE deveria sempre presumir seu caráter ilícito, somente passível de mitigação diante de provas – trazidas pela própria empresa - que mostrem a criação de eficiências econômicas suficientes para superar os efeitos negativos.

Destacou Veríssimo que a questão da aplicação da regra per se ou da razão e as eventuais eficiências são um “falso problema” e não constituem tarefa de análise do CADE, mas sim reservada a debates acadêmicos e teóricos.

Há, contudo, um ponto de discordância entre este Conselheiro e Vinícius Marques de Carvalho. Enquanto Carvalho entende que uma empresa pode praticar ilícito concorrencial ao fixar preços mínimos mesmo que não possua poder de mercado, Veríssimo coloca a existência de poder de mercado como condição essencial para a ilicitude da prática.

Em 30 de janeiro de 2013, por cinco votos a favor e dois contra, o CADE condenou a empresa SKF do Brasil Ltda. pela fixação de preços de revenda a seus distribuidores, levada a cabo entre 2000 e 2001. O voto vencedor foi aquele proferido pelo Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, aplicando uma presunção relativa de ilicitude à conduta, o que significa tratá-la como uma infração à ordem econômica por objeto e não por efeito. No caso em análise o CADE adotou uma postura rígida diante da conduta de fixação de preços mínimos de revenda fixados pela SKF em relação a seus revendedores.

Carvalho, que na ocasião da sessão julgamento era 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. 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.

4.3 A inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil

A ampla defesa e o contraditório são garantidos pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV. Significa dizer que a Carta Magna preconiza o direito de defesa ao acusado em relação às imputações feitas pelo Estado ou por outra parte. A garantia do exercício da ampla defesa e do contraditório não visa somente a respaldar o acusado a se defender, mas tutela seu direito a ter as alegações contra ele formuladas provadas, protegendo-o do exercício do poder estatal.

A Lei Antitruste determina que serão aplicadas subsidiariamente as normas das Leis 9.784/99 (“Lei dos Processos Administrativos”)⁹⁹ e 13.105/2015 (“Código de Processo Civil”)¹⁰⁰ aos processos administrativos nela previstos¹⁰¹. Cumpre ressaltar que o processo administrativo tem no direito à prova um de seus postulados de maior importância, conforme previsto na Lei de Processo Administrativo, artigo 36, segundo o qual cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução.

No mesmo sentido o artigo 373 do Código de Processo Civil enuncia que o ônus da prova incumbe i) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ii) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto, a regra básica é que o ônus da prova cabe a quem alegou.

Em relação ao ônus da prova, Dinamarco¹⁰² (2004, p. 71) o define como encargo que a lei atribui a cada uma das partes de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões proferidas no processo.

Transpondo esses dispositivos ao caso sob análise, significa, portanto, dizer que caberia ao CADE provar as alegações que faz acerca dos efeitos deletérios à concorrência – e do caráter ilícito da conduta de fixação de preços de revenda -, devendo a SKF, em tese, apenas provar fatos que contradigam as alegações do órgão.

⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 16.11.2017.

¹⁰⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 16.11.2017.

¹⁰¹ Conforme Lei Antitruste, artigo 115. “Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

¹⁰² DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. 4. Ed. 2004. p. 71.

O voto vencedor, dado pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo e referendado pelo Tribunal do CADE, estabelece que a conduta de fixação de preços de revenda presumidamente gera efeitos negativos à ordem econômica. Sendo assim, diante da mera demonstração da materialidade da conduta, o ônus da prova é invertido, devendo o acusado apresentar documentos, estudos e argumentos capazes de refutar essa presunção.

Segundo esse entendimento, a empresa que implementa conduta dessa natureza possui conhecimento técnico e de mercado para obter dados dos efeitos da prática. A *contrario sensu*, o CADE não possui tal *expertise* ou acesso amplo a informações para produzir provas, além da doutrina já ter demonstrado que não raro essa conduta apresenta efeitos anticompetitivos. Assim, caberia à defesa, invertido o ônus probatório, demonstrar a ausência de efeitos anticompetitivos advindos da conduta, ou, de outro lado, que dela se originam eficiências que se sobrepõem a tais efeitos.

