

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Faculdade de Direito**

**DANILO FERRAZ CÓRDOVA**

**A DELIMITAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA NOS CONTRATOS DE  
DISTRIBUIÇÃO**

**Belo Horizonte**

**2011**

**DANILO FERRAZ CÓRDOVA**

**A DELIMITAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA NOS CONTRATOS DE  
DISTRIBUIÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca.

**Belo Horizonte**

**2011**

**DANILO FERRAZ CÓRDOVA**

**A DELIMITAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA NOS CONTRATOS DE  
DISTRIBUIÇÃO**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico

Belo Horizonte, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

Componentes da banca examinadora:

---

Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca (Orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

---

Aos meus pais, Lêda e Nilson.  
Eterno amor e amizade.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Lêda e Nilson, pelo apoio constante na minha busca profissional e pessoal. Sei muito bem o esforço que eles fizeram para que eu chegasse aqui. Obrigado por tudo.

Ao meu orientador, professor doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca, que me ajudou muito para a conclusão deste trabalho e sempre me mostrou, com suas sábias palavras, a correta compreensão do Direito e da vida.

Ao meu irmão e amigo, Lucas, exemplo de dedicação pelos estudos e por também ser uma pessoa fantástica. Obrigado, Lucas.

À minha nova “irmã”, Camila, esposa do meu irmão, pessoa querida, que enriqueceu a vida da minha família.

Aos meus colegas de pós-graduação Paulo Márcio Reis Santos, Renato Dolabella, Karen Ruback, Daniel de Almeida Gloria Firmato, Ana Raquel Arca, Gustavo Chaves Santos Cordeiro, Carolina Nunes Nery, Arthur Villamil Martins, Anderson Moraes, Simone Leticia Severo e Sousa, Claudio Pinho e Juliana Auler, que tornaram esses dois anos mais prazerosos.

À professora Amanda Flávio de Oliveira pelos ensinamentos nas aulas da pós-graduação e pela supervisão no estágio docência. Com certeza aprendi muito e tive outra visão do Direito Econômico.

Às minhas avós, Maria e Rosilda, exemplos de vida. Impossível não lembrar delas nesse momento.

Para os meus amigos do Pitágoras, Frederico, Igor, Guilherme, Lucas, Felipe, Mauro, Joyce, Juliana, Flávia, Cristina, da PUC/MG, Eduardo Oliveira, Eduardo Macieira, Gerson, Daniel, Olavo, Gabriel, Bernardo, José Geraldo, Luis Felipe, Rejane, Carolina, Junne, Júnia, Emanuela, Ana Cristina, Fabiola, Juliana, Daniela, Daniele, Alexandra, Tatiana, Mariana, Daphne; do trabalho, Carlos Eduardo, Diego Moreno, Daniela Jovem. Muito obrigado por tudo o que vocês, de alguma forma, fizeram por mim.

Aos meus tios, tias, primos e primas, que me apoiaram incondicionalmente e, especialmente, para a minha prima Lira, que fez a revisão ortográfica deste trabalho, mas, qualquer falha, é de minha inteira responsabilidade.

Aos professores da pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, principalmente, Osmar Brina Corrêa, Marcelo de Oliveira Cattoni, Maria Helena Megale, Miracy Barbosa S. Gustin, Monica Sette Lopes, Silma Mendes Berti, Isabel Vaz e Fabiano Teodoro de Rezende Lara, com os quais aprendi muito e percebi que tenho que aprender mais.

Aos servidores da pós-graduação, Sueli, Soraya e Márcia, que sempre me ajudaram quando precisei.

Ao grande amor da minha vida, Mariana, minha noiva, companheira, amiga e colega de mestrado. A pós-graduação da UFMG nos uniu e estamos juntos até hoje e para sempre. Você completa a minha vida de um jeito muito especial.

## RESUMO

O objetivo desta dissertação é a análise dos efeitos que a delimitação de preço de revenda nos contratos de distribuição pode causar no mercado. O trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro discorre sobre a forma como o agente econômico escolhe sua produção, seja na forma direta, através da integração vertical, ou na indireta, em que será analisado o contrato de distribuição, diferenciando-se este das demais formas contratuais existentes. O segundo capítulo é dedicado aos acordos verticais e às restrições verticais, bem como às formas concorrências existentes, quais sejam, a entremarcas e a intramarca, pelo preço e pelo não preço. No terceiro, a pesquisa aborda a Análise Econômica do Direito e o critério da eficiência de acordo com Vilfredo Pareto e Nicholas Kaldor e J. R. Hicks. A delimitação de preço de revenda em todas as suas espécies – fixa, mínima, máxima e sugerida – bem como os possíveis efeitos positivos e negativos também serão objeto de estudo. No último capítulo, o objeto de análise será a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, desde o caso *Dr. Miles* até o caso *Leegin*, da Comissão Europeia, assim como seus Regulamentos de isenção por categoria, e a do Brasil, tanto perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quanto perante o Poder Judiciário. Por fim, após compreender do instituto da restrição vertical e seus efeitos, e analisar a evolução jurisprudencial nos Estados Unidos e na União Europeia, poderemos apresentar um posicionamento crítico em relação à aplicação da delimitação de preço de revenda no Brasil, bem como afirmar que essa restrição vertical não deve ser considerada ilícita *per se*, sendo necessário verificar sua razoabilidade no caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Delimitação de preço de revenda – contrato de distribuição – concorrência entremarcas e intramarca – concorrência pelo preço e pelo não preço.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the effects that resale price maintenance in distribution contracts may cause in the market. In the first chapter, this work explains how economic agents flow off their products to market, either in a direct way, through vertical integration, or in an indirect way, in which case the distribution contract shall be analyzed, distinguishing itself from the other sorts of contracts. The second chapter is dedicated to the vertical agreements and vertical restrictions, as well as to intra and interbrand competition and price and nonprice competition. Next, the research broaches the Economic Analysis of Law and the efficiency criterion, according to Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor and J. R. Hicks. Resale price maintenance in all its species – fix, minimum, maximum and suggested – as well as its positive and negative possible effects will also be taken under consideration. In the last chapter, this study analyses following decisions: 1. Supreme Court of the United States of America - from *Dr. Miles* to *Leegin* cases; 2. European Commission, as well as its bloc exemption Regulations and 3. Administrative Council for Economic Defense - CADE and Judiciary Power in Brazil. After all these considerations, this research comes up to a critical overview of the Brazilian application of rules concerning resale price maintenance. This study also concludes that such a vertical restriction must not be considered *per se* illegal bringing up the necessity to examine its reasonableness case by case.

**KEY WORDS:** Resale price maintenance – distribution contracts – intrabrand and interbrand competition – price and nonprice competition.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1 A DISTRIBUIÇÃO .....	14
1.1 A distribuição direta e indireta.....	14
1.2 O Contrato de Distribuição: O posicionamento de Claude Champaud e Claudineu de Melo .....	17
1.3 Análise do contrato de distribuição.....	22
1.3.1 O contrato de distribuição como um contrato atípico – O Artigo 710 do Código Civil .....	22
1.3.2 A Lei “Renato Ferrari” – Lei nº 6.729, de 1979 .....	27
1.3.3 O conceito do contrato de distribuição para o presente trabalho .....	29
1.4 A distinção entre o contrato de distribuição e outras formas de distribuição indireta .....	30
1.4.1 Contrato de Distribuição x Representação Comercial e Agência .....	30
1.4.2 Contrato de Distribuição x Contrato de Franquia .....	33
1.4.3 Contrato de Distribuição x Contrato Estimatório (Consignação) .....	35
1.4.4 Contrato de Distribuição x Contrato de Comissão Mercantil .....	36
2 ACORDO E RESTRIÇÃO VERTICAL .....	38
2.1 Acordos verticais .....	38
2.2 Restrição vertical .....	41
2.2.1 Espécies de Restrição Vertical.....	44
2.2.1.1 Venda casada .....	44
2.2.1.2 Acordo de Exclusividade .....	46
2.2.1.3 Restrição territorial .....	47
2.2.1.4 Recusa de venda.....	48
2.2.1.5 Discriminação de preços .....	49
2.3 Restrição vertical e acordo vertical: Sinônimos?.....	50
2.4 A concorrência entremarcas e intramarca.....	53
2.5 A concorrência pelo preço e pelo não preço (extrapreço).....	58
3 A DELIMITAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA E A ANÁLISE ECÔNOMICA DO DIREITO .....	62
3.1 Direito e Economia: Confluência de duas tradições .....	62
3.2 A Eficiência .....	63
3.2.1 A eficiência segundo Pareto.....	64
3.2.2 A Eficiência segundo Nicholas Kaldor e J. R. Hicks.....	67
3.3 Eficiência econômica e eficiência constitucional: sinônimos? .....	68
3.4 A delimitação do preço de revenda.....	69
3.4.1 A delimitação de preço fixo de revenda.....	72
3.4.2 A sugestão do preço de revenda.....	72
3.4.3 A delimitação de preço mínimo de revenda.....	74
3.4.4 A delimitação de preço máximo de revenda.....	74

3.5 A delimitação direta e indireta do preço de revenda.....	76
3.6 Os efeitos da delimitação do preço de revenda.....	79
3.6.1 Efeitos anticompetitivos.....	80
3.6.1.1 Diminuição da concorrência intramarca .....	80
3.6.1.2 Possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores.....	82
3.6.1.3 Possibilidade de cartelização no mercado dos distribuidores .....	85
3.6.1.4 Aumento unilateral do poder de mercado do fornecedor.....	88
3.6.1.5 Aumento das barreiras à entrada.....	90
3.6.2 Efeitos pró-competitivos.....	91
3.6.2.1 Eliminação da dupla marginalização .....	91
3.6.2.2 Melhoria dos serviços pós e pré-venda (concorrência pelo não preço) .....	93
3.6.2.3 Eliminação do problema <i>free rider</i> .....	95
3.6.2.4 Preservação da imagem do produto e da marca .....	99
3.6.2.5 Aumento da concorrência entremarcas.....	100
4 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA, EUROPEIA E BRASILEIRA NA DELIMITAÇÃO DOS PREÇOS DE REVENDA .....	102
4.1 Estados Unidos .....	102
4.2 Regra <i>per se</i> e regra da razão.....	102
4.3 Os julgados norte-americanos.....	106
4.3.1 <i>Dr. Miles Medical Co. versus John D. Park &amp; Sons Co.</i> .....	106
4.3.2 <i>U.S versus Colgate Co.</i> .....	109
4.3.3 Tentativa dos estados Norte-Americanos de legalizar a delimitação do preço de revenda.....	111
4.3.4 <i>United States versus Parke Davis &amp; Co.</i> .....	113
4.3.5 <i>Simpson versus Union Co.</i> .....	114
4.3.6 <i>Albrecht versus Herald Co.</i> .....	114
4.3.7 <i>Atlantic Richfield Co. versus USA Petroleum Co.</i> .....	117
4.3.8 <i>State Oil Co. versus Khan</i> .....	118
4.3.9 <i>Leegin Creative Leather Products, Inc. versus PSKS, INC.</i> .....	121
4.4 A experiência europeia .....	123
4.4.1 Os regulamentos e as decisões da Comissão Europeia .....	127
4.5 A experiência brasileira .....	136
4.5.1 A evolução legislativa.....	136
4.5.2 O posicionamento do CADE .....	140
4.5.3 O posicionamento do Poder Judiciário .....	147
CONCLUSÃO .....	150
REFERÊNCIAS .....	155

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 e com a adoção da economia de mercado, diversos agentes econômicos, nacionais e internacionais, surgiram para ofertarem os seus produtos ou serviços, no mercado brasileiro.

Assim, as empresas têm que escoar sua produção, levando o produto ou o serviço até o adquirente.<sup>1</sup> Contudo, realizar a própria distribuição poderá aumentar o custo e o risco de sucesso do produto, e assim os agentes econômicos optam por contratar distribuidores para essa finalidade.

Os contratos de distribuição, franquias, agência (representação comercial), estimatório (consignação), concessão mercantil, entre outros, são utilizados para formalizar a relação jurídica entre o fornecedor<sup>2</sup> e o fabricante. Para o Direito da Concorrência,<sup>3</sup> todas essas formas contratuais são denominadas “relações verticais”.

Neste trabalho focaremos o contrato de distribuição, entendido como uma relação jurídica contínua entre fornecedor e distribuidor, sendo que este compra os produtos daquele com a finalidade de revenda, dentro de uma área previamente demarcada.

Nas relações verticais, há obrigações mútuas. Porém, quando há determinações ou acordos que restringem ou eliminam a concorrência, estas são “restrições verticais” e podem assumir diversas formas, tais como acordo de exclusividade, venda casada, recusa de venda. Analisaremos neste texto a delimitação de preço de revenda, mas não em todas as formas de relação vertical, apenas nos contratos de distribuição.

---

<sup>1</sup> Esta dissertação não tem como objetivo abordar a questão do consumidor como tratado no Direito do Consumidor; a análise baseia-se numa questão de mercado. Então, quando falarmos de “adquirente”, estamos falando da pessoa que compra o produto. Assim, neste trabalho, especificamente, as denominações “consumidor” e “adquirente” não serão tratadas como sinônimos, para que não haja qualquer confusão com o Direito do Consumidor. Quando quisermos falar do consumidor final, ou seja, do objeto de estudo do Direito Consumerista, faremos de forma expressa.

<sup>2</sup> Neste trabalho utilizaremos a expressão “fornecedor” para designar tanto o “fabricante” quanto o “intermediário do comércio”.

<sup>3</sup> Utilizaremos, aqui, a expressão “Direito da Concorrência”. “Direito Antitruste” será empregada apenas quando nos referirmos ao Direito Norte-Americano.

No Capítulo 1, com a finalidade de delimitar o objeto deste trabalho, analisaremos as formas pelas quais o fornecedor escolhe sua produção, seja através da integração vertical, seja através da distribuição indireta.

O contrato de distribuição deve ser devidamente compreendido. Utilizaremos os ensinamentos de Claude Champaud e Claudineu de Melo para que possamos demonstrar nosso entendimento sobre essa forma contratual. Os demais contratos, que têm como finalidade a colocação de um determinado produto ou serviço no mercado, serão vistos para diferenciá-los do contrato de distribuição.

O acordo vertical e a restrição vertical serão objetos de estudo do Capítulo 2. Analisaremos algumas espécies de restrição vertical, tais como: venda casada, acordo de exclusividade, restrição territorial, recusa de venda e discriminação de preços.

A concorrência pode ocorrer de diversas formas. Tendo em vista os efeitos ocasionados pela delimitação de preço de revenda, as análises da concorrência entremarcas e intramarca e da concorrência pelo preço e pelo não preço são valiosas para a compreensão do tema.

No capítulo seguinte, damos enfoque à Análise Econômica do Direito e à delimitação de preço de revenda, bem como às eficiências e ineficiências que esta pode causar no mercado. A delimitação de preço de revenda se subdivide em quatro modalidades: a delimitação de preço fixo de revenda, a delimitação de preço mínimo de revenda, a delimitação de preço máximo de revenda e o preço sugerido. Esses dois últimos, conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência, não geram efeitos anticompetitivos, desde que não ocorram abusos.

A experiência norte-americana, europeia e brasileira, em relação à delimitação de preço de revenda, será analisada no Capítulo 4.

Os Estados Unidos têm larga experiência no Direito Antitruste e, principalmente, na delimitação de preço de revenda. Desde o caso *Dr. Miles*, julgado em 1911, que firmou precedente no sentido de que qualquer forma de limitar a liberdade de atuação do distribuidor era considerada ilícita *per se*, o debate sobre essa restrição vertical é intenso. Desde então, ocorreram vários julgados que suavizaram o rigorismo imposto no caso *Dr. Miles*, sobretudo em relação ao preço sugerido e à delimitação de preço fixo de revenda, até culminar com o caso *Leegin*.

A Comissão Europeia tem vários julgados e larga experiência sobre essa questão. Contudo, os Regulamentos de isenção por categoria demonstram o entendimento e a forma de decidir da Comissão. Em 2010, foi adotado o Regulamento 330 sobre os acordos e as restrições verticais.

Finalizamos esse último capítulo com a experiência brasileira, tanto perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quanto no Poder Judiciário. Ainda é tímida a atuação sobre a delimitação de preço de revenda; atuação esta que necessita de um posicionamento mais concreto.

Ao final deste trabalho, ficamos aptos para tecer nossas conclusões, com o objetivo de contribuir com os estudos referentes à delimitação de preço de revenda, principalmente, no Brasil.

# **CAPÍTULO 1**

## **A DISTRIBUIÇÃO**

O empresário, em nenhum momento, pode desconsiderar as fases da cadeia produtiva de seu produto. Entende-se como “cadeia produtiva de um produto” o processo que vai da extração de um insumo básico – por exemplo, o minério de ferro para a fabricação de um automóvel –, passa pela produção de uma determinada peça e encerra com a elaboração do produto final.

Contudo, a cadeia produtiva não é tão simples assim, pois, entre cada uma das fases elencadas anteriormente, existe a distribuição, isto é, a forma com que o produto final, esse insumo ou essa peça chegará até as mãos do adquirente, seja através do próprio agente econômico que fabrica o bem, seja através de um terceiro contratado para este fim.

Todas as etapas da cadeia produtiva são importantes, porém, nesta dissertação, enfatizaremos a fase distributiva. Mesmo que o agente econômico tenha um produto extremamente inovador, de acordo com o que o mercado deseja e com o preço acessível, se esse bem não tiver uma distribuição eficiente, ele jamais chegará até o adquirente nem será consumido pelo mercado. As inovações trazidas pelo agente econômico naquele determinado produto não atingirão o objetivo.

Assim, caso a distribuição de um bem inovador seja ineficiente, outro produto, mesmo que seja mais caro e que não tenha todas as inovações que aquele tinha, será consumido pelo mercado, uma vez que este último tem uma distribuição mais eficiente.

### **1.1. A DISTRIBUIÇÃO DIRETA E INDIRETA**

A distribuição de um produto pode ser feita de diversas formas, porém, dependendo da estrutura pela qual o agente econômico irá optar, podem apresentar-se duas formas.

Ao optar por uma das alternativas de distribuição possíveis, o agente econômico levará em consideração o custo,<sup>4</sup> o mercado relevante do produto e o geográfico,<sup>5</sup> o comportamento de seus adquirentes, entre outros fatores.

A primeira forma de distribuição é a direta, também denominada de “integração vertical”,<sup>6</sup> na qual o próprio agente econômico assume a distribuição, colocando ele mesmo seu produto no mercado para que o consumidor possa adquiri-lo.

O grande problema da integração vertical é o custo de sua implementação e o risco que o agente econômico assumirá, uma vez que terá que implantar uma estrutura completamente diferente da que ele detém, pois deverá se aproximar do adquirente e, dependendo do produto que está sendo fabricado, terá que ramificar em diversas localidades esta nova estrutura de distribuição. Dessa forma, o agente arcará não só com a parte física, mas também com novos empregados, publicidade, pesquisa e conhecimento do mercado, para saber a opinião de sua possível clientela naquela determinada região.

A pesquisa de mercado para ter conhecimento sobre o comportamento dos adquirentes naquela determinada área geográfica pode ser um dos maiores entraves para a realização da integração vertical, pois a informação sobre a clientela daquela região, se terá boa receptividade, é vital para o sucesso tanto do produto quanto da própria distribuição.

Uma das razões para que o agente econômico opte pela integração vertical é a possibilidade da não aplicação das leis concorrenciais nesse tipo de acordo, para algumas infrações concorrenciais,<sup>7</sup> por exemplo, imposição de preço de revenda. Se o agente econômico que fabrica também distribui, ele tem total liberdade para impor o preço de revenda da empresa

---

<sup>4</sup> Com relação à questão do custo para transacionar, são de importante leitura dois artigos de Ronald Coase: “The Problem of Social Cost” e “The Nature of The Firm”.

<sup>5</sup> A Resolução do CADE nº 15, Anexo V, de 19 de agosto de 1998 conceitua: “Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento”. Continua: “Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços”.

<sup>6</sup>WHISH.*Competition Law*, p. 585.

<sup>7</sup>WHISH.*Competition Law*, p. 585. No mesmo sentido, Alison Jones e Brenda Sufrin (*EC Competition Law*, p. 685): “A supplier that sets up its own distribution arm is unlikely to encounter difficulties with EC competition law. Article 81 (1) does not apply to an agreement concluded between a supplier and distributor forming part of the same economic unit (in these circumstances the conduct is considered to be the unilateral workings of an economic unit and not joint conduct)”.

distribuidora, pois ambas as empresas, tanto a fabricante quanto a distribuidora, pertencem ao mesmo grupo econômico.

Com a possibilidade da utilização da internet para a realização de transações comerciais, a integração vertical ganhou força, e os agentes econômicos começaram a vender seus produtos utilizando essa nova ferramenta.

A utilização de uma empresa de entrega, seja o próprio correio ou uma terceirizada, não retira o caráter da distribuição direta. Contudo, a utilização de uma empresa terceirizada para a formulação e o gerenciamento do sítio eletrônico, para a venda e o envio do produto ao adquirente não pode ser considerada uma forma de distribuição direta.

A segunda forma é a distribuição indireta, em que o fabricante contrata um agente econômico com a finalidade única de distribuir seu produto. Essa distribuição é mais complexa que a direta, pois pode ser realizada de diversas formas contratuais. Poderão ocorrer: a utilização da marca do fabricante pelo distribuidor; a transferência de propriedade, caso ocorra a venda e a revenda por parte do distribuidor; entre outros.

Nesse caso, o produtor se preocupa apenas com o aprimoramento da fabricação e o desenvolvimento de seu produto, deixando que terceiros (atacadistas ou varejistas), que são mais especializados, se preocupem com a distribuição.<sup>8</sup>

O Direito Civil e o Direito Empresarial regem estas formas contratuais que são utilizadas na distribuição indireta, quais sejam, o contrato de franquia, o contrato de representação comercial, o contrato de consignação, o contrato de distribuição, além de outras formas.

Este trabalho irá se preocupar mais especificamente com o contrato de distribuição, não se atendo às demais formas contratuais. Contudo, não se nega que a delimitação de preço de revenda não ocorra em outros tipos de contrato. Para esta dissertação, no entanto, focalizaremos apenas o contrato de distribuição, ou seja, a distribuição indireta.

Há, então, a necessidade de conceituar o contrato de distribuição e diferenciá-lo das demais formas contratuais, para que se consiga uma melhor delimitação do tema.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, ver: GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 20.

## 1.2. O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO: O POSICIONAMENTO DE CLAUDE CHAMPAUD E CLAUDINEU DE MELO

Durante muito tempo a doutrina tenta dar uma roupagem técnica para o contrato de distribuição, que começou, no direito brasileiro, a ser utilizado para o mercado automobilístico.<sup>9</sup>

Antes de adentrar na doutrina, esclarecemos que concordamos com o posicionamento de Fábio Konder Comparato e de Paula Forgioni, que afirmam que o contrato de concessão de venda nada mais é que o contrato de distribuição.

Tanto é assim que a Lei nº 6.729, de 1979, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, a denominada Lei “Renato Ferrari”<sup>10</sup> – que será analisada no item 1.3.2 – e que também é considerada a primeira legislação sobre o contrato de distribuição no Brasil, afirma que a distribuição de veículos automotores será realizada através de concessão comercial entre os produtores e os distribuidores. O artigo 2º, § 1º, alínea “a” define o produtor e o distribuidor como concedente e concessionário, respectivamente. Feito esse esclarecimento, passemos para a análise pontual do contrato de distribuição.

Na década de 1960, Claude Champaud, um dos pioneiros desse estudo, definiu o contrato de distribuição como:

A convenção pela qual um comerciante, denominado “concessionário”, põe sua empresa de distribuição a serviço de um comerciante ou industrial, denominado “concedente”, para assegurar, exclusivamente, dentro de um território determinado, durante um período limitado e sobre a supervisão do concedente, a distribuição dos produtos onde o monopólio de revenda lhe é concedido.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 56.

<sup>10</sup> Renato Ferrari era um advogado, então presidente da Associação Brasileira de Revendedores Autorizados de Veículos (ABRAVE), que empreendeu todos os seus esforços para que a Lei nº 6.729, de 1979, entrasse em vigor.

<sup>11</sup> “Une convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d’un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé” (CHAMPAUD. *La concession commerciale*, p. 471. Tradução livre).

Claude Champaud tenta dar uma roupagem mais bem definida a esse contrato, extremamente utilizado, mas pouco estudado.

No direito brasileiro, um dos primeiros a estudar o contrato de distribuição<sup>12</sup> foi Claudineu de Melo, que conceituou como “aquele contrato mediante o qual o fabricante obriga-se a vender, continuamente, ao distribuidor, que se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada”.<sup>13</sup>

Analisando os dois doutrinadores, constata-se que há algumas similitudes e divergências com relação aos requisitos necessários no contrato de distribuição.

Claudineu de Melo entende que o concessionário do contrato de distribuição deverá ser, necessariamente, o fabricante do produto, pois a celebração de contrato similar entre comerciantes não caracteriza a distribuição propriamente dita, uma vez que ela consiste em um sistema de vendas criado especialmente para atender às necessidades de fabricantes que não querem atuar direta ou exclusivamente no mercado, e não para atender aos interesses e às conveniências de comerciantes, cuja função precípua é adentrar e disputar o mercado consumidor de produtos industrializados.<sup>14</sup> Claude Champaud, por outro lado, tem posicionamento diverso e mais abrangente ao afirmar que o concessionário não é, necessariamente, o fabricante, podendo ser inclusive qualquer industrial ou um intermediário do comércio.

O entendimento de Champaud, apesar de mais antigo, é mais adequado à realidade de mercado da atualidade. Essa revenda pode ser feita para outro agente econômico ou até mesmo para o consumidor final, e poderá ser estabelecido um novo contrato de distribuição com outra distribuidora, sendo possível ter a jusante a chamada “distribuição de segundo grau”.<sup>15</sup>

Outro ponto de divergência entre os dois doutrinadores refere-se à área geográfica de atuação dos distribuidores. Tanto Champaud quanto Claudineu de Melo entendem que deverá haver uma limitação geográfica de atuação dos distribuidores; porém, o primeiro entende que neste

---

<sup>12</sup> Rubens Requião, anteriormente, abordou a questão do contrato de distribuição em seu livro *Do representante comercial*. Contudo, entendemos que Claudineu de Melo fez uma análise mais profunda sobre o assunto.

<sup>13</sup> MELO. *Contrato de distribuição*, p. 29.

<sup>14</sup> MELO. *Contrato de distribuição*, p. 20.

<sup>15</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 58.

território previamente demarcado apenas um único distribuidor irá atuar, enquanto que o segundo entende que não há a obrigatoriedade de tal exclusividade.

Primeiramente, concordamos com os dois doutrinadores ao afirmarem que a delimitação prévia da área de atuação do distribuidor é uma característica obrigatória no contrato de distribuição. Com relação à exclusividade de atuação na área geográfica delimitada, concordamos com Claudineu de Melo, uma vez que não há a obrigatoriedade de que o espaço delimitado seja preenchido apenas por um distribuidor. Podem ocorrer, portanto, duas situações: a reclusão territorial, em que o distribuidor atua em uma área previamente demarcada, mas sem a exclusividade de atuação; e a exclusividade territorial, em que o distribuidor tem, como requisito obrigatório do próprio contrato, a área de atuação demarcada. Contudo, a exclusividade de atuação também ocorrerá, não podendo outra distribuidora ou sequer o próprio fabricante vender o produto neste espaço.

É bom lembrar que essa delimitação geográfica não significa que o distribuidor somente poderá vender para os adquirentes que estão estabelecidos ou residentes nesse espaço previamente demarcado, como determinava a primeira edição da Lei nº 6.729, de 1979, que dispunha sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, a denominada Lei “Renato Ferrari”, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 8.132, de 1990, modificando essa determinação. Assim, o distribuidor poderá revender o produto para qualquer pessoa, independentemente do local onde o adquirente esteja estabelecido, desde que este o procure, caso esteja fora de sua zona.

Em outro requisito, os dois autores têm o mesmo posicionamento. Deverá haver, obrigatoriamente, a compra e a venda do produto por parte do distribuidor de forma não eventual, ou seja, trata-se de uma revenda contínua de um ou de vários produtos.

O fato de uma pessoa, tanto física quanto jurídica, eventualmente, comprar um determinado produto, do mesmo fabricante ou do mesmo fornecedor, para, em seguida, ocorrer a revenda não pode ser considerado, por ser uma relação esporádica, como um contrato de distribuição. O caráter contínuo é essencial para a caracterização da relação jurídica definida como contrato de distribuição.

Claudineu de Melo ainda coloca como um requisito do contrato de distribuição a “vantagem especial”. “Estas vantagens não podem estar somente no preço da venda entre fabricante e distribuidor, mas também em outras condições que facilitem a atividade comercial deste, tais

como prazo maior para pagamento e descontos financeiros.”<sup>16</sup> Em nosso entendimento esse requisito, “vantagem especial”, não é uma condição obrigatória no contrato de distribuição, uma vez que dependerá muito mais do poder de barganha do distribuidor junto ao concedente, bem como da própria eficiência do concessionário ao distribuir o produto, haja vista que, se a distribuição for eficiente e, conseqüentemente, aumentar a venda dos produtos, o industrial terá maior interesse em permanecer com aquele determinado distribuidor e lhe concederá vantagens especiais.

Champaud relaciona outro requisito, o da exclusividade por parte do distribuidor,<sup>17</sup> ou seja, este é obrigado a revender apenas os produtos fabricados ou comercializados pelo concedente, não podendo comercializar os produtos concorrentes.

Hoje em dia, não podemos colocar a exclusividade por parte do distribuidor como um requisito obrigatório do contrato de distribuição, caso contrário, não existiriam os eficientes distribuidores multimarca. Ademais, esse requisito, da mesma forma que a “vantagem especial” de Claudineu de Melo, também dependerá do poder de barganha do distribuidor e, em especial, do próprio mercado relevante que poderá, por sua própria natureza, exigir tal exclusividade.

Contudo, existe a distribuição exclusiva, que é uma espécie do gênero contrato de distribuição, conceituada pela Comissão Europeia da seguinte forma:

Um sistema de distribuição, no qual uma empresa garante direitos de exclusividade de seus produtos ou serviços para outra empresa. As formas mais comuns incluem o direito da marca e/ou a exclusividade territorial, em que um único distribuidor obtém o direito de vender os produtos do fornecedor, em um território específico. A proposta do fornecedor para garantir a exclusividade é normalmente de prover o distribuidor com incentivos para promover o produto e prover melhor o serviço ao consumidor. Na maioria dos casos, o poder de mercado do distribuidor está limitado à concorrência entremarcas.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MELO. *Contrato de distribuição*, p. 34.

<sup>17</sup>“Par cette exclusivité le concessionnaire s’engage à ne pas vendre de produits concurrents de ceux du concédant et bien entendu, à ne pas passer d’autre contrat de concession” (CHAMPAUD. *La concession commerciale*, p. 461).

<sup>18</sup>“A distribution system, in which a company grants exclusive rights on its products or services to another company. The most common forms include single branding and/or exclusive territory rights, whereby a single distributor obtains the right to market a supplier’s product in a specific territory. The supplier’s purpose in granting exclusivity is normally to provide the distributor with incentives to promote the product and provide better service to customers. In most cases, the distributor’s market power is limited by inter-brand competition” (COMISSÃO EUROPEIA. *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*, p. 19. Tradução livre).

Champaud aborda um último requisito, a supervisão da distribuição por parte do concedente. Este é um ponto mais complexo e que merece uma análise um pouco mais aprofundada.

Primeiramente, nem sempre o fabricante ou o intermediário do comércio detém maior poder que o distribuidor. Nos últimos anos, houve uma enorme evolução dos grandes varejistas, que são considerados megaempresas, inclusive multinacionais.<sup>19</sup> Portanto, em vez de ocorrer pressão em decorrência do poder econômico de um empresário de forma a jusante, nos casos dos grandes varejistas, essa pressão ocorrerá a montante, pois haverá um interesse muito maior por parte do industrial para que aquele grande distribuidor revenda seu produto, do que o próprio grande varejista revendê-lo.

Champaud alegou, na década de 1960, que a supervisão da distribuição por parte do concedente era um requisito obrigatório do contrato de distribuição, uma vez que naquela época não existiam os grandes varejistas, e toda forma de pressão do poder de mercado, em uma relação vertical, era a jusante, jamais a montante, como ocorre nos dias de hoje.

Tem-se que analisar também que o concedente tem muito interesse em tornar o mais eficiente possível sua cadeia distributiva, uma vez que essa etapa da cadeia produtiva é de extrema importância para o sucesso de seu produto.

A supervisão da distribuição por parte do concedente não pode ser considerada um requisito obrigatório do contrato de distribuição, pois dependerá de circunstâncias externas. Conforme mencionado, o próprio poder de barganha das partes e, principalmente, a importância do produto no mercado<sup>20</sup> e sua substituíbilidade influenciam nessa questão.

Claude Champaud e Claudineu de Melo iniciaram os estudos do contrato de distribuição. Contudo, nos dias de hoje, outros doutrinadores tentaram dar uma roupagem mais moderna para essa forma contratual.

Paula Forgioni fez da seguinte forma:

---

<sup>19</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre os grandes varejistas e sua evolução recomendamos a leitura do livro de Daniel Goldberg: *Poder de compra e política antitruste*.

<sup>20</sup> Não estamos falando de poder de mercado, uma vez que um agente econômico pode ser monopolista, mas não deter este poder, como ocorre nos casos de oligopsonia.

Contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.<sup>21</sup>

Já Priscila Brólio Gonçalves utiliza este conceito:

Os contratos de distribuição são aqueles em que, em caráter não eventual, um empresário (produtor ou meramente fornecedor) fornece produtos a outro empresário, que os adquire para fins de revenda, agindo esse último em seu próprio nome (ainda que se utilize de marca e sinais distintivos do fornecedor) e por sua própria conta e risco.<sup>22</sup>

Pode-se ver claramente que esses dois últimos conceitos têm como base o pensamento de Claude Champaud e de Claudineu de Melo.