Ao inverter o ônus da prova e tornar mandatório à empresa que esta prove a existência de eficiências advindas de sua conduta e que essas superam pressupostos efeitos negativos, o Tribunal impede o exercício da ampla defesa e do contraditório à acusada, mesmo sendo essas garantias previstas na Constituição. Não obstante, a presunção de efeitos anticompetitivos e a consequente ilegalidade acerca da fixação de preços de revenda estão em desacordo com o que prevê o Código de Processo Civil e a Lei de Processos Administrativos. Tal exposição demonstra que o atual entendimento do CADE afronta a legislação pátria.

4.4 Os impactos da decisão aos casos futuros

A repentina mudança do CADE a partir do Caso SKF nos padrões de análise da ilicitude da conduta de fixação de preços de revenda não foi unanimidade entre os Conselheiros, tendo a decisão sido marcada por controvérsias de ordem teórica até mesmo entre quem opinou pela ilegalidade da conduta. Tal decisão traz consequências aos casos futuros, que se dão em razão de duas características da mesma: i) a presunção de que a prática sempre gera efeitos negativos à concorrência e, portanto, é ilícita a menos que o acusado seja capaz de provar eficiências que superem os danos; ii) o argumento de que a FPR pode ser

lesiva à concorrência mesmo que praticada por um agente econômico que não possua poder de mercado.

Quanto à inversão do ônus da prova em favor da empresa, transferindo a ela o dever de comprovar a eficiência e efeitos positivos da conduta, restou verificado que é flagrante afronta ao direito ao contraditório e à ampla defesa, princípios respaldados pela Constituição. Além disso, ofende o Código de Processo Civil brasileiro a Lei de Processos Administrativos, o que não foi levado em consideração pelo CADE em sua decisão.

Adicionalmente, tal decisão cria enorme insegurança jurídica acerca dos critérios de análise da fixação de preços em casos futuros, tendo em vista que a detenção de poder de mercado pelo produtor deixou de ser uma condição necessária à caracterização de infração econômica. Por esse entendimento ir de encontro com a construção jurisprudencial do CADE em outros casos, não restou claro se o Tribunal seguiria este entendimento nas próximas oportunidades.

Não obstante, esse raciocínio ignora que, diante de uma tentativa de alteração unilateral das condições mercadológicas por um agente sem poder de mercado, os clientes podem facilmente migrar a aquisição de bens para outro agente. Ao afirmar que um agente sem poder de mercado pode ofender a ordem econômica ao fixar preços, conclui-se que futuramente a agencia não precisará provar que o acusado tinha poder de mercado suficiente para prejudicar a concorrência¹⁰³. O CADE simplesmente terá que demonstrar a materialidade da conduta e dependendo da natureza da conduta sob análise, a existência desses efeitos negativos seria presumida.

Após o julgamento do Caso SKF, o CADE teve outras oportunidades de apreciar a conduta de fixação de preços de revenda nos casos envolvendo a Shell (Raízen), e mais recentemente, em 2017, no caso da Seasub.

A Shell figurou como representada em dois processos administrativos que investigaram a fixação de preços de revenda¹⁰⁴¹⁰⁵. Consta nos autos do primeiro processo que

¹⁰³ COELHO; SILVA. Op. Cit. p. 39.

¹⁰⁴ _____. Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61. Julgado em 12 de novembro de 2014.

¹⁰⁵ _____. Processo Administrativo nº 08012.0004736/2005-42. Julgado em 11 de março de 2015.

a empresa teria enviado e-mails para postos de combustíveis nos municípios de Marília (SP) e Bauru (SP) determinando os preços a serem praticados por eles no varejo para o consumidor final. No segundo processo, a conduta imputada à empresa é idêntica, alterado somente o local em que foi adotada (e, portanto, o mercado relevante afetado), para o município de São Carlos (SP). As condutas apuradas teriam ocorrido nos estabelecimentos comerciais em que fora firmado contrato de exclusividade com a Shell (atualmente Raízen). Ainda que a regulação do setor de combustíveis permitisse a realização de contratos de exclusividade entre a distribuidora e a revendedora, vedava que a distribuidora atue ou influencie na revenda para o consumidor final¹⁰⁶.

No primeiro processo a SDE emitiu Parecer tecendo considerações somente sobre os efeitos da conduta, ressaltando seu caráter ambíguo, dotada tanto de natureza anticompetitiva como pró-eficiência. De acordo com o órgão, conforme estabelecido na Resolução nº 20/99 do CADE, a fixação de preços de revenda deve ser analisada a partir de uma avaliação de seus efeitos líquidos no mercado, ponderando os efeitos anticompetitivos frente às eventuais eficiências¹⁰⁷. Dessa forma, entende que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a análise sob a aplicação da regra da razão.