A análise doutrinária do contrato de distribuição é essencial para seu correto entendimento, haja vista que sua completa tipificação ainda não ocorreu.

### 1.3. ANÁLISE DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Ainda há divergência sobre a conceituação do contrato de distribuição na doutrina, e isso se deve principalmente a uma lacuna no ordenamento jurídico que aborda este tema. Antes de conceituarmos o contrato de distribuição, é importante que seja feita a análise da legislação que trata o assunto.

#### 1.3.1. O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO COMO UM CONTRATO ATÍPICO: O ARTIGO 710 DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil, no Capítulo XXII, Título VI, Livro I, dispôs sobre o Contrato de Agência e Distribuição nos artigos 710 e seguintes,<sup>23</sup> tendo definido os dois contratos da seguinte forma:

---

<sup>21</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 116.

<sup>22</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 73-74.

<sup>23</sup> Transcrevemos a seguir os demais artigos do Código Civil:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Será feita uma distinção entre o contrato de agência e o contrato de distribuição no item 1.4.1.

O artigo 710 do Código Civil é motivo de grande divergência, uma vez que a doutrina especializada majoritária entende que a definição ali estipulada para o contrato de distribuição está tecnicamente equivocada.

O Código Civil coloca o contrato de distribuição como uma espécie do contrato de agência e, no artigo 714, informa que “o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona”, ou seja, a legislação civil equipara o distribuidor como um prestador de serviços que auferem remuneração, e não como um comerciante autônomo que *produz* lucro.<sup>24</sup>

Claudineu de Melo criticou veementemente o então projeto do atual Código Civil, uma vez que o contrato de distribuição e o contrato de agência são absolutamente distintos, pois, na

Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.

Art. 713. Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.

Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

Art. 715. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.

Art. 716. A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente.

Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos.

Art. 718. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial.

Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.

Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.

<sup>24</sup> MELO. *Contrato de distribuição*, p. 4.

distribuição, o fabricante vende o produto ao distribuidor, para posterior revenda, enquanto na agência o fabricante vende o produto diretamente ao consumidor, em razão da intermediação do agente.<sup>25</sup>

O Código Civil diferencia o contrato de agência do contrato de distribuição, uma vez que este tem a coisa a ser negociada a sua disposição. O distribuidor não tem apenas a coisa a ser negociada a sua disposição: ele tem a propriedade do produto, uma vez que o adquiriu do fornecedor ou do fabricante.

Vários outros doutrinadores também criticaram a forma como o Código Civil conceituou os contratos de distribuição e de agência, entre eles: Orlando Gomes,<sup>26</sup> Rubens Requião,<sup>27</sup> Arnaldo Rizzardo,<sup>28</sup> Fábio Konder Comparato<sup>29</sup> e Maria Helena Diniz.<sup>30</sup>

Paula Forgioni, tentando solucionar a questão do artigo 710 do Código Civil, concluiu pela existência de dois tipos de contrato de agência. O primeiro, denominado “contrato de agência puro”, no qual o representante agencia as vendas em nome e por conta do representado, e o segundo denominado “contrato de agência-distribuição”, contemplando as hipóteses em que o representante tem a sua disposição a coisa a ser negociada.<sup>31</sup>

Da mesma forma, Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Castro criticam o artigo 710 do Código Civil e entendem que há duas formas de contrato de agência, permanecendo o contrato de distribuição atípico:

O tema é complexo; aliás, em decorrência de impropério legislativo, sujeitasse, hoje, a confusões, incrementadas, ressalte-se, pela polissemia ínsita ao vocábulo *distribuição*. Conceituar e distinguir agência (o novo *nomen juris* da representação comercial dado pelo Código Civil de 2002), a “*distribuição*” – espécie de agência (art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil/2002) – e o contrato de distribuição ou concessão comercial, atípico, que, por sua natureza, não se confunde com a representação comercial, tornou-se tarefa um pouco mais tormentosa após o novo Código Civil. Mesmo assim, distingui-los, “longe de ser uma questão eminentemente teórica, é essencial na realidade dos agentes econômicos”. (...)

---

<sup>25</sup> MELO. *Contrato de distribuição*, p. 4.

<sup>26</sup> GOMES; AZEVEDO; MARINO. *Contratos*, p. 374-380.

<sup>27</sup> REQUIÃO. *O contrato de concessão de venda com exclusividade*, p. 17-45.

<sup>28</sup> RIZZARDO. *Contratos*, p. 1320.

<sup>29</sup> COMPARATO. *Projeto de Código Civil*, p. 177-178.

<sup>30</sup> DINIZ. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 3, p. 385-386.

<sup>31</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 111.

Em suma, a partir de 2002, deve-se observar que a agência admite duas espécies: uma, cujo conceito explorou-se anteriormente (ou seja, a representação comercial ou agência propriamente dita); outra, batizada de *distribuição*, cujo *plus* é a disponibilidade da coisa para o agente. Não houve, então, desvirtuamento do contrato de agência, podendo, no entanto, ser criticada a nomenclatura adotada pelo Código Civil (*distribuição*). Em outras palavras: além da autonomia, da habitualidade e da mediação, a agência-distribuição se caracteriza se o agente tiver a coisa à sua disposição.<sup>32</sup>

Alguns doutrinadores – Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampolha Filho,<sup>33</sup> e Carlos Roberto Gonçalves<sup>34</sup> –, contudo, entendem que o artigo 710 tipificou o contrato de distribuição de forma satisfatória.

Estes posicionamentos se baseiam na lição dada por Humberto Theodoro Júnior:

O novo Código Civil, a exemplo do direito europeu, abandonou o *nomem iuris* de “representante comercial”, substituindo-o por “agente”. Sua função, porém, continua sendo exatamente a mesma do representante comercial autônomo.

Mas, além de falar em “contrato de agência”, o Código fala também em “contrato de agência e distribuição”. Não são, porém, dois contratos distintos, mas o mesmo contrato de agência no qual se pode atribuir maior ou menor soma de funções ao preposto.<sup>35</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar, no dia 27 de abril de 2007, o processo nº 2.0000.00.497888-7/000(1), conceituou o contrato de distribuição de acordo com o Código Civil,<sup>36</sup> com a seguinte fundamentação:

<sup>32</sup> ARAGÃO; CASTRO. *O contrato de distribuição do art. 71, caput, parte final, do código civil 2002*, p. 243.

<sup>33</sup> GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO. *Novo curso de direito civil: contratos*, v. 4, 2008.

<sup>34</sup> GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*. v. III.

<sup>35</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do contrato de agência e distribuição no Novo Código Civil*. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<<http://www.mundojuridico.adv.br>>), 2 maio 2003. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=645](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=645)>. Acesso em: 24 mar. 2011.

<sup>36</sup> EMENTA: DIREITO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. NOVAÇÃO. EFEITOS DO INSTITUTO. VÍCIOS DO CONSENTIMENTO. INOCORRÊNCIA. “O contrato de distribuição é aquele pelo qual uma pessoa se obriga a realizar, mediante retribuição, com caráter de habitualidade, mas sem subordinação hierárquica, operações mercantis por conta de outrem, em zona determinada, ou seja, o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada. Já o representante comercial é o empresário que, sem relação de subordinação hierárquica trabalhista, desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios, agenciando propostas ou pedidos, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. Com efeito, quem firma contrato de distribuição não pode reclamar indenização referente a contrato de representação comercial.” Precedente do TJMG. Havendo as partes celebrado renegociação do débito através de instrumento particular de confissão de dívida perfeitamente válido, vislumbra-se a novação da dívida advinda de contratos pactuados anteriormente, impossibilitando a discussão de avenças anteriores. Mostra-se

A questão de fundo reclama sejam discutidos dois pontos, basicamente. O primeiro refere-se à relação jurídica havida entre as partes, sendo que os apelantes/executados insistem na tese de representação comercial, enquanto a credora/exeqüente a nega de forma categórica. O segundo ponto cinge-se à possibilidade de se discutir, em juízo, contrato atingido pela novação, posto haver sido extinta a relação negocial primitiva, na conformidade dos art. 999 et seq. do Código Civil de 1916.

Pois bem. Sabe-se que o contrato de distribuição é aquele pelo qual uma pessoa se obriga a realizar, mediante retribuição, com caráter de habitualidade, mas sem subordinação hierárquica, operações mercantis por conta de outrem, em zona determinada, ou seja, o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada. Já o representante comercial é o empresário que, sem relação de subordinação hierárquica trabalhista, desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios, agenciando propostas ou pedidos, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. Com efeito, quem firma contrato de distribuição, e o caso concreto assim se revela, não pode reclamar indenização referente a contrato de representação comercial TJMG – Décima Segunda Câmara Cível, Apelação n.º 1.0024.02.881931-6/001, rel. Des. Saldanha da Fonseca, rejeitaram a preliminar, vencido o vogal, e deram parcial provimento, julgamento em 19.04.2006.

Entretanto, não concordamos com esse último posicionamento. Concordamos com a corrente doutrinária que critica os artigos 710 e seguintes do Código Civil, já que o contrato de distribuição e o contrato de agência são completamente distintos. Não podendo diferenciá-los apenas “quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

A diferença desses dois contratos vai muito além do que a mera posse da coisa que será negociada. O distribuidor auferir lucro com as transações comerciais realizadas, e não ganha, apenas, comissão referente ao valor da venda. Não há também qualquer tipo de pagamento feito do fabricante/fornecedor em favor do distribuidor, a não ser por livre e espontânea vontade daquele, por exemplo, prêmio em caso de grande quantidade de venda.

Em suma, no contrato de distribuição, o distribuidor compra, de forma contínua, o produto do fabricante/fornecedor, auferindo, este último, seu lucro, e posteriormente o revende, sendo que o ganho do distribuidor é, basicamente, a subtração entre o valor vendido do valor comprado do produto. No contrato de representação comercial ou agência, o representante é

---

imprescindível, para a declaração de nulidade do ato, a comprovação da existência dos vícios de consentimento noticiados pela parte. A alegação de ter havido um descompasso entre o querer manifestado no contrato e o efetivo querer da parte, não evidencia, por si só, o vício de consentimento. (Des. Rel. Mauro Soares de Freitas).

um intermediário do negócio jurídico realizado entre o fabricante/fornecedor e o adquirente, sendo que o ganho do representante é uma comissão referente ao valor da venda.

### 1.3.2. A LEI “RENATO FERRARI” – LEI Nº 6.729, DE 1979

No dia 28 de novembro de 1979, foi promulgada a Lei nº 6.279, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

É a primeira lei no ordenamento jurídico brasileiro que traz a expressão “distribuição” e que denomina o agente econômico, que tem como função a comercialização dos veículos terrestres, como “distribuidor”.<sup>37</sup>

A redação originária da Lei previa, no artigo 5º, § 2º, que “na eventualidade de venda de veículo automotor ou implementos novos a comprador domiciliado em outra área demarcada, o concessionário que a tiver efetuado destinará parte da margem de comercialização aos concessionários da área do domicílio do adquirente”. Tendo em vista essa necessidade de destinar uma parte da margem do valor que fora comercializado para um outro concessionário, considerando-se que o adquirente está domiciliado ou estabelecido fora de sua área contratualmente demarcada, vários concessionários não vendiam para essas pessoas e os encaminhavam para o distribuidor que atuava na região.

Outra questão abordada na redação originária da Lei era a fixação do preço de revenda por parte concedente, devendo o concessionário obrigatoriamente segui-lo.<sup>38</sup>

Posteriormente, no dia 26 de dezembro de 1990, a Lei nº 6.279 foi alterada parcialmente pela Lei nº 8.132, podendo, a partir desse momento, o adquirente comprar os veículos automotores em qualquer concessionária, independente do local onde é domiciliado ou estabelecido.<sup>39</sup> Essa

---

<sup>37</sup>Art. 1º A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais.

Art. 2º Consideram-se:

(...)

II - o distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

<sup>38</sup> Art. 13. As mercadorias objeto da concessão deverão ser vendidas pelo concessionário ao preço fixado pelo concedente.

<sup>39</sup> Art. 5º São inerentes à concessão:

(...)

§ 3º O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta Lei em qualquer concessionário.

modificação determinou também que o preço de revenda deveria ser livremente estabelecido pelo próprio concessionário.<sup>40</sup>

Haja vista que essa Lei tipificou o contrato de distribuição para o mercado de produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, outros agentes econômicos atuantes em mercados diversos tentaram aplicar, por analogia, a Lei “Renato Ferrari”. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou seu entendimento e restringiu a aplicação da Lei nº 6.729/79 apenas para o mercado de produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, não podendo ser utilizada em outros mercados:

RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA LEI 6.729/79. PRAZO INDETERMINADO RESCISÃO. AVISO PRÉVIO. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS PARTES. ARBÍTRIO JUDICIAL. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. Não é possível a aplicação analógica das disposições contidas na Lei 6.729/79 à hipótese de contrato de distribuição de bebidas, dado o grau de particularidade de referida norma, que desce a minúcias na estipulação das obrigações do concedente e das concessionárias de veículos, além de restringir de forma bastante grave a liberdade das partes. Precedentes.<sup>41</sup>

Parece-nos adequada a decisão do STJ. A Lei foi feita especialmente para as peculiaridades do mercado de produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, por exemplo, a utilização gratuita da marca do fabricante/concedente.

A Lei, inclusive, permite algumas restrições concorrenciais, como a exclusividade territorial com relação aos carros novos da concedente. Não se pode, portanto, aplicar essa Lei em mercados com peculiaridades diversas.

A análise da Lei “Renato Ferrari” é importante para excluí-la do foco da dissertação, pois estamos diante de um contrato tipificado, no qual constam determinações expressas do que pode e do que não pode ser feito.

Este trabalho tem como foco a delimitação de preço de revenda por parte do concedente para o concessionário, e a Lei nº 6.729/79, conforme visto, determina que o preço de revenda é

---

<sup>40</sup> Art. 13. É livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes.

<sup>41</sup> Resp. 654.408/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 09/02/2010. Ver também: Resp. 681100/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 20/06/2006; AgRg no Ag 43329/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 16/05/1994.

livremente arbitrado pelo concessionário, não podendo ocorrer qualquer tipo de ingerência por parte do fabricante. Não faz sentido, assim, sua análise nesta dissertação.

### 1.3.3. O CONCEITO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO PARA O PRESENTE TRABALHO

Para conceituar o contrato de distribuição de forma correta, segundo nosso posicionamento, é importante elencarmos seus requisitos necessários:

- O concedente poderá ser tanto o fabricante do produto, como um intermediário do comércio.
- A relação jurídica estabelecida entre o concedente e o concessionário deverá ser obrigatoriamente de revenda e contínua, caso contrário estaremos diante de um contrato de compra e venda simples.
- Uma delimitação territorial do local em que atua o distribuidor deverá existir; não importa o tamanho desse espaço e não é necessário que haja exclusividade tanto com relação ao concessionário distribuir outras marcas quanto à exclusividade territorial. Em caso de inércia do contrato, o distribuidor poderá atuar em todo o território nacional. Contudo, essa delimitação geográfica deverá ser feita com cautela, pois poderá ocorrer infração à ordem econômica caso ocorra um dos efeitos do artigo 20 da Lei nº 8.884/94.
- O distribuidor age por sua própria conta e risco, tendo lucro com a revenda do produto adquirido junto ao concedente.

O contrato de distribuição é o acordo firmado entre um fabricante ou intermediário do comércio com um distribuidor, sendo que este compra os produtos fabricados por aquele, de forma contínua, com a finalidade única de revendê-los, e obtém, assim, lucro, em um território previamente demarcado.

## 1.4. A DISTINÇÃO ENTRE O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E OUTRAS FORMAS DE DISTRIBUIÇÃO INDIRETA

Conforme visto, a Lei nº 6.729/79, Lei “Renato Ferrari” foi retirada da análise desta dissertação. Assim, é importante identificarmos as distinções existentes entre o contrato de distribuição e as outras formas de distribuição indireta.

### 1.4.1. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO X REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E AGÊNCIA

A representação comercial<sup>42</sup> está regulada na Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, sendo conceituada em seu artigo 1º da seguinte forma:

Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Os artigos 2º e 5º da Lei nº 4.886/65:

Art. 2º - É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei.

Parágrafo único. As pessoas que, na data da publicação da presente Lei, estiverem no exercício da atividade, deverão registrar-se nos Conselhos Regionais, no prazo de 90 dias a contar da data em que estes forem instalados. (...)

Art. 5º - Somente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, o representante comercial devidamente registrado.

O artigo 5º transcrito anteriormente prevê impedimento à obtenção da proteção legal àquele que não estiver registrado junto ao Conselho Regional de seu Estado. Entretanto, a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XIII, estabelece que “é livre o exercício de

---

<sup>42</sup> Para melhor leitura sobre a representação comercial, sugerimos: BUENO; MARTINS. *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.886/65 e novidades do CC/02 (Arts. 710 a 721). EC 45/04. Estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião.*

qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, devendo prevalecer a liberdade do exercício profissional.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento no sentido de não obrigatoriedade de ser registrado no Conselho para recebimento da remuneração.<sup>43</sup>

Existe grande discussão sobre o contrato de representação comercial e o contrato de agência, em que parte da doutrina entende tratar-se de contratos distintos e a outra defende que são contratos com diferenciação meramente terminológicas.

O contrato de agência está conceituado no artigo 710 e seguintes do Código Civil, que foi objeto de estudo no item 1.3.1.

Analisando a Lei nº 4.886/65 e os artigos do Código Civil que abordam o contrato de agência, pode ser constatado que existem algumas diferenças:

- Conforme artigo 719 do Código Civil,<sup>44</sup> apenas pessoa física pode ser agente, enquanto que o artigo 1º da Lei nº 4.886/65 permite que tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física podem ser representante comercial.
- O aviso prévio, no caso do contrato de agência, deverá ser feito com 90 dias, no mínimo, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente (artigo 720 do Código Civil), enquanto que na representação comercial esse prazo é de no mínimo 30 dias apenas, não sendo levado em consideração o vulto do investimento.
- A representação comercial somente admite a cláusula de exclusividade se esta estiver de forma expressa,<sup>45</sup> enquanto que no contrato de agência admite-se que seja implícita (artigo 711 do Código Civil).<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup>“Os arts. 2º e 5º da Lei nº 4886/65, por incompatíveis com norma constitucional que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, não subsistem válidos e dotados de eficácia normativa, sendo de todo descabida a exigência de registro junto a Conselho Regional de Representantes Comerciais para que o mediador de negócios faça jus ao recebimento de remuneração.” (Resp. n. 26.388-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, in JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva”, CD ROM n. 09).

<sup>44</sup>Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.

<sup>45</sup> Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.

Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos.

<sup>46</sup> Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

O contrato de representação comercial e o contrato de agência têm diferenças com relação às cláusulas obrigatórias de cada um, tais como aviso prévio, cláusula de exclusividade e agente.

Contudo, com relação à atuação do agente ou à do representante comercial, não vemos diferença entre elas, uma vez que ambos, não importa qual seja o contrato, irão, única e exclusivamente, intermediar a venda de um produto do fabricante ou de um intermediário do comércio com o adquirente. A remuneração dos dois será uma comissão do valor da venda, e não há qualquer risco do negócio, tampouco de relação trabalhista.<sup>47</sup>

Tanto a representação comercial quanto a agência são formas de intermediação do negócio jurídico firmado entre o fabricante ou o intermediário do comércio e seu adquirente, e não ocorre qualquer tipo de revenda.

O preço pelo qual o produto será vendido é livremente arbitrado pelo industrial, não podendo o representante comercial ou o agente ter qualquer tipo de ingerência sobre o preço, pois ele é apenas um intermediário do negócio.

No contrato de distribuição, conforme visto, ocorre a revenda, ou seja, o distribuidor compra do concedente para posteriormente revender. Essa relação jurídica deve acontecer de forma contínua e, por outro lado, o distribuidor não recebe comissão pela venda de um produto, mas sim o lucro de revender o produto por um preço acima daquele pelo qual foi adquirido.

Assim, o contrato de agência e o de representação comercial não serão objeto de análise deste trabalho, uma vez que não ocorre delimitação de preço de revenda por nenhuma das partes, pois sequer há revenda, mas sim uma venda direta do fabricante ou o intermediário do comércio com a intermediação do agente ou do representante comercial.

---

<sup>47</sup> Nesse sentido o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT/MG): “A partir do que se extrai da análise da Lei nº 4.886/65, depreende-se ser plenamente legítima, na relação de representação comercial autônoma, uma certa ingerência da empresa representada, sendo certo que, para chegar ao ponto de desvirtuá-la, conduzindo-a para uma situação de fato condizente com a relação de emprego, a sua intensidade (de ingerência empresarial) deve ser incompatível com a noção de verdadeira autonomia do prestador. Faz-se, assim, compreensível que a representada proceda a certo grau de supervisão do trabalho desempenhado por seus representantes, visando, tão-somente, ao cumprimento do objetivo contratual, que é a apresentação e a venda de seus produtos, posto que, inclusive, o representante é obrigado a prestar informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, conforme leitura do art. 28 da citada Lei, que rege seu trabalho. O que não pode ocorrer nos contratos de representação comercial é o controle da atividade, de forma rotineira e ostensiva, a afastar toda e qualquer autonomia do trabalhador representante, o que, definitivamente, não se comprova no caso em apreço. Já o fato de inexistir o registro profissional, à conformidade com o disposto no art. 2º, da Lei nº 4.886/65, também não impede o reconhecimento da condição de representante comercial, uma vez que tal registro constitui mera formalidade, não tendo, a sua ausência, o condão de desconstituir o contrato de representação comercial, verbal ou contratualmente celebrado entre as partes, e assim efetivamente desenvolvido” (Recurso Ordinário nº 0156900-92.2008.5.03.0140, Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle, Data do Julgamento 28-09-2009).

#### 1.4.2. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO X CONTRATO DE FRANQUIA

A distinção entre franquia e distribuição é mais complexa, devendo ser abordada com mais cautela, pois há certa confusão entre esses dois institutos.<sup>48</sup>

A Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, conceitua, em seu artigo 2º, da seguinte forma:<sup>49</sup>

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

As orientações relativas às restrições verticais, do Regulamento 330/2010, da Comissão Europeia,<sup>50</sup> definem a franquia como:

Os acordos de franquia contêm licenças de direitos de propriedade intelectual relacionadas com marcas ou insígnias e *know-how* para a utilização e distribuição de bens ou serviços. Além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador presta normalmente ao franqueado, durante a vigência do acordo, assistência comercial ou técnica. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial objeto da franquia. O franqueado paga normalmente ao franqueador uma taxa pela utilização do método comercial específico. Os acordos de franquia podem permitir que o franqueador crie, com investimentos limitados, uma rede uniforme de distribuição dos seus produtos. Além do fornecimento do método comercial, os acordos de franquia incluem normalmente uma combinação de diferentes restrições verticais, relativas aos produtos que são distribuídos, em especial a distribuição seletiva e/ou a obrigação de não concorrência e/ou a distribuição exclusiva, ou formas mais atenuadas destas restrições.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Paula Forgioni (*Contrato de distribuição*, p. 106) afirma que “[a] prática brasileira encerra uma peculiaridade digna de nota. Com o advento da Lei de Franquias (Lei nº 8.955, de 1994), vários negócios que eram estruturados juridicamente sobre esse tipo avença passaram a perfilar-se como contratos de distribuição, para esquivar o fornecedor das obrigações estabelecidas naquele diploma. Por isso mais do que em qualquer outro país, confundem-se entre nós as fronteiras entre a franquia e a distribuição”.

<sup>49</sup> Emmanuel Schulte (*France – Franchising*, p. 55-60) informa que não existe uma definição da franquia no ordenamento jurídico francês, assim, os conceitos são dados pela própria doutrina ou pelos casos julgados.

<sup>50</sup> O Regulamento 330/2010, da Comissão Europeia, será analisado no Capítulo 4.

<sup>51</sup> “Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l’utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d’application de l’accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l’utilisation de cette méthode commerciale. La franchise peut permettre au franchiseur de

Leonardo Canabrava Turra, reportando-se a Fábio Ulhoa Coelho, afirma que a lei brasileira não tipificou a franquia, muito menos foi estabelecido seu conteúdo. Houve apenas uma limitação disciplinar da fase pré-contratual, exigindo que o franqueador torne disponível ao interessado uma série de informações acerca do negócio:<sup>52</sup>

O objetivo da Lei 8.955 de 15.12.1994 foi o de disciplinar a formação do contrato de franquia. Trata-se de diploma legal do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano. Ou seja, encerra apenas normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõem o dever de transparência na relação.

Assim sendo, a nova lei brasileira não confere tipicidade ao contrato de franquia. Continuam a prevalecer entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual firmado por eles.

Para o direito brasileiro, portanto, pode-se ainda considerar a franquia um exemplo de contrato atípico, já que a Lei 8955/94 não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial, não define direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga o franqueador, anteriormente à conclusão do contrato, a expor claramente aos interessados na franquia as informações essenciais.<sup>53</sup>

Analisando o conceito dado pela Lei nº 8.955/94, pelas orientações relativas às restrições verticais, do Regulamento 330/2010, da Comissão Europeia, bem como diversos doutrinadores que conceituam o contrato de franquia, extrai-se a ideia de que essa forma contratual deverá conter a licença da marca, a independência econômica, a exclusividade de fornecimento, a definição geográfica e a remuneração (*royalties*).

Em alguns aspectos, a franquia se assemelha à distribuição, principalmente com relação à função econômica, pois os dois contratos visam incrementar o escoamento do produto. Contudo, aquele é mais abrangente que este, uma vez que há a transferência de tecnologia,

---

mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits. Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions” (Tradução livre).

<sup>52</sup> TURRA. *Infrações concorrenciais no contrato de franquia*, p. 15-16.

<sup>53</sup> COELHO. Considerações sobre a lei de franquia, p. 16-15.

bem como de *know-how*<sup>54</sup> do franqueador para o franqueado<sup>55</sup> e, em troca dessa transferência, será paga uma porcentagem calculada sobre o volume dos negócios.

No contrato de distribuição não há transferência de tecnologia tampouco de *know-how*, uma vez que os agentes econômicos atuam em mercados relevantes distintos: um atua na fabricação ou na intermediação do produto; o outro (distribuidor), no escoamento desse bem no mercado. Por outro lado, normalmente, não há pagamento de *royalties*, uma vez que o distribuidor compra o produto, auferindo, assim, o fabricante ou o intermediário do comércio seu lucro apenas com essa venda.

Os *royalties*, de alguma forma, podem ser utilizados como forma de delimitar o preço de revenda, mas essa forma de delimitação do preço que será praticado pelo franqueado é diferente da delimitação que ocorre em um contrato de distribuição, já que este ocorre de forma mais direta.

Tendo em vista os apontamentos feitos, reiteramos que o contrato de franquia não será objeto de análise neste trabalho, pois existem diferenças significativas entre esse tipo de contrato e o de distribuição.

#### 1.4.3. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO X CONTRATO ESTIMATÓRIO (CONSIGNAÇÃO)

O artigo 534 do Código Civil define o contrato estimatório da seguinte forma:

Art. 534. Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada.

O contrato estimatório, também conhecido como “contrato de venda por consignação”, apesar de também ser uma forma de escoamento da produção, tem grandes diferenças em relação ao

---

<sup>54</sup>O *know-how* ou saber-fazer é conceituado pelo Regulamento 330/2010 da Comissão Europeia da seguinte forma: “‘savoir-faire’, un ensemble secret, substantiel et identifié d’informations pratiques non brevetées, résultant de l’expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, ‘secret’ signifie que le savoir-faire n’est pas généralement connu ou facilement accessible; ‘substantiel’ se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l’acheteur aux fins de l’utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; ‘identifié’ signifie que le savoir-faire est décrit d’une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s’il remplit les conditions de secret et de substantialité”.

<sup>55</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 104.

contrato de distribuição. Essa forma contratual é amplamente utilizada pelas empresas que têm um contato direto com o consumidor final, como as editoras e os livreiros.

Sílvio de Salvo Venosa afirma ainda que esse contrato é muito utilizado para a venda de bens duráveis, como veículos usados, eletrodomésticos, equipamentos de informática, maquinaria, joias, artigos de moda e arte. É utilizado também quando o fabricante ou atacadista coloca no mercado um produto de difícil comercialização, sem implicar imobilização de capital por parte dos varejistas, logrando, assim, melhor distribuição.<sup>56</sup>

No contrato estimatório, o consignante disponibiliza o produto para que o consignatário possa vendê-lo, por um preço previamente delimitado pelo próprio consignante, e, caso não ocorra a venda, o produto será devolvido sem nenhum ônus para o consignatário. Não há, portanto, revenda nessa forma contratual.

Podemos especificar duas grandes diferenças entre os dois contratos:

- No estimatório, não há revenda; o consignatário tem a mera posse, ou seja, ele vende um produto que não lhe pertence, sendo que a propriedade passa do consignante diretamente para o consumidor. Já na distribuição, compra-se o bem para posteriormente revendê-lo.
- Na consignação, caso não ocorra a venda, o consignatário pode devolver o produto. Na distribuição, por sua vez, é impossível ocorrer a devolução do produto caso este não seja revendido.

#### 1.4.4. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO X CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL

O artigo 693 do Código Civil informa que o contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

Trata-se de uma espécie de mandato sem representação, que foi muito utilizado no passado para o escoamento da produção de café – os “comissários de café”, em seu nome, comercializavam os grãos recebidos dos plantadores. Assim, o comissário negocia com terceiros em seu nome, embora venda (ou compre) uma mercadoria que não é sua.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> VENOSA. *Direito Civil – Contratos em espécie*, p. 539.

<sup>57</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 107.

A diferença, portanto, do contrato de comissão mercantil para o contrato de distribuição é que naquele o comissário, em seu próprio nome, vende um produto do qual não é proprietário ou adquire algo que não lhe pertencerá; a receita obtida com a venda ou o capital utilizado para a compra são do comitente. Enquanto, na distribuição, há obrigatoriamente a transferência de propriedade do concedente para o distribuidor e posteriormente para o consumidor.

## CAPÍTULO 2

### ACORDO E RESTRIÇÃO VERTICAL

O iniciante no estudo do Direito da Concorrência associa esse ramo jurídico àquela ideia da relação concorrencial existente entre dois, ou mais, grandes agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante. Vêm à mente as empresas automotivas, as cervejarias, as de informática, etc., que se enfrentam para angariar maior participação no mercado.

Contudo, essa relação concorrencial entre empresas que produzem, denominada “relação horizontal”,<sup>58</sup> não é a única forma de relação que faz parte do universo do Direito da Concorrência. Muito pelo contrário, existe uma relação entre as empresas que produzem e as que distribuem, conhecida como “relação vertical”, e grande parte das infrações à ordem econômica estão vinculadas nessa forma relacional.

#### 2.1. ACORDOS VERTICAIS

No capítulo anterior, vimos as formas com que o agente econômico se relaciona com todos os outros que estão na cadeia produtiva de seu produto. Desde a extração da matéria-prima até a chegada do produto finalizado nas mãos do adquirente.

Caso um único agente econômico participe, ele próprio, de todas as etapas da produção e distribuição de seu produto, ele não irá se relacionar com outras empresas atuantes no mercado. Contudo, sabemos que é praticamente impossível um agente econômico não se relacionar com outras empresas dentro da cadeia produtiva do seu produto, mesmo que tenha optado pela integração vertical. Durante a etapa da fabricação, esse agente poderá adquirir um insumo de outro agente econômico ou até mesmo uma pequena peça para o adequado funcionamento do produto, por exemplo, a maçaneta dos veículos automotores.

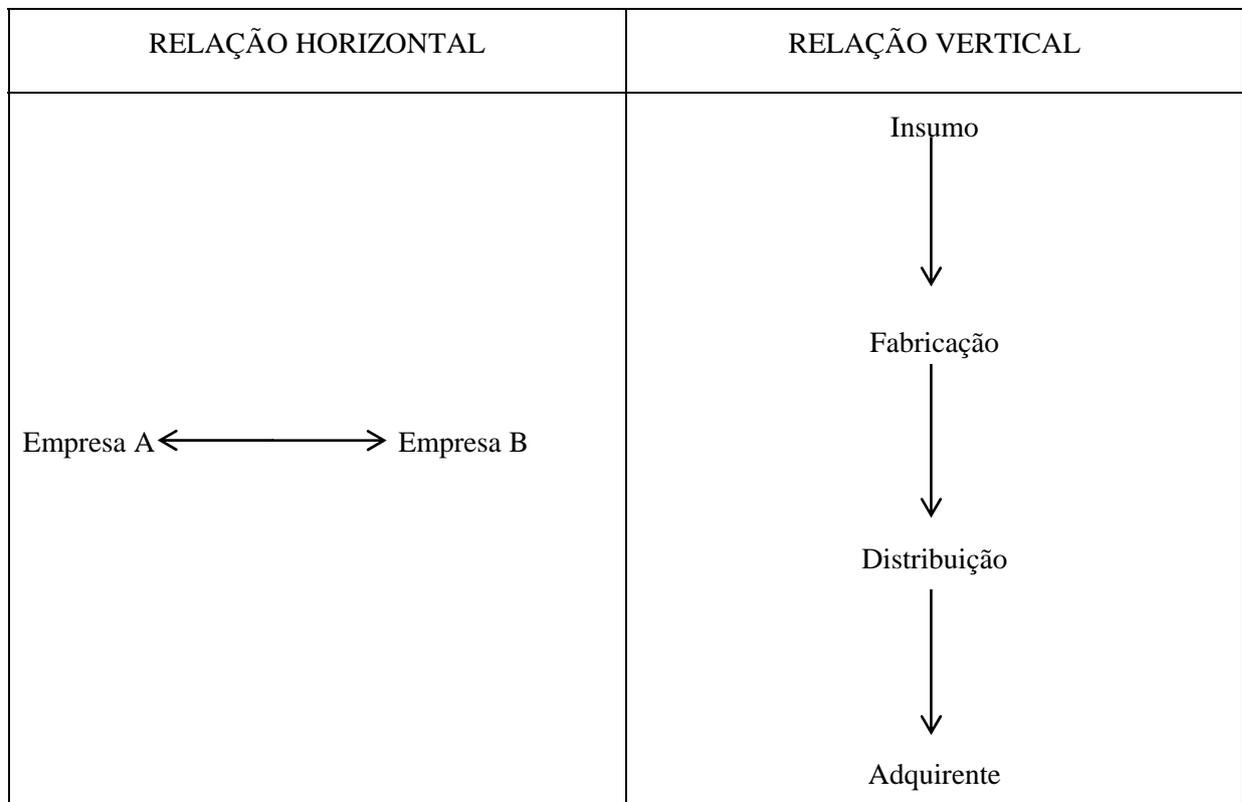
Entretanto, quando abordamos a questão da distribuição indireta, obrigatoriamente haverá uma relação comercial entre agentes econômicos no que tange à colocação de um determinado produto no mercado, conforme visto no capítulo anterior.