A defesa se manifestou alegando que a SDE não foi capaz de demonstrar o poder de mercado da empresa, presumindo a existência deste, e mesmo assim somente em relação ao mercado relevante da cidade de Marília, tendo reconhecido expressamente a ausência desse poder no município de Bauru. O Conselheiro Relator desse processo, Marcos Paulo Veríssimo, votou pelo arquivamento do feito, acolhendo a preliminar de prescrição. Por outro lado, o Conselheiro Márcio de Oliveira Junior proferiu voto-vista opinando pela condenação da empresa por fixação de preços de revenda. Entendeu que a Shell abusava de seu poder de mercado a partir de monitoramento do mercado que permitia à empresa certificar-se de que os preços impostos estavam sendo cumpridos pelos postos, que eram compelidos a praticar as estratégias estipuladas pela distribuidora na revenda de combustíveis ao consumidor final. Em

¹⁰⁶ BRASIL. Agência Nacional do Petróleo. *Resolução nº 29*. Publicada no Diário Oficial da União em 09 de dezembro de 2004: “Art. 3º. Fica alterado o caput do Art. 12 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, que passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 12. É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista.” Tal dispositivo foi recentemente revogado pela Resolução ANP nº 668, publicada em 16 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁷ _____. Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61. Parecer da SDE. Vol. 3. p. 560-561.

12 de novembro de 2014 a empresa foi condenada pelo Tribunal do CADE por influência à adoção de conduta uniforme e fixação de preços de revenda, com a imposição de multas.

Já no segundo processo, de relatoria do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, em sede de defesa a empresa declarou possuir participação de mercado inferior a 20%, o que inviabilizaria o exercício de poder de mercado e, conseqüentemente, a fixação de preços, tendo a SDE se omitido de realizar cálculo ou estudo econômico que demonstrasse a existência de poder de mercado. Ausente esse elemento, indispensável à caracterização dessa conduta, não haveria, portanto, prova de materialidade da mesma, capaz de embasar uma condenação. A representada alegou ainda que caso se entendesse caracterizada a fixação de preços, esta deveria ser considerada conduta acessória, cujo funcionamento decorre da conduta principal. Mais além, essa conduta deveria ser analisada sob a regra da razão, sendo dotada de caráter pró-competitivo, cuja aferição seria possível caso a SDE tivesse realizado análise comparativa de efeitos.

O Relator ressaltou que recai sobre a conduta de fixação de preços uma presunção relativa de ilicitude, diante da qual o acusado possui a oportunidade de se opor, demonstrando que tal conduta é necessária, proporcional e essencial ao atendimento de um objeto principal lícito, e conduzindo o processo a uma análise pelos efeitos e não pelo objeto¹⁰⁸. O CADE rebateu a alegação de que se tratou de mera sugestão de preços, posicionando a fixação de preços próxima ao extremo da presunção relativa de ilegalidade. Isso porque considerou verificada a materialidade na conduta na medida em que a Shell adotou um sistema de coerção crível, então mesmo que não tenha havido imposição formal dos preços fixados, a influência da distribuidora sobre os postos é verificada pelas relações concretas de poder. Ele determinou ainda que a despeito da alegação da Shell de que não possui poder de mercado, a estrutura de mercado e do contrato permite que exerça retaliação direta sobre o posto revendedor, controlando os níveis de preços dos produtos distribuídos.

Em sede de embargo de declaração a Shell alegou que o CADE teria sido omissivo na análise ou comprovação da existência de poder de mercado por parte da Raízen. Para Ana Frazão, Conselheira que apreciou os embargos, as alegações não procedem. Entre outras razões, porque a definição de mercado relevante e o cálculo de participações possuem caráter

¹⁰⁸ _____. Processo Administrativo nº 08012.0004736/2005-42. Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luís. Vol 10. p. 2030-2031.

meramente instrumental para medir a capacidade dos agentes econômicos de impactar o funcionamento do mercado, e a discussão não é capaz de alterar o julgamento e afastar a ilicitude dos representados no processo.