---

<sup>58</sup> A concorrência horizontal pode ser definida como aquela existente entre dois agentes econômicos, em que ambos ofertam um produto ou serviço que são substituíveis entre si.

Não só na distribuição indireta haverá essa relação negocial entre dois ou mais agentes econômicos que atuam em mercados relevantes distintos, porém conexos. Tanto na fase inicial quanto na fabricação do produto, as empresas poderão se relacionar, seja para adquirir um insumo ou matéria-prima seja para terceirizar uma parte da fabricação.

Quando agentes econômicos que atuam em níveis diferentes da mesma cadeia produtiva ou distributiva de um determinado produto ou serviço se relacionam, estamos diante de uma relação vertical, sendo que o ato pelo qual essas empresas estão relacionadas é denominado “acordo vertical”.<sup>59</sup>



As relações verticais que unem um agente econômico a outro normalmente são formalizadas através de um contrato.

<sup>59</sup>Nesse sentido é conceito o acordo vertical no Regulamento 330/2010 da Comissão Europeia: “‘accord vertical’, un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l’accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services”.

A Comissão de Primeira Instância, no caso *Bayer AG versus Commission*,<sup>60</sup> expôs o que se tornou a definição clássica do termo “acordo”.

Para comprovar a existência de um acordo, há a necessidade da caracterização de um elemento subjetivo, qual seja, a convergência de vontades entre agentes econômicos na implementação de políticas objetivas ou a adoção de condutas uniformes no mercado. Portanto, é essencial para a existência de um acordo que os agentes econômicos expressem a intenção conjunta para conduzirem suas atividades para o caminho desejado.<sup>61</sup>

A forma como esse acordo será materializado não é relevante para esta análise; ele pode ser tanto verbal como escrito. O importante para a configuração da existência do acordo é a congruência de vontades entre os agentes econômicos.

No Direito da Concorrência, não se analisa a forma e a denominação técnica do contrato, uma vez que a preocupação desse ramo jurídico encontra-se nos efeitos que esses atos causam ou que podem vir a causar no mercado. Os requisitos necessários de um contrato são analisados com aprofundamento maior no Direito Civil e no Direito Empresarial. Assim, um contrato pode ser tecnicamente perfeito para o Direito Civil e para o Direito Empresarial, contudo, caso esse acordo cause efeitos danosos no mercado, poderá ser considerado ilícito para o Direito da Concorrência. Isso não quer dizer que o contrato é lícito para um ramo específico do direito e ilícito para o outro, uma vez que o ordenamento jurídico de um país é único, devendo suas legislações atuar de modo uniforme.

Os contratos de franquia, estimatório, comissão mercantil, representação comercial e agência, contrato de distribuição, contrato de fornecimento, entre outros, para o Direito Concorrencial, são todos acordos verticais. Os efeitos ou os possíveis efeitos desses contratos no mercado são a grande preocupação do Direito da Concorrência, pois o Brasil adotou, na Lei nº 8.884/94, de forma muito clara, o princípio da Regra da Razão.<sup>62</sup>

Os acordos verticais, se estivermos diante de contratos legais, serão normalmente lícitos. Os contratos que um agente econômico estipula com outro que atua em mercado relevante diverso, porém conexo, têm como finalidade única a aquisição de uma matéria-prima ou de

---

<sup>60</sup>T-41/96, [2000] ECR II-3383, [2001] 4 CMLR 126.

<sup>61</sup>JONES; SUFRIN. *EC Competition Law*, p. 148-149.

<sup>62</sup> O Princípio da Regra da Razão será analisado no Capítulo 4.

insumo, a terceirização da fabricação de uma peça necessária do produto ou o escoamento da produção para a colocação desse bem no mercado.

Da mesma forma, um ato de concentração na sua forma vertical não pode ser considerado lícito *per se*, pois deverá ser analisado o impacto que esta união ocasionará no mercado.<sup>63</sup>

O que poderá gerar infrações à ordem econômica em um acordo vertical firmado entre os agentes econômicos não será o acordo em si, mas sim a restrição vertical.

## 2.2. RESTRIÇÃO VERTICAL

Os agentes econômicos, em uma relação contratual vertical, algumas vezes, impõem obrigações que podem, de certa forma, restringir ou, inclusive, eliminar a concorrência, tanto no mercado da distribuidora com também no mercado do fabricante ou fornecedor.

A atuação conjunta de duas empresas, mesmo quando não atuam no mesmo mercado relevante, poderá causar efeitos anticompetitivos no mercado. Contudo, também poderá gerar eficiências. Por isso, alguns atos podem ser punidos, e outros não.

Todo acordo, de alguma forma, restringe. É de sua própria essência limitar o direito de alguém. Por exemplo, o contrato de locação limita o direito de propriedade do proprietário. O que se deve analisar, portanto, não é se ocorreu alguma forma de restrição, uma vez que esta ocorrerá em toda relação contratual. A questão que se deve colocar é se tal restrição beneficiará ou prejudicará o mercado, conseqüentemente, a própria concorrência. Esse pensamento foi exposto por Louis Dembitz Brandeis, como juiz da Suprema Corte Norte-Americana, ao decidir o caso *Board of Trade of City of Chicago*:

A legalidade de um acordo ou regulação não pode ser definida por um teste tão simples quanto saber se restringe a concorrência. Todo acordo relativo ao comércio, toda regulação de comércio, restringe. Vincular, restringir é de sua própria essência. O verdadeiro teste de legalidade é se a restrição imposta é

---

<sup>63</sup> Um famoso caso sobre ato de concentração vertical é o *Time Warner/Turner*, em que a Federal Trade Commission (FTC) decidiu sobre a união das empresas Time Warner, Turner Broadcasting e TCI (caso nº 961-0004). A Time Warner e a Turner atuam no mesmo mercado relevante, qual seja, emissoras de canal a cabo, enquanto que a TCI era a maior empresa dos EUA na prestação de serviço de televisão a cabo, instalando e disponibilizando todos os canais na residência dos consumidores. O órgão concorrencial norte-americano concluiu, com restrições, que não havia nenhum problema na união da Time Warner e da Turner. Contudo, permitiu que a TCI tivesse apenas um interesse passivo nessa nova empresa.

tal que meramente regula ou até por isso mesmo promove a concorrência ou se é de tal sorte que suprime ou mesmo destrói a concorrência. Para determinar essa questão, o tribunal deve ordinariamente considerar os fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição é aplicada; sua condição antes e depois da imposição da restrição; a natureza da restrição e seu efeito concreto ou provável. A história da restrição, o perigo que se crê existir, a razão para adotar o remédio específico, o propósito ou finalidade que se preocupou atingir são todos fatos relevantes. Não é porque uma boa intenção salvará uma regulação passível questionamento, ou o contrário, mas sim porque o conhecimento da intenção pode ajudar a corte na interpretação do fato e na previsão de suas consequências.<sup>64</sup>

A restrição vertical, portanto, é a obrigação imposta por um agente econômico a outro – eles se encontram numa relação vertical –, que pode restringir ou, até mesmo, eliminar a concorrência, seja a montante ou a jusante.<sup>65</sup>

Para Herbert Hovenkamp,<sup>66</sup> a forma de determinar se uma restrição vertical é anticompetitiva e passível de condenação pela Lei Concorrencial é identificando porque os fornecedores a utilizam.

Para Hovenkamp, basicamente, o fornecedor somente fará uso de tais restrições se elas gerarem lucro, o que ocorrerá por uma das seguintes razões:

---

<sup>64</sup> “But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation, or the reverse, but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences” (246 U.S. 231. Tradução livre).

<sup>65</sup> O Regulamento 330/2010 da Comissão Europeia ao conceituar restrição vertical, remete para o artigo 101, nº 1 do Tratado (os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma foram convertidos para os artigos 81 e 82 através do Tratado de Maastricht [1992]. Em dezembro de 2009, através do Tratado de Lisboa, os artigos 81 e 82 foram novamente alterados para os artigos 101 e 102):

Artigo 101

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

<sup>66</sup> HOVENKAMP. *Antitrust*, p. 177-178.

- Porque elas aumentam a eficiência do sistema de distribuição e, assim, ajudam o fornecedor a diminuir seus custos.
- Porque elas aumentam o poder de mercado do fornecedor e permitem que a empresa aufera lucros monopolistas.

Portanto, segundo Hovenkamp, uma política concorrencial que busque maximizar o bem-estar dos adquirentes aprovaria as restrições que tivessem o primeiro efeito e condenaria as que tivessem o segundo.

Entretanto, normalmente, é difícil identificar as razões pelas quais o fornecedor faz uso de determinada restrição vertical e tampouco seus efeitos. Hovenkamp destaca a existência de alguns fatores que sugerem um potencial anticompetitivo. O mais importante deles é o poder de mercado da empresa que está impondo as restrições. Uma empresa com poder de mercado tem capacidade de auferir mais lucros reduzindo custos e aumentando preços. Ao contrário, uma empresa sem poder de mercado é incapaz de auferir mais lucros, pois não tem condições de reduzir seus custos e aumentar o preço, não sendo capaz de impor restrições a seus distribuidores, pois, quanto maior a concorrência entre os distribuidores, menores os preços de revenda, maiores as vendas e, conseqüentemente, maiores seus lucros.

A Secretaria de Direito Econômico, ao emitir parecer na Averiguação Preliminar nº 08012.008443/2007-04, citando Hovenkamp, traz uma exceção a essa regra de que somente empresas com poder de mercado teriam condições de adotar restrições verticais com objetivos anticompetitivos. Este é o caso em que as restrições são usadas para facilitar um conluio de fornecedores e/ou de distribuidores.

No entanto, casos como estes são muito pouco prováveis, pois, além de haver outros meios mais fáceis e ágeis de promover a coordenação, há a necessidade de que todas, ou quase todas as empresas, adotem as mesmas restrições.

## 2.2.1. ESPÉCIES DE RESTRIÇÃO VERTICAL

Diversas são as formas que a restrição vertical pode se materializar.

### 2.2.1.1. Venda casada

Nesse tipo de restrição, a venda de um bem é subordinada à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

A venda casada está descrita no artigo 21, inciso XXIII, da Lei nº 8.884/94 da seguinte forma:

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

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

O Tratado de Lisboa também condena essa prática, no artigo 101, nº 1, alínea “e”<sup>67</sup>. Daniel Firmato de Almeida Glória comentou o assunto:

É proibido subordinar a venda de determinada mercadoria ou serviço à compra de determinada mercadoria ou serviço que não seja necessário ao comprador. É proibida a prática pela qual o fabricante A só vende o produto X se o comprador comprar Y ou Z que nada tem a ver com o objeto do contrato. A subordinação é lícita se os serviços ou produtos acessórios forem tecnicamente indispensáveis para o funcionamento do produto principal (*business justification defense*).<sup>68</sup>

Utiliza-se, na venda casada, a teoria da alavancagem (*leverage theory*), que demonstra que um agente econômico que detém posição dominante no mercado relevante do produto principal,

---

<sup>67</sup>1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (...) e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação como objeto desses contratos.

<sup>68</sup>GLÓRIA. Venda casada de produtos e serviços no sistema financeiro, p. 99.

ao utilizar a prática da venda casada, auxiliará a conquistar a mesma posição no mercado do produto imposto.<sup>69</sup>

A venda casada é um ponto muito polêmico, uma vez que envolve opiniões distintas entre os doutrinadores do Direito do Consumidor e da Concorrência. A opinião, um tanto quanto polêmica, do professor Calixto Salomão é no sentido de que a venda casada não deveria fazer parte do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas sim, e apenas, da Lei concorrencial brasileira.<sup>70</sup> Arthur Badin tem um entendimento diferente de Calixto Salomão. Para ele, o instituto da venda casada está corretamente inserido no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, para que a prática da venda casada se configure, devem ser preenchidos três requisitos: (i) existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) existência de poder de mercado no produto vinculante; e (iii) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática.<sup>71</sup>

Arthur Villamil Martins, Hugo Frederico de Pádua Andrade e Paula Márcio Reis Santos expuseram suas opiniões sobre essa dicotomia entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor:

O mais importante é ressaltar as relações existentes entre o tratamento da venda casada pelo direito da concorrência e pelo direito do consumidor. Enquanto o CDC não menciona a apuração de ganho de eficiência como forma de elidir a lesividade da venda casada, no direito da concorrência, apesar da previsão legal de vedação da prática de venda casada (Lei 8.884/94, artigo 21, inciso XXIII), existe a Resolução 20/99, descrevendo a conduta, inclusive indicando a possibilidade de ganho de eficiência.

Em todo caso, não há motivos para condenar uma empresa, especialmente aquelas que não detém poder de mercado, pela prática da venda casada, uma vez que não há violação à liberdade de escolha entre produtos por parte do consumidor.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> FORGIONI. *Os fundamentos do antitruste*, p. 374.

<sup>70</sup> SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial – as condutas*, p. 91.

<sup>71</sup> BADIN. *Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor*, p. 51-86.

<sup>72</sup> MARTINS; ANDRADE; SANTOS. *Venda casada no direito da concorrência*, p. 290.

### 2.2.1.2 Acordo de exclusividade

São acordos em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando, assim, proibidos de comercializar os bens dos rivais.<sup>73</sup>

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao analisar um caso de acordo de exclusividade para fidelização de clientela, realizado entre a AmBev e diversos bares e restaurantes, através do programa “Tô Contigo”, fixou para a cervejaria a multa-base no valor de 1,5% do faturamento do ano anterior à instauração do processo administrativo. Essa multa foi agravada em 0,5%, devido às atitudes de má-fé da empresa perante as autoridades concorrencias brasileiras, perfazendo o total de 2%, equivalente a R\$ 352.693.696,58.<sup>74</sup>

O CADE, ao fundamentar a decisão, ainda deu um aviso às outras empresas:

Vê-se que o modo de execução do Tô Contigo tem o condão de limitar e prejudicar a livre concorrência de rivais tão eficientes quanto a AmBev, com o que se conclui ter a conduta o potencial de produzir os efeitos do inc. I do art. 20.

Ainda, aos detentores de posição dominante, como a AmBev, estão proibidas condutas que constituam abuso. Como visto, a AmBev se excedeu ao adotar um programa não linear de preços junto aos PDVs [pontos de vendas]. O risco de que condenações como essa punam condutas concorrencialmente agressivas e, portanto, positivas, é bastante mitigado. A Representada [AmBev], atuante há anos no mercado brasileiro, sempre trabalhou no limite da agressividade/ilicitude quanto à conduta em exame.

Interessante o posicionamento de Calixto Salomão Filho sobre o assunto:

Do ponto de vista constitucional, as cláusulas de exclusividade representam, por assim dizer, o oposto da recusa de contratar. Seu elemento essencial é a proibição ou a limitação à liberdade de contratar com terceiros. Sua imposição (e não sua vedação) constitui, a princípio, uma séria limitação à liberdade individual. A liberdade de escolher o parceiro contratual é, sem dúvida, um elemento básico da liberdade de iniciativa.

A exclusividade também é uma limitação bem mais séria que a decorrente da venda casada. Basta notar que, enquanto na venda casada se está pensando na imposição da aquisição de um produto, por via da cláusula de

---

<sup>73</sup> LOPES; ALVIM; VIGIL. *Acordos de exclusividade: casos brasileiros, europeus e americanos*, p. 10.

<sup>74</sup> Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

exclusividade a negociação com outras empresas está proibida. A exclusividade é, portanto, muito mais abrangente, pois a restrição não diz respeito apenas à negociação com uma empresa específica, mas engloba, via de regra, todas as empresas do mercado não beneficiadas pela cláusula de exclusividade.<sup>75</sup>

O Tribunal do Primeiro Circuito nos Estados Unidos argumentou sobre os efeitos anticompetitivos dos acordos de exclusividade:

(...) um acordo de exclusividade pode fechar de tal forma a oferta de insumo ou os canais de distribuição que concorrentes efetivos ou potenciais podem ser limitados ou excluídos e, sob certas circunstâncias, isso pode reforçar o poder de mercado e elevar preços para os consumidores.<sup>76</sup>

O debate sobre o acordo de exclusividade, principalmente nos Estados Unidos, é forte. Robert Bork defende a legalidade *per se* desse tipo de acordo.<sup>77</sup> Do lado contrário, Stephen Calkins afirma que Bork está errado e que não se deve fazer afirmações absolutas.<sup>78</sup>

### 2.2.1.3 Restrição territorial

Nesse caso, o produtor ou o fornecedor delimita uma região geográfica para que outro agente econômico atue, sem poder ultrapassar essa área.<sup>79</sup>

As Orientações relativas ao Regulamento 330/2010 entendem que essa restrição vertical é grave:

Esta restrição diz respeito à divisão do mercado por território ou por clientela. Podendo resultar de obrigações diretas, tais como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes em determinados territórios ou a obrigação de transferir as encomendas destes clientes para outros distribuidores. Pode resultar igualmente de medidas indiretas destinadas a

<sup>75</sup> SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial* – as condutas, p. 246.

<sup>76</sup> “An exclusivity arrangement may ‘foreclose’ so much of the available supply or outlet capacity that existing competitors or new entrants may be limited or excluded and, under certain circumstances, this may reinforce market power and raise prices for consumers” (*U.S. Healthcare, Inc. v. Healthsource, Inc.*, 986 F.2d 589, 595 [1st Cir. 1993]. Tradução livre).

<sup>77</sup> “(...) and there is every reason to believe that exclusive dealing and requirements contracts have no purpose or effect other than the creation of efficiency” (BOOK. *Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, p. 309).

<sup>78</sup> “There is a lot of speculation about the effects of exclusive dealing but not nearly enough empirical research. If we are not to adopt absolute rules of near-automatic legality or illegality, we need all the help we can get about how the world really works” (CALKINS. *Wrong Turns in Exclusive Dealing Law*, p. 167).

<sup>79</sup> A questão da restrição territorial foi abordada no item 1.2 desta dissertação.

induzir o distribuidor a não vender a esses clientes, como a recusa ou a redução de bônus ou descontos, a cessação do fornecimento, a redução das quantidades fornecidas ou a limitação das quantidades fornecidas e destinadas a satisfazer a procura no território atribuído ou do grupo de clientes, a ameaça de cessação do contrato, a exigência de um preço mais elevado para os produtos a exportar, a limitação da proporção das vendas que pode ser objeto de exportação ou as obrigações de repercussão dos lucros. Pode ainda resultar do fato de o fornecedor não prestar um serviço de garantia a nível da União, ao abrigo do qual todos os distribuidores são obrigados a fornecer o serviço de garantia, sendo reembolsados por este serviço pelo fornecedor, mesmo em relação a produtos vendidos por outros distribuidores no seu território.<sup>80</sup>

Claudia Gama Gondim observa que a restrição territorial poderá ocorrer quando um fabricante – pretendendo entrar em um novo mercado geográfico e, como forma de estimular o distribuidor a investir nos riscos iniciais do negócio –, concede uma exclusividade territorial a seu revendedor. Esse tipo de restrição impede, assim, que os distribuidores de outros mercados comercializem nesse novo mercado, e evita que estes “peguem carona” nos investimentos realizados pelo primeiro distribuidor.<sup>81</sup>

#### 2.2.1.4 Recusa de venda

Ocorre quando se recusa a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

A recusa de venda está descrita no artigo 21, inciso XIII, da Lei nº 8.884/94 da seguinte forma:

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

<sup>80</sup>“Cette restriction caractérisée est liée au partage du marché en territoires ou en clientèles. Elle peut découler d’obligations directes, comme l’obligation de ne pas vendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires ou l’obligation de transmettre à d’autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de vendre à ces clients, telles que le refus ou la réduction des primes ou des remises, la résiliation du contrat de fourniture, la diminution des volumes de livraison ou la limitation du volume de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou au sein de la clientèle alloués, la menace de mettre un terme à l’accord, l’application d’un prix plus élevé pour les produits destinés à l’exportation, la limitation de la part des ventes pouvant être exportée ou des obligations de transfert des bénéfices. Elle peut aussi provenir du fait que le fournisseur n’assure pas un service de garantie à l’échelle de l’Union, que tous les distributeurs sont normalement tenus d’assumer et en contrepartie duquel ils sont remboursés par le fournisseur, même pour des produits vendus sur leur territoire par d’autres distributeurs” (Tradução livre).

<sup>81</sup>GONDIM. *A fixação de preço máximo e mínimo de revenda sob a ótica da regra da razão*, p. 31.

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

João Bosco Leopoldino da Fonseca, ao se reportar ao julgado da Averiguação Preliminar nº 08012.001581/98-57, que tem como relatora a ex-conselheira do CADE Hebe Romano, informa:

Da mesma forma, no julgamento da Representação nº 132/90, de 18.12.96, sendo representantes Vidraçaria Estela Klaier Indústria e Comércio Ltda. e representada Cia. Vidraria Santa Maria e Blindex Vidros de Segurança, decidiu-se: “A jurisprudência brasileira formada com o julgamento da AP nº 159/88 e ratificada mais recentemente no PA nº 42/92 admite a recusa de venda desde que não configurada a tentativa de dominação do mercado ou eliminação da concorrência, haja vista que se faz necessário considerar razoabilidade da conduta do agente econômico do ponto de vista de sua estratégia comercial”.<sup>82</sup>

O próprio Regulamento nº 20/99 do CADE, no anexo I, letra B, item 3, definiu e classificou a recusa de venda:

[O] fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Os efeitos anticompetitivos potenciais estão relacionados principalmente ao “bloqueio” dos e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento, como no item anterior (incluindo possível aumento de custos de rivais), bem como os efeitos relacionados aos serviços pós-venda indicados no item 2 acima. As possíveis eficiências econômicas são essencialmente as mesmas do item anterior. Em geral, esta prática é utilizada em conjunto com outras práticas verticais anticompetitivas, tais como acordos de exclusividade ou fixação de preços de revenda, como forma de retaliação contra distribuidores/fornecedores relutantes em aderir à prática anticompetitiva.

#### 2.2.1.5 Discriminação de preços

Adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços são discriminados por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.

---

<sup>82</sup> FONSECA. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*, p. 69.

O artigo 21, inciso XII, da Lei nº 8.884/94 tipificou a discriminação de preços:

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

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

Leonardo Canabrava Turra analisou o preço discriminatório:

A jurisprudência americana sedimentou-se no sentido de só se ater a diferenciações de preço, entendido este, de forma estrita, como o montante de dinheiro efetivamente pago ao fornecedor por bens adquiridos.

Assim, condições outras que são também forma de favorecimento, como, por exemplo, mútuos em dinheiro, prioridade na entrega e outros, não são, em princípio, abrangidos pelo ato [Robinson-Patman Act]. No entanto, essas condutas podem ser, em tese, alcançadas pela seção 5, que fala, genericamente, de métodos injustos de competição.

Não obstante, diversas formas fraudulentas de diferenciação de preços têm sido reconhecidas pela jurisprudência, tais como comissões, bônus, cláusula de garantia em caso de declínio de preço, fretes não equalizados, reembolso de despesas de propaganda e despesas de armazenagem, dentre outras.<sup>83</sup>

Estas são apenas algumas das possíveis restrições verticais que podem ocorrer. Este trabalho tratará especificamente de uma delas: a delimitação de preço de revenda.

### 2.3. RESTRIÇÃO VERTICAL E ACORDO VERTICAL: SINÔNIMOS?

Muitas vezes, mesmo na doutrina especializada, são utilizados os termos “acordo vertical” e “restrição vertical” como sinônimos, o que ocorre também nas relações concorrenciais horizontais, como “acordo horizontal” e “restrição horizontal”. Paulo Furquin de Azevedo observou que essa confusão terminológica não é, no entanto, gratuita. Ela reflete as diferenças de abordagem das correntes da literatura, em alguns casos, e a complementaridade da análise proposta, em outros.<sup>84</sup>

<sup>83</sup>TURRA. *Infrações concorrenciais no contrato de franquia*, p. 162.

<sup>84</sup>AZEVEDO. *Integração vertical e outros arranjos: polêmica e esquecimento na defesa da concorrência*, p. 481.

As orientações sobre acordos verticais norte-americanos,<sup>85</sup> por exemplo, caracteriza as restrições verticais como acordos:

(...) restrições verticais são *acordos* entre empresas atuantes em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição (por exemplo, entre um fabricante e um atacadista ou entre um atacadista e um varejista) que limitam as condições de compra, venda ou revenda.<sup>86</sup>

Priscila Brólio Gonçalves explica o motivo dessa questão:

É importante observar que, ao definir “restrições verticais” como acordos, a doutrina e os órgãos oficiais citados, especialmente nos sistemas jurídicos norte-americanos e europeu, têm em vista as disposições do artigo 1º do *Sherman Act* e do artigo 81 do Tratado de Roma, que mencionam, respectivamente, “contratos, ajustes e conspirações” e “acordos e práticas concertadas”.<sup>87</sup>

Em seguida, a autora expõe seu posicionamento ao afirmar que tanto os acordos celebrados entre os agentes econômicos, quanto as práticas impostas unilateralmente por empresas que atuem em diferentes estágios da cadeia produtiva/distributiva, e que resultem em limitações, devem ser considerados como restrições verticais.<sup>88</sup>

Contudo, este não é nosso posicionamento, uma vez que Priscila Brólio Gonçalves, ao afirmar que a doutrina e os órgãos oficiais da União Europeia definiam a restrição vertical como acordo, tinha como referência o Tratado de Roma, alterado pelo Tratado de Maastricht, mas principalmente o Regulamento 2790/99 – relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81 do Tratado, a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas –, uma vez que esse documento, ao conceituar diversos termos técnicos, não diferenciava “restrição vertical” de

---

<sup>85</sup> O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1985, editou *Vertical Restraints Guidelines*, um guia de normas e princípios para interpretar o *Sherman Act* e o *Clayton Act* nos casos de restrição vertical. Esse documento foi utilizado durante o governo de Ronald Reagan e de George Bush. Contudo, durante o governo de Bill Clinton, ele foi repudiado por sua administração. (Sobre o assunto: PITOFISKY, Robert. *Vertical restraints and vertical aspects of mergers: a US perspective*. 24<sup>th</sup> Annual Conference in International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/fordham7.htm>>.)

<sup>86</sup> “(...) vertical restraints are arrangements between firms operating at different levels of the manufacturing or distribution chain (for example, between a manufacturer and a wholesaler or a wholesaler and a retailer) that restrict the conditions under which firms may purchase, sell, or resell” (*Vertical Restraints Guidelines*. United States Department of Justice. 1985. Tradução livre).

<sup>87</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição*, p. 145.

<sup>88</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição*, p. 146.

“acordo vertical” e, em seu corpo, não se visualizavam grandes diferenças entre esses dois termos.

Entretanto, o Regulamento 2790/99 foi revogado pelo Regulamento 330/2010, relativo à aplicação do artigo 101 (antigo 81), nº 3, do Tratado da União Europeia sobre o funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

Se o Regulamento 2790/99 não diferenciava “restrição vertical” de “acordo vertical”, o Regulamento 330/2010 o faz de forma expressa, conceituando da seguinte forma no artigo 1º, alíneas “a” e “b”:

1. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

- a) “Acordo vertical”, um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços;
- b) “Restrição vertical”, uma restrição da concorrência num acordo vertical abrangida pelo nº 1 do artigo 101 do Tratado.<sup>89</sup>

Assim, a Comissão Europeia entendeu que há diferenças conceituais entre os dois termos. Eleanor Fox e Lawrence Sullivan entendem dessa mesma forma:

Verticalidade, numa organização industrial e no antitruste, refere-se a uma linha vertical imaginária desde a extração de matérias-primas através da produção e *marketing* até o consumidor final. Assim, restrição vertical são aquelas imposições por um participante na cadeia vertical para outro participante.<sup>90</sup>

O próprio CADE, na Resolução 20/99, acompanha esse pensamento sobre a diferenciação terminológica dos dois termos:

---

<sup>89</sup>1. Aux fins du présent règlement, on entend par:

- a) “accord vertical”, un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l’accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
- b) “restriction verticale”, une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d’application de l’article 101, paragraphe 1, du traité.

<sup>90</sup> “Vertically, in industry organization and in antitrust, refers to the imaginary vertical line from extraction of raw materials through the stages of production and marketing to the ultimate consumer. Thus, vertical restraints are those imposed by one participant along the vertical chain on another participant” (FOX; SULLIVAN. *Cases and Materials on Antitrust*, p. 522. Tradução livre).

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).

Os termos “acordo” e “restrição” têm significados diferentes. O dicionário da língua portuguesa *Aurélio* esclarece:<sup>91</sup>

- Acordo: concordância de sentimentos ou idéias; concórdia.
- Restrição: ato ou efeito de restringir (Restringir: tornar mais estreito ou apertado, estreitar, apertar).

Portanto, conforme informado anteriormente, entendemos que os termos “acordo vertical” e “restrição vertical” têm significados tecnicamente distintos. Sendo o primeiro, a união entre agentes econômicos que atuam em mercados relevantes diferentes, porém conexos, e o segundo, são obrigações impostas, por uma empresa a outra, no acordo vertical, que tem como efeito restringir a concorrência, seja a jusante ou a montante.

#### 2.4. A CONCORRÊNCIA ENTREMARCAS E INTRAMARCA

A concorrência pode assumir diversas formas. Sempre imaginamos as grandes marcas se digladiando no mercado: Coca Cola *versus* Pepsi-Cola; TIM *versus* OI *versus* VIVO *versus* CLARO; Microsoft *versus* Google; Apple *versus* HP; entre outras.

Contudo, a concorrência não existe apenas entre duas ou mais empresas concorrentes entre si, possuidoras de marcas distintas; ela também poderá ocorrer dentro de uma mesma marca.

Imaginemos o seguinte exemplo: duas grandes empresas fabricantes de suco (suco verde e suco amarelo) atuam no mesmo mercado relevante, e a concorrência entre as duas é acirrada, cada uma querendo vender mais que a outra, almejando uma maior participação no mercado.

Para melhorar o escoamento das produções de suco, cada uma das empresas tem quatro distribuidoras que compram o suco das fabricantes para revendê-lo para o consumidor final.

---

<sup>91</sup> FERREIRA. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*.

As distribuidoras não têm exclusividade territorial, e todas podem atuar no local que quiserem e não há qualquer forma de ingerência das fabricantes junto às distribuidoras.

Nesse tipo de situação, existem dois mercados relevantes. O primeiro é o mercado dos fabricantes de suco, em que as duas empresas são concorrentes. O segundo é o mercado dos distribuidores do suco, onde existem oito agentes econômicos (quatro distribuem suco verde, e os outros, suco amarelo).

A concorrência, obviamente, acontece nos dois mercados, nos quais os agentes econômicos estão sempre buscando mais consumidores.

Contudo, no mercado dos distribuidores do suco, há uma peculiaridade. Além da concorrência que haverá entre os quatro distribuidores de suco verde com os outros distribuidores de suco amarelo, ocorrerá também uma concorrência entre os próprios distribuidores de cada um dos sucos.

Os distribuidores do suco verde vão concorrer entre si, assim como os distribuidores do amarelo. Vejamos os diagramas a seguir.