O terceiro caso de fixação de preços de revenda diz respeito ao Termo de Compromisso de Cessaçã¹⁰⁹¹¹⁰ homologado pelo CADE no dia 31 de outubro e celebrado pela Seasub Artigos Esportivos Ltda. em sede de Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo¹¹¹. O procedimento investigava a fixação de preços de revenda no mercado nacional de equipamentos para mergulho e a conduta chegou ao conhecimento do CADE por meio de denúncia feita no site do órgão por um revendedor da marca, na qual informou ter sido comunicado por e-mail de que fora celebrado acordo entre a Seasub e demais escolas de mergulho.

Tal acerto trazia uma tabela com preços mínimos para revenda de cada produto, e informava que aqueles que praticassem preços inferiores deveriam aumentá-los, caso contrário seriam impedidos de adquirir seus produtos para posterior revenda, e, portanto, excluídos da distribuição. De acordo com o denunciante, o próprio texto do e-mail ressaltou que não se tratava de uma sugestão, mas de uma regra adotada pela empresa.

O CADE emitiu Nota Técnica¹¹² com análise rasa acerca da conduta, afirmando que os elementos constantes nos autos comprovavam a materialidade da conduta, além de esta ser passível de ser considerada infração à ordem econômica conforme disposto no artigo 36 da Lei Antitruste. Não ingressou, contudo, na análise do mérito da prática adotada, somente comentando que o Conselho tem optado por uma análise criteriosa da conduta de FPR, dentro

¹⁰⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Termo de Compromisso de Cessaçã. Emitido em maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017. “Previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, o Termo de Compromisso de Cessaçã consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas.”

¹¹⁰ _____. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessaçã nº 08700.006361/2017-31. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hSb5aAYOk37DXs7UJOS4bfzB459Sw5mMudOU_h0I1OYZw,,>

¹¹¹ _____. Procedimento Preparatório nº 08700.006543/2015-40. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vs-YfLc9kDjIfzck0LdIkQf6GOBiXb4Btho17OWomEQrA,,>

¹¹² _____. Procedimento Preparatório nº 08700.006543/2015-40. Nota Técnica nº 28/2017, emitida pelo CADE em 20 de outubro de 2017. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/documento_consulta_externa.php?v6lRcB7KDvaRVxLrSsu-vMUrNfX29T2miGCr16ZzOqJSvrMj9zQh42sg9GqHHthR-SGNO7iDjjDCCPF0QkoiHA,,>

da perspectiva da regra da razão¹¹³. Os termos do acordo homologado pelo órgão incluem a cessação da conduta pela Seasub e a divulgação do compromisso em seu site pelo prazo de noventa dias.

¹¹³ Idem. Item 27.

5 CONCLUSÃO

Conforme se buscou elucidar, o ordenamento jurídico brasileiro é pautado por princípios que, ao passo que conferem aos agentes econômicos relativa liberdade de atuação no mercado no ponto de vista competitivo, repreendem a busca artificial de poder econômico em prejuízo do funcionamento regular do mercado, bem como o abuso de poder econômico. Tais princípios coexistem e dão forma à ordem econômica graças à ponderação entre eles, exercida pelos operadores do direito.

A estrutura principiológica, aliada ao texto da Lei Antitruste e às normas internas do CADE fazem crer que as restrições verticais – gênero que inclui a fixação de preços de revenda – merecem ser analisadas de acordo com a razoabilidade que apresentem no contexto em que foram praticadas. Adicionado a isso, a tendência que se instalou na teoria econômica a partir de Chicago e nas cortes americanas após o caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. versus PSKS, Inc.* aumentam a crença de que o CADE manteria o entendimento relativo aos casos de sugestão de preços de revenda, para aplicar a regra da razão também aos casos de fixação de preços.

Contudo, jurisprudência do CADE quanto à fixação de preços de revenda no caso da SKF vai de encontro às evoluções da teoria econômica antitruste, e ao próprio ordenamento jurídico brasileiro ao inverter o ônus probatório em desfavor do acusado e ao ignorar a ausência de poder de mercado do mesmo. Situação semelhante ocorreu nos casos julgados posteriormente, em que o órgão sequer realizou análise profunda dos mercados relevantes afetados para verificar se a empresa acusada de infringir a ordem possuía poder de mercado que a permitisse alterar as condições de mercado e ferir o ambiente competitivo. Ao contrário, o CADE assumiu presunções de poder de mercado tendo como base a suposta influência que a empresa detinha. Não obstante, a desnecessidade de demonstrar a detenção de poder de mercado pela empresa que fixou preços é irrazoável do ponto de vista econômico, uma vez que se trata de um elemento básico para caracterização da conduta como infração da ordem econômica, já que uma empresa carente desse poder não é capaz de alterar as condições mercadológicas unilateralmente e assim prejudicar a concorrência.