DIAGRAMA 1  
Concorrência entre marcas

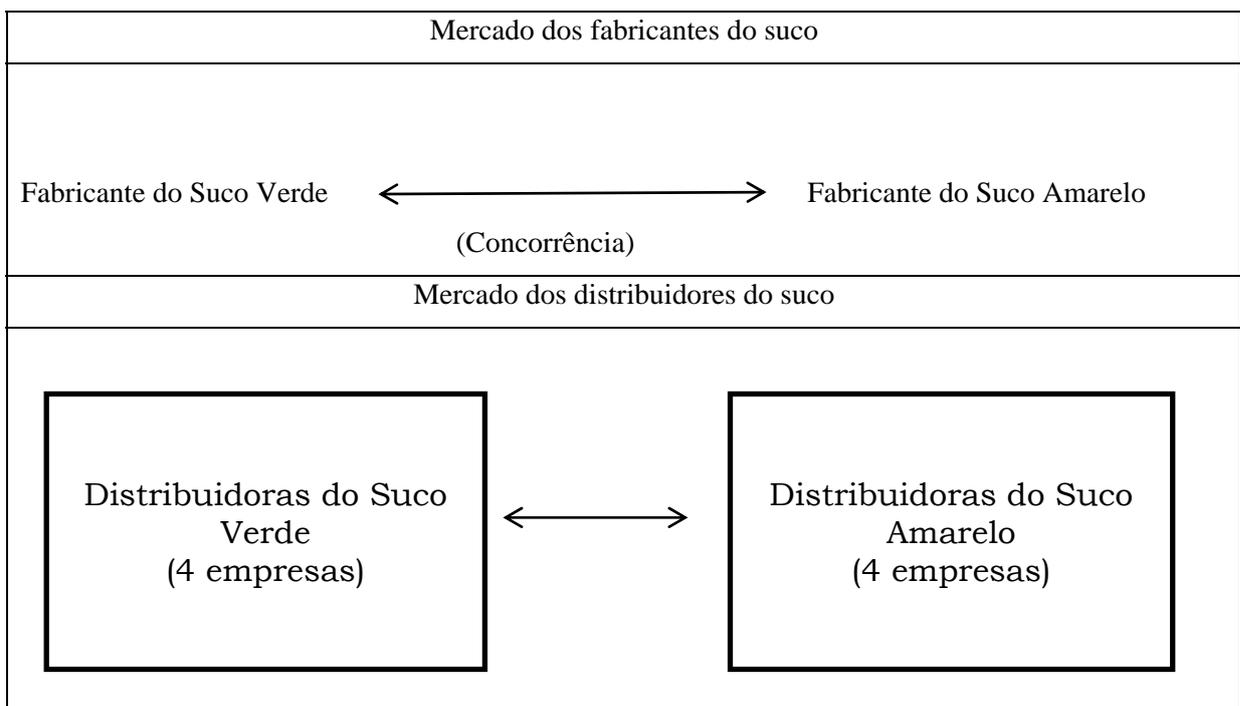
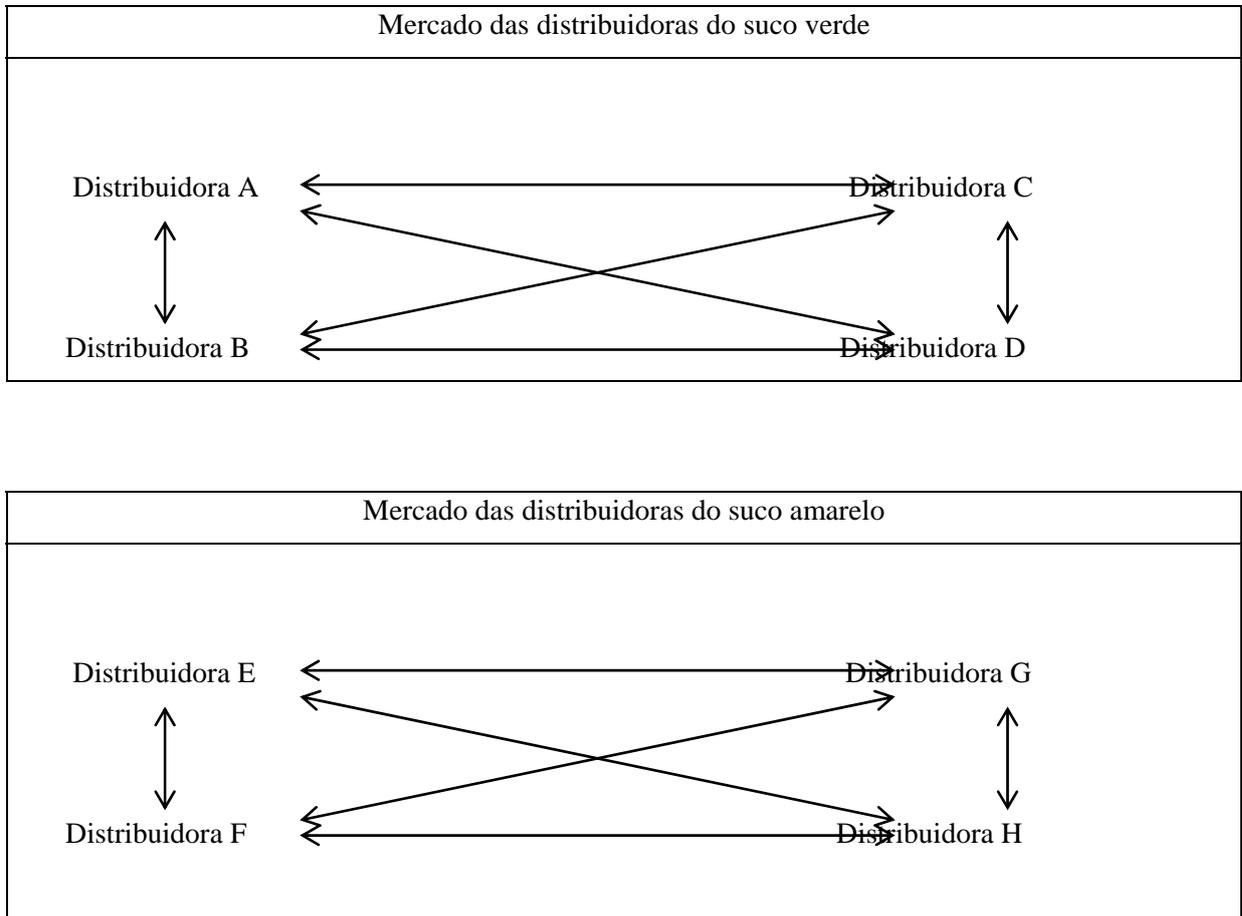


DIAGRAMA 2  
Concorrência intramarca



Existem, portanto, duas grandes formas concorrenciais relacionadas à marca, quais sejam, a concorrência intramarca e entremarcas. A concorrência entremarcas é a aquela existente entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, sendo cada um deles detentores de marcas rivais.<sup>92</sup> A concorrência intramarca ocorre entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, porém, utilizam a mesma marca.<sup>93</sup>

<sup>92</sup>A *Revue des Droits de la Concurrence*, em seu glossário de termos da concorrência, conceitua a concorrência entremarcas da seguinte forma: concurrence entre les entreprises qui ont mis au point des marques ou des labels pour leurs produits afin de les distinguer des autres marques vendues sur le même segment de marché. Bien qu'ils ne soient pas considérés comme totalement équivalents par les consommateurs, les produits de marque se font toutefois concurrence, mais normalement dans une moindre mesure. Coca-Cola contre Pepsi est un exemple de concurrence intermarques.

<sup>93</sup>A *Revue des Droits de la Concurrence*, em seu glossário de termos da concorrência, conceitua a concorrência intramarca da seguinte forma: Concurrence que se livrent, en termes de prix ou autres, distributeurs ou détaillants sur un produit de même marque. Par exemple, un jean Levi's peut être vendu moins cher dans un magasin de rabais par rapport à un grand magasin, mais souvent sans les facilités de service proposées dans ce dernier cas.

A necessidade do estudo da concorrência intramarca e da entremarcas vem à tona quando verificamos que as restrições verticais, de uma forma geral, têm como consequência clara a redução da forma concorrencial intramarca; conseqüentemente, haverá um incremento da concorrência entremarcas.

A análise do caso concreto é extremamente importante para se verificar se a redução da concorrência intramarca e o aumento da entremarcas causarão um efeito benéfico ou maléfico no mercado.

De uma forma geral, a doutrina entende que a redução da concorrência intramarca é menos maléfica que uma redução da concorrência entremarcas, conforme o posicionamento de Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever e Alain Vanderelst:

Dado o papel central desempenhado pela concorrência entremarcas na aplicação das regras antitruste, não deveria ser considerada uma surpresa que a redução da concorrência entremarcas é considerada mais prejudicial do que a redução da concorrência intramarca.<sup>94</sup>

A Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Continental T.V., Inc. versus GTE Sylvania Inc.*, informou:

O impacto no mercado por uma restrição vertical é complexo por causa do seu potencial em simultaneamente reduzir a concorrência intramarca e estimular a concorrência entremarcas. (...)

Restrições verticais reduzem a concorrência intramarca limitando o número de vendedores de um determinado produto concorrente no mercado de um determinado grupo de compradores. (...)

As restrições verticais promovem a concorrência entremarcas ao permitir que o fabricante atinja determinadas eficiências na distribuição de seus produtos.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> “given the central role played by inter-brand competition in the application of the antitrust rules, it should come as no surprise that the reduction of inter-brand competition considered to be more harmful than the reduction of intra-brand competition” (WIJCKMANS; TUYTSCHAEVER; VANDERELST. *Vertical agreements in EC competition law*, p. 279. Tradução livre).

<sup>95</sup> The market impact of vertical restrictions is complex because of their potential for a simultaneous reduction of intrabrand competition and stimulation of interbrand competition. (...) Vertical restrictions reduce intrabrand competition by limiting the number of sellers of a particular product competing for the business of a given group of buyers. (...) Vertical restrictions promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products (433 U.S. 36. Tradução livre).

Contudo, Richard A. Posner contesta a alegação anterior citando este exemplo:

(...) compare dois sistemas de distribuição dos fabricantes *A* e *B* respectivamente. *A* não impõe nenhuma restrição aos distribuidores de seu produto. Como resultado, seus vendedores e distribuidores fornecem pouca ou nenhuma informação ou outro serviço com o produto, e o preço de revenda é, portanto, baixo. *B* impõe restrições; seus vendedores, contudo, fornecem serviços extensivos, e o preço de revenda de seus produtos é alto. Em qual sistema de distribuição há mais concorrência? No *A*, porque os preços são mais baixos, ou em *B*, porque os serviços são melhores? Se a concorrência é definida simplesmente como rivalidade, em vez do bem-estar do consumidor ou da eficiência econômica, não é possível responder essa pergunta, salvo uma preferência arbitrária do preço sobre o serviço concorrencial, ou o contrário. (...). Essa generalidade, contudo, não pode ser considerada como uma visão de que a concorrência pelo preço é mais importante do que uma concorrência pelo serviço e, portanto, que um sistema de distribuição com restrições é menos competitivo no nível intramarca do que um sistema sem restrições. Isso equivaleria dizer, sem nenhuma base factual ou teórica, que os serviços que são encorajados por uma distribuição que contém restrições são inerentemente menos importantes – para o consumidor, as cortes, os legisladores do *Sherman Act* – do que o produto físico no qual o serviço é vendido, ainda que o produto possa valer muito menos para o consumidor sem os serviços do que com eles.<sup>96</sup>

Para Richard Posner, este posicionamento de balancear os efeitos positivos de uma restrição da distribuição na concorrência entremarcas contra os efeitos negativos ocasionados na concorrência intramarca tem dois erros. O primeiro é pensar que é simples determinar quando uma restrição penderá mais para o lado pró-competitivo ou para o lado anticompetitivo. O segundo é ignorar o fato de que o mercado se beneficia tanto da concorrência intramarca quanto e entremarcas, e a combinação dos dois maximiza o bem-estar social.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> “(...) compare two distribution systems, of manufacturers *A* and *B* respectively. *A* does not impose any restrictions on the distribution of its product. As a result, its dealers and distributors provide little or no information or other services with the product, and its retail price is therefore low. *B* does impose restrictions; its dealers, therefore, do provide extensive services, and the retail price of its product is higher. In which distribution system is there more competition? In *A*'s, because prices are lower, or in *B*'s, because services are greater? If competition is defined simply as rivalry, rather than as a device for maximizing consumer welfare or economic efficiency, there is no way to answer such questions, save by an arbitrary preference for price over service competition, or for the reverse. (...). This general language, however, is not the equivalent of a considered view that price competition is more important than service competition and therefore that a restricted-distribution system is less competitive at the intrabrand level than unrestricted system. This would amount to saying, without any basis in fact or theory, that the services that restricted distribution encourages are inherently less important – to the customers, the courts, or the framers of the *Sherman Act* – than the physical product with which they are sold, even though the product may be worth much less to the customer without the services than with them. (POSNER. *The Next Step in the Antitrust treatment of Restricted Distribution: Per se Legality*, p. 19. Tradução livre).

<sup>97</sup> POSNER. *The Next Step in the Antitrust treatment of Restricted Distribution: Per se Legality*, p. 19.

As reduções da concorrência entremarcas e intramarca serão constantemente utilizadas como forma de análise das restrições verticais. O grau dessa redução indicará se o ato será considerado benéfico ou maléfico para o mercado.<sup>98</sup> Por exemplo, caso haja uma distribuição exclusiva, a posição dos concorrentes pode ter um duplo significado. A existência de agentes econômicos fortes significará, em geral, que a redução da concorrência intramarca é mais do que compensada por uma concorrência entremarcas suficiente.

Contudo, se o número de agentes econômicos concorrentes se tornar bastante reduzido, e se sua posição no mercado for bastante semelhante em termos de participação, capacidade e rede de distribuição, haverá um risco de cartelização e/ou de abrandamento da concorrência. A eliminação da concorrência intramarca pode aumentar esse risco, especialmente quando vários fornecedores utilizam sistemas de distribuição semelhantes.<sup>99</sup> Porém, nem toda restrição vertical tem como consequência a redução da concorrência intramarca, visto que pode ocorrer um arrefecimento da concorrência entremarcas. Richard A. Posner fornece o seguinte exemplo: um fabricante pode determinar a seus distribuidores ou seus vendedores que estes se tornem exclusivos, ou seja, que revendam apenas seus produtos. Assim, os distribuidores ou os vendedores não revenderão os produtos concorrentes, diminuindo a concorrência entremarcas.<sup>100</sup>

Não apenas a concorrência intramarca pode ser afetada com a restrição vertical, mas também a concorrência entremarcas.

## 2.5. A CONCORRÊNCIA PELO PREÇO E PELO NÃO PREÇO (EXTRAPREÇO)

A concorrência pelo preço e pelo não preço, ou extrapreço, é extremamente importante quando se aborda a questão da delimitação do preço de revenda.

Antes, a compreensão do termo “preço” é fundamental. A conceituação correta desse termo é amplamente debatida, principalmente na economia.

---

<sup>98</sup> Tendo em vista que uma restrição vertical tem como consequência direta a diminuição ou o aumento da concorrência entremarcas e intramarca, os efeitos que poderão ocorrer, com relação à delimitação do preço de revenda, esta questão será melhor analisada no Capítulo 3.

<sup>99</sup> Orientações relativas ao Regulamento 330/2010, item 154.

<sup>100</sup> POSNER. *The Next Step in the Antitrust treatment of Restricted Distribution: Per se Legality*, p. 6.

Hélène Narayan-Fourment explica o preço, relacionando com o próprio Direito da Concorrência:

No direito, o preço designa, antes de tudo, uma quantidade de dinheiro. Historicamente, o termo “preço” é o fruto de uma modernização da vida econômica. Esse termo nasce com o contrato de venda. É de fato o preço que permite distinguir a venda de seu antepassado, o escambo. O escambo consiste na troca de uma coisa por outra que tem serventia equivalente: *rem pro re*. A venda consiste na alienação de uma coisa, não mais por uma outra, mas por um preço monetário: *rem pro pretio*.

O preço não é, portanto, uma “coisa” ordinária. Ele consiste em um objeto que é o instrumento que serve de medida comum de valor. Como instrumento de valorização, o preço pode medir tanto o valor de uma coisa como uma prestação de serviço. É essa concepção ampla da noção de preço que o direito da concorrência retém na determinação nº 86-1243, de 1º de dezembro de 1986, hoje codificado pelos artigos L. 410-1 à L. 470-8 do código comercial. Mas, em sua concepção primeira, o preço é a soma em dinheiro devido pelo adquirente ao vendedor. Esta é a concepção do direito contratual. É essa concepção estreita de preço, medida de valor de uma coisa, que convém entender. Apenas essa concepção é apreendida tanto pelo direito da concorrência como pelo direito contratual.<sup>101</sup>

No direito norte-americano, o preço é utilizado, inclusive, para diferenciar duas formas de restrição vertical, quais sejam, a restrição vertical pelo preço e a restrição vertical pelo não preço.

Entre as restrições verticais pelo preço, existem os acordos de exclusividade e de seletividade, a venda casada, a recusa de venda, a restrição territorial, dentre outras. As delimitações de preço de revenda, preço predatório, podem ser consideradas umas das possíveis restrições verticais pelo preço.

---

<sup>101</sup>“En droit, le prix designe avant tout une somme d’argent. Historiquement, le terme même de prix est le fruit d’une modernisation de la vie économique. Ce terme naît avec le contrat de vente. C’est en effet le prix qui permet de distinguer la vente de son ancêtre l’échange. L’échange consiste dans le troc d’une chose contre une autre qui lui sert directement d’équivalent: *rem pro re*. La vente consiste dans l’aliénation d’une chose non plus contre une autre, mais contre un prix en monnaie: *rem pro pretio*”.

Le prix n’est donc pas une “chose” ordinaire. Il consuste en un objet qui est l’instrument servant de mesure commune de la valeur. En tant qu’instrument d’évaluation, le prix peut mesurer tant la valeur d’une chose que d’une prestation de service. C’est cette conception large de la notion de prix que le droit de la concurrence retient dans l’ordonnance nº 86-1243 du 1<sup>ER</sup> décembre 1986, aujourd’hui codifiée aux articles L. 410-1 à L. 470-8 du Code de commerce. Mais dans son acception première, le prix est la somme d’argent due par l’acquireur au vendeur. Telle est la conception du droit des contrats. C’est cette conception étroite du prix, mesure de la valeur d’une chose, qu’il convient de retenir. Seulle cette conception est appréhendée à la fois par le drot de la concurrence et le droit des contrats (NARAYAN-FOURMENT. *L’approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix – dans les ventes commerciales et les contrats-cadres*, p. 13-14. Tradução livre).

É muito claro que a concorrência é feita basicamente pelo preço, e é por causa dele que os agentes econômicos concorrem para tentar atingir seu nível mais baixo, contudo, sempre almejando o maior lucro.

No caso julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, *United States versus Socony-Vacuum Oil Co.*, foi afirmado que o *sistema nervoso central da economia* é o preço.<sup>102</sup>

Essa disputa pelo preço é muito clara nas promoções, nas vitrines, nas queimas de estoque, inclusive na maioria das formas de licitação pública, em que o agente econômico que fornecer o menor preço se tornará o vencedor da concorrência.

Contudo, o preço não é a única forma de os agentes econômicos angariarem clientela. Além do preço, obviamente, os agentes econômicos também concorrem, entre si, e dependem do mercado relevante, pelo não preço.

A concorrência pelo não preço pode ser vista como uma estratégia de *marketing*, “no qual uma empresa tenta diferenciar seu produto ou serviço dos produtos concorrentes, baseando-se em atributos como *design* e acabamento”.<sup>103</sup>

Contudo, a concorrência pelo não preço ganha vital importância em mercados que os preços entre os concorrentes são parecidos. Nesse tipo de mercado, o adquirente não busca o menor preço; uma vez que sabe que estes são iguais, ele procura uma melhor tecnologia, um melhor atendimento, um bom serviço pós-venda, entre outros.

A melhoria do produto, as garantias dadas pelo vendedor, pessoal qualificado e capacitado, atendimento melhor do cliente, assistência técnica e todos os serviços pós-venda também são consideradas formas da concorrência pelo não preço.

Quando um mercado tem, em sua própria essência, a concorrência pelo não preço, os agentes econômicos sabem que não haverá uma “guerra de preços”, ou seja, nenhuma empresa vai ficar abaixando cada vez mais o valor de venda de seu produto ou seu serviço. Porém, os custos aumentam de forma significativa.

O aumento dos custos do agente econômico tem uma explicação muito óbvia. No mercado em que há concorrência pelo não preço, as empresa deverão, obrigatoriamente, contratar pessoal

---

<sup>102</sup>301 U. S. 150.

<sup>103</sup>“in which one firm tries to distinguish its product or service from competing products on the basis of attributes like design and workmanship” (MCCONNELL; BRUE; FLYNN. *Economics*, p. 437-438. Tradução livre).

qualificado, sempre buscar a melhora de seu produto e também um adequado e eficiente serviço pós-venda. Todos esses investimentos aumentam o custo do próprio agente econômico. Mesmo assim, os agentes econômicos, que atuam no mercado em que a concorrência é pelo não preço, têm seus benefícios, pois essa forma concorrencial, apesar dos custos adicionais envolvidos, evita uma “guerra de preços” com os concorrentes, que é extremamente prejudicial para as empresas.

A concorrência pelo não preço ocorre nos mercados em que os produtos são diferenciados pelo estilo, pela qualidade ou quando os agentes econômicos utilizam métodos de entrega diferenciados ou serviços de venda ou pós-venda especiais.

W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon explicam:

A intensidade da concorrência varia de mercado para mercado, uma vez que depende da tecnologia disponível para diferenciar os produtos, bem como o grau de concorrência. Alguns produtos, como automóveis, são naturalmente mais fáceis de diferenciar, enquanto outros, como o gás natural, são de natureza semelhante e, portanto, resistentes à diferenciação. Mesmo nesse último caso, as empresas podem competir, proporcionando um melhor serviço para ir junto com o produto. Um segundo fator que influencia o grau da concorrência pelo não preço é a capacidade de as empresas concorrentes se unirem. Um mercado regulado é um terreno fértil para a colusão, como as mesmas empresas interagem durante o tempo e sem medo de que uma nova entrante perturbe este acordo colusivo. Se as empresas podem cooperar e evitar a concorrência pelo não preço excessiva (lembre-se que a regulação tem tido o cuidado da concertação sobre o preço), as empresas podem ser capazes de reter os lucros acima do normal. Caso contrário, elas podem acabar competindo, deixando de ter lucros acima do normal por meio da concorrência pelo não preço.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> The intensity of nonprice competition varies from industry to industry, as it depends on the available technology for differentiating products as well as the degree of competition. Some products, like automobiles, are naturally easy to differentiate, while others, like natural gas, are inherently similar and thus resistant to differentiation. Even in the latter case, firms can compete by providing better service to go along with the product. a second factor that influences the degree of nonprice competition is the ability of firms to collude. A regulated industry is fertile ground for collusion, as the same firms interact over time and without fear of entry disrupting a collusive arrangement. If firms can cooperate and prevent excessive nonprice competition (recall that regulation has taken care of the need to collude over price), firms may be able to retain above-normal profits. Otherwise, they may end up competing away above-normal profits through nonprice competition. (VISCUSI; HARRINGTON; VERNON. *Economics Regulation and Antitrust*, p. 564. Tradução livre).

### CAPÍTULO 3

## A DELIMITAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 3.1. DIREITO E ECONOMIA: CONFLUÊNCIA DE DUAS TRADIÇÕES

Este capítulo se inicia com uma afirmação feita por Richard A. Posner:

Para mim, o aspecto mais interessante do movimento da associação entre direito e economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo do direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e teses empíricas das hipóteses. O direito é uma instituição social de enorme antiguidade e importância, e não vejo razão por que ele não devesse ser acessível ao estudo científico. A economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles.<sup>105</sup>

A aproximação do Direito com a Economia já é uma realidade. É mais enfatizada nas fusões, nas aquisições e nas demais relações empresariais. A Análise Econômica do Direito<sup>106</sup> surge com a ideia, portanto, de mostrar que não somente é possível mas também muito produtivo relacionar o Direito com a Economia.

Apesar de o surgimento da Análise Econômica do Direito, ou seja, um estudo dedicado de forma detalhada na união entre o Direito e a Economia, ter ocorrido apenas em meados do século XX, o relacionamento desses dois ramos sempre acontecia, seja de uma forma mais incisiva ou mais moderada.

David Hume, Adam Ferguson, Adam Smith e Jeremy Bentham já relacionavam o Direito e a Economia, contudo, sem poder descrever tais estudos como Análise Econômica do Direito.<sup>107</sup>

Os métodos utilizados pelo Direito e pela Economia são distintos, mas, em se tratando de ciências humanas, sua complementaridade não é simples:

---

<sup>105</sup> POSNER, Richard A. In: FAURE; BERG. *Essays in Law and Economics*.

<sup>106</sup> A Análise Econômica do Direito também é denominada “Direito e Economia”, nesse sentido: COOTER; ULEN. *Direito e Economia*. Adotaremos nesse trabalho a primeira expressão.

<sup>107</sup> HUME; FERGUNSON; BENTHAM. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*.

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática, enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica, enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.<sup>108</sup>

A Análise Econômica do Direito sempre foi associada com Direito Antitruste (Estados Unidos) e o Direito Concorrencial. Contudo, a partir da década de 1960, alguns trabalhos começaram a associá-la a: Direito Tributário (Henry Simons), Direito Empresarial (Henry Manne), patentes (Arnold Plant), Direito Contratual (Robert Hale) e utilidade pública e regulação (Ronald Coase).<sup>109</sup>

O objetivo da Análise Econômica do Direito é descrito por Amanda Flávio de Oliveira da seguinte forma:

Que se busca, através da Análise Econômica do Direito, seria a instituição de um Direito eficiente e que conduza à eficiência, enquanto valor econômico primordial. As normas preferíveis seriam, portanto, aquelas que melhor se enquadrassem nesse parâmetro. Igualmente, aos julgadores seria dada a função de compreender as consequências econômicas de suas decisões, atentando-se para a obtenção desse novo critério.<sup>110</sup>

A obra de Richard A. Posner foi essencial para difundir e arraigar a Análise Econômica do Direito como um método de estudo aplicável a todos os ramos do Direito.

O marco teórico deste trabalho será a Análise Econômica do Direito de Richard Posner.

### 3.2. A EFICIÊNCIA

A realidade oferece problemas e questionamentos que exigem um pronunciamento do juiz ou do estudioso do Direito. Na busca de uma solução, o jurista não pode ater-se somente à dedução lógica dos princípios e das normas jurídicas. Por exemplo:

- Um acordo de exclusividade pode gerar problemas no mercado?

<sup>108</sup> SALAMA. Apresentação, p. 09.

<sup>109</sup> POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 23.

<sup>110</sup> OLIVEIRA. *O direito da concorrência e o poder judiciário*, p. 95.

- É melhor aplicar uma sanção ao infrator ou beneficiar a pessoa que age de forma correta?
- É melhor punir uma empresa que não concede desconto na compra com cartão de débito, mesmo tendo o risco de acabar com os descontos e prejudicar os consumidores?

Descobrir o que é “melhor” não é uma matéria simples, pois, inicialmente, poderemos pensar que se trata de uma resposta subjetiva. No entanto, a Economia tem instrumentos técnicos que auxiliam a responder essas perguntas com maior objetividade, porém, a questão pessoal sempre interferirá. Dependendo dos métodos de escolha, essa interferência subjetiva poderá ser maior ou menor.

Para resolver essa questão, pode-se recorrer ao conceito de “eficiência” que foi desenvolvido por Vilfredo Pareto.<sup>111</sup>

### 3.2.1. A EFICIÊNCIA SEGUNDO PARETO

Se uma determinada situação é alterada, esta será considerada uma Melhoria de Pareto se ocorreu um benefício para uma ou mais pessoas, sem prejudicar ninguém. Assim, nessa situação, os economistas, seguindo o pensamento de Pareto, informam que o resultado da alteração na situação é superior à inicial ou mais eficiente.

Pareto conseguiu utilizar critérios objetivos para verificar se uma situação será “melhor” ou não que a anterior, ou, utilizando o termo técnico, se uma situação será eficiente ou não. Para aplicar o pensamento Pareto, deve-se delimitar cada indivíduo afetado ou potencialmente afetado pelo ato e verificar se a alteração ocorrida irá beneficiá-los, prejudicá-los ou se não haverá impacto algum.<sup>112</sup>

Vamos continuar no mesmo exemplo exposto. Ao ocorrer a Melhoria de Pareto, se ainda for possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem prejudicar ninguém, ocorrerá uma nova Melhoria de Pareto, e outras poderão existir.

Contudo, ocorrendo diversas Melhorias de Pareto, chegará um momento que não será mais possível qualquer tipo de melhoria sem que alguém seja prejudicado. Assim, ao atingir esse

---

<sup>111</sup>Vilfredo Pareto foi político, sociólogo e economista italiano, falecido em 19 de agosto de 1923.

<sup>112</sup> RODRIGUES. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*, p. 26.

nível máximo da Melhoria de Pareto, estaremos diante de uma situação que é o Ótimo de Pareto ou, também, Pareto-eficiente.<sup>113</sup>

Uma transação Pareto-Superior (ou “Melhoria de Pareto”) é aquela que faz pelo menos uma pessoa melhor, e ninguém fica pior. (...) Em outras palavras, o critério do Pareto-Superior é unanimidade em relação a todas as pessoas afetadas.<sup>114</sup>

Entretanto, dizer que uma situação é “Ótimo de Pareto” não é o mesmo que dizer que essa situação é justa, boa ou correta. O que se diz é apenas que as melhorias ocorreram de forma máxima e que não houve prejudicados. Por exemplo: se tivermos dois pratos de comida e duas pessoas passando fome, se dermos um prato para apenas uma pessoa, estaremos diante de uma Melhoria de Pareto, uma vez que existe outro prato de comida. Entretanto, se entregarmos o outro prato de comida para a mesma pessoa, estaremos diante do Ótimo de Pareto, uma vez que não há possibilidade de aumentar a satisfação de mais ninguém, e não houve prejuízo.

De acordo com Pareto, nesse exemplo, não se considera que a outra pessoa também poderia ter comido o prato de comida e seria beneficiada. Para atingir o Ótimo de Pareto, nesse caso, bastava a distribuição de todos os pratos de comida, independente se foi equânime ou não, pois a pessoa que não comeu não teve sua situação prejudicada, uma vez que continuou com fome.

Esta é a crítica feita ao pensamento de Pareto: os conceitos de Pareto são isentos de valores, e não há uma solução para comparar duas situações de Ótimo, pois passar de uma situação para outra implicará, necessariamente, prejudicar alguns benefícios de outro. No exemplo, aquela pessoa que comeu dois pratos comeria apenas um.

Richard Posner, ao criticar a eficiência segundo o pensamento de Pareto, alega que essa forma não é adequada ao mundo real, pois a maioria das transações gerará algum efeito em terceiros.<sup>115</sup>

John Richard Hicks tem o mesmo posicionamento:

---

<sup>113</sup> RODRIGUES. *Análise Econômica do Direito*: uma introdução, p. 27.

<sup>114</sup> “A Pareto-superior transaction (or “Pareto improvement”) is one that makes at least one person better off and no one worse off. (...) In other words, the criterion of Pareto superiority is unanimity of all affected persons” (POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 12. Tradução livre).

<sup>115</sup> POSNER. *Economic Analysis of Law*. p. 13.

Vamos, então, definir uma organização *ótima* do sistema econômico como aquele em que cada indivíduo é tão bem quanto ele pode ser, na condição de que nenhuma reorganização prejudicará qualquer indivíduo, esta não é uma definição inequívoca de uma organização *ótima*, mas isso não nos permite dizer que, com os recursos disponíveis e as escalas de preferência, haverá uma posição e apenas uma. Isso não é assim, haverá um número indefinido de diferentes *ótimo* possíveis, distintos um do outro por diferenças na distribuição do bem-estar social.<sup>116</sup>

E continua:

Se nós começarmos a partir de uma determinada organização que não é *ótima*, haverá vários *ótimos* diferentes que poderão ser alcançados à condição de um indivíduo se ver piorado, visto que o incremento de riqueza pode ser dividida em diferentes maneiras. Além desta, haverá muitos outros *ótimos* que não poderão ser alcançados a partir da posição inicial, porém algumas pessoas terão sua posição inicial diminuída. Essas posições *ótimas* se equiparam, embora elas possam ser alcançadas a partir de algum outro ponto de partida desde que seja permitida uma reorganização.<sup>117</sup>

Todo ato pode, de alguma forma, prejudicar alguém, restringir direitos. Para verificar a legalidade deste, deve ser analisada sua razoabilidade, conforme o juiz Louis Brandeis afirmou no caso *Board of Trade of City of Chicago*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana:

Mas a legalidade de um acordo ou uma regulação não pode ser determinada por um teste tão simples, como verificar se restringe concorrência. Todo acordo relativo ao comércio, toda regulação de comércio, restringe. Vincular, restringir, é de sua própria essência. O verdadeiro teste de legalidade é se a restrição imposta é de tal sorte que meramente regula e talvez promova a concorrência ou se ela é de

---

<sup>116</sup> “Let us then define an optimum organization of economic system as one in which every individual is as well off as he can be made, subject to the condition that no reorganization permitted shall make any individual worse off, this is not an unambiguous definition of an optimum organization; it does not enable us to say that with given resources and gives scales of preference, there will be one optimum position and one only. That is not so; there will be an indefinite number of different possible optima, distinguished from one another by differences in the distribution of social wealth” (HICKS. *The Foundations of Welfare Economics*, p. 696-712. Tradução livre).

<sup>117</sup> “If we start from a given organization which is not optimum, there will be several different optima which can be reached subject to the condition of one being damaged, since the increment of wealth can be divided in different ways. In addition to this there will many other optima which cannot be reached from the initial position, since they involve some people being worse off than they were initially. These are optimum positions all the same, although they could only be reached by a permitted reorganization if we begin from some other starting-point” (HICKS. *The Foundations of Welfare Economics*, p. 696-712. Tradução livre).

tal natureza que suprima ou até mesmo destrua a concorrência. Para determinar essa questão, a corte deve ordinariamente considerar os fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição é imposta; sua condição antes e depois que a restrição foi imposta; a natureza da restrição e seu efeito, concreto ou provável. A história da restrição, o perigo que se acredita existir, a razão para adotar o remédio específico, o propósito ou finalidade que se procurou alcançar são todos fatos importantes.<sup>118</sup>

Portanto, houve a necessidade de dinamizar o pensamento de Vilfredo Pareto.

### 3.2.2. A EFICIÊNCIA SEGUNDO NICHOLAS KALDOR E J. R. HICKS<sup>119</sup>

Trata-se de um estudo inicialmente realizado por Nicholas Kaldor, em setembro de 1939<sup>120</sup> e por John Hicks, em dezembro de 1939.<sup>121</sup>

A eficiência de Kaldor-Hicks, também denominada “critério de Kaldor-Hicks”, é uma medida de eficiência econômica. Segundo ela, um resultado será eficiente se os que se beneficiaram dessa readequação puderem, teoricamente, compensar aqueles que foram prejudicados.

A principal diferença é a questão da compensação. Essa forma de eficiência não exige que a indenização seja efetivamente paga, mas