No tocante aos desdobramentos da conduta, não houve qualquer esforço do órgão em comprovar efeitos deletérios à concorrência, pelo contrário, esses foram considerados

presumidamente existentes uma vez que a fixação de preços é conduta localizada próxima à presunção de ilicitude em razão de seu próprio objeto. Salta aos olhos ainda que, nos casos envolvendo a Raízen, a comprovação da materialidade da conduta está eivada de vícios metodológicos, tendo em vista que a fixação de preços pressupõe a articulação de uma estrutura sancionadora direcionada aos distribuidores que não cumprem com os preços fixados. Esse mecanismo não restou elucidado pelo CADE naqueles casos, tendo os Conselheiros meramente afirmado que a coação não possui natureza formal, e pode se consubstanciar em coação moral. Tal entendimento deixa ainda mais obscura a previsibilidade do tratamento do CADE em relação a casos futuros de fixação de preços, posto que qualquer relação de poder entre produtor e distribuidor poderá ser utilizada para justificar a existência de mecanismo sancionador que comprova a imposição dos preços.

Sobre o a distribuição do ônus probatório, o Código de Processo Civil prevê lógica flagrantemente inversa daquela adotada pela autoridade antitruste, uma vez que de acordo com o ordenamento pátrio a empresa não deveria suportar o ônus de provar a eficiência de sua conduta para evitar sua condenação. De outro lado, caberia ao Estado provar a materialidade da conduta e as alegações quanto ao caráter anticompetitivo da prática que pretende condenar. Além disso, a decisão do órgão é simplista em alegar que a conduta presumidamente apresenta efeitos negativos à concorrência. Ao fazê-lo, o CADE ignora os avanços teóricos no sentido de determinar que a fixação de preços de revenda pode gerar efeitos positivos, como importar em melhoria na eficiência alocativa do mercado, em última análise beneficiando aos consumidores, cujo interesse está protegido pela Constituição.

É irrazoável, além de demonstrar repressão estatal excessiva, que o CADE somente precise demonstrar a materialidade de uma conduta para que uma empresa esteja fadada à condenação. Por essa razão, entende-se que a aplicação da regra da razão melhor reflete as opções legislativas brasileiras consoantes a teoria econômica internacional, uma vez que o CADE deveria não só provar a materialidade da conduta, como também os efeitos anticompetitivos dela advindos.

Não se discute nesse cenário a opção do órgão antitruste em posicionar a conduta de fixação de preços de revenda próxima à presunção de ilicitude em razão de seu objeto, mas sim as violações às garantias constitucionais e processuais de ampla defesa e contraditório e a carência de previsibilidade quanto ao elemento de aferição de poder de mercado decorrentes

dessa presunção. Em que pese reconhecido que custo ao órgão antitruste de analisar a conduta sob um teste de efeitos líquidos é superior àquele de processá-la sob *standards* pré-definidos de prova e ilicitude, o CADE não pode respaldar suas decisões em presunções que afrontem a Constituição Federal e a legislação interna.

Em razão do exposto, é certo que a autoridade antitruste brasileira deve suportar o ônus de comprovar a materialidade da conduta pela verificação dos elementos necessários à sua configuração. Indo além, deve demonstrar que a conduta produz efeitos deletérios à concorrência, podendo a empresa, caso deseje, apresentar provas de eficiência a título de defesa das acusações feitas. Portanto, ainda que a Constituição preveja a restrição ao abuso de poder econômico, este princípio não pode ser interpretado de forma absoluta, de forma que ofenda as garantias individuais de ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

6 BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Paulo Furquim. *Restrições Verticais e a Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo. 2010. Textos para discussão.

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, texts, cases*. 4. ed. Boston: Little Brown. 1998.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo. Resolução nº 29. Publicada no Diário Oficial da União em 09 de dezembro de 2004. Disponível em: <<https://www.brasilpostos.com.br/artigos/resolucoes-anp/resolucao-anp-no-29-de-24-11-2004-dou-9-12-2004/>>. Acesso em: 23.11.2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.009674/2008-16. Relator: Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça. Julgado em 5 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000980/2000-23. Voto do Conselheiro-Relator, Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hRxxDk5JAdLgqJtjrvaaz-4fyp2jxTVUeEVaQGNzQAJ8w,,. Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do Conselheiro do César Costa Alves de Matos. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vuPZ6nvXXseKJH6fpFyWXBQGmZUVWoTYiPUWEKcWRHFsA,,> . Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vuPZ6nvXXseKJH6fpFyWXBQGmZUVWoTYiPUWEKcWRHFsA,,> . Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 148/1992. Julgado em 22 de outubro de 1997.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação n  08700.006361/2017-31. Disponível em: < http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hSb5aAYOk37DXs7UJOS4bfzB459Sw5mMudOU_h0I1OYZw,,> . Acesso em: 23.11.2017.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório n  08700.006543/2015-40. Disponível em: < http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vs-YfLc9kDjIfzck0LdIkQf6GObiXb4Btho17OWomEQrA,,>. Acesso em: 23.11.2017

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório n  08700.006543/2015-40. Nota Técnica n  28/2017, emitida pelo CADE em 20 de outubro de 2017. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?v6lRcB7KDvaRVxLrSsu-vMUrNfX29T2miGCr16ZzOqJSvrMj9zQh42sg9GqHHthR-SGNO7iDjjDCCPf0QkoiHA,,. Acesso em: 23.11.2017.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder Econômico e a conceitua o do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora RT. 1997.

BRUNA, Sergio Varella. *O poder econômico e a conceitua o de abusos em seu exercício*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 154

CARVALHO, Vinicius; LIMA, Ticiania. *A Nova Lei da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional*. Brasília: EAGU. 2012. Publica es da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade. Ano IV, n  19.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. Virginia: The journal of law and economics. 1960.

COELHO, Gustavo F.; SILVA, Ricardo V. M. A. da. *New developments on the analysis of resale price maintenance in Brazil*. Colômbia: Revista Derecho Competencia. 2013. Vol. 9, nº 9.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 23.11.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução No. 20/99. Publicada no Diário oficial da União em 28 de junho de 1999. Disponível em: <[file:///C:/Users/zkq/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/zkq/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999%20(1).pdf)> Acesso em: 23.11.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia Termo de Compromisso de Cessação. Publicado em maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17>. Acesso em: 23.11.2017.

DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press. 2010.

DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. 4. ed. 2004.

FAGUNDES, Jorge. *Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ. 2003.

FERRAZ, André Santos. *As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago*. Brasília: Revista de Defesa da Concorrência. 2014. Vol. 2.

FORGINI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana. *Direito Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Priscilla Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: Thomson Reuters. 2011.

HOVENKAMP, Herbert. *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm*. Iowa: University of Iowa Legal Studies, 2010. Research Paper No. 07-19.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*, West Publishing. ST. Paul. 1993.

MONTEIRO, Carmen. D. B. *Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. 2003.

MOTTA, Fernando C. P.; VASCONCELOS, Isabella F. G. de. *Teoria geral da administração*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning. 2002.

MOURA, Aline Teodoro; Kowarski, Clarissa M. B. Brandão de. *A nova lei de defesa da concorrência e o novo instituto do “Gun Jumping”*: um estudo de caso na indústria do petróleo. Santa Catarina: Conpedi. 2014.

NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2002.

PEREIRA, Andresa S.; CARNEIRO, Adeneele G. *A Importância dos Princípios da Livre Concorrência e da Livre Iniciativa para manutenção da ordem econômica no Brasil*. Aracaju: Interfaces Científicas – Direito. 2015. Vol. 4, nº1.

PEREIRA NETO, Caio M. da S.; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva. 2016.

RAMOS, Raul N. P. *Infrações a ordem econômica e a defesa da concorrência – Condutas Anticompetitivas*. Disponível em: <<https://raulnero.com/2012/10/11/infracoes-a-ordem-economica-e-a-defesa-da-concorrenca-condutas-anticompetitivas/>>. Acesso em: 16.11.2017

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A Regulação da Concorrência*. 2013. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20>.

ROMERO, Anna P. B. *As Restrições Verticais e a Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Revista Direito. 2006. Nº 3.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros. 2. Ed. 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

VISCUSI, Kip; VERNON, John; HARRINGTON, Joseph. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, Cambridge. 1995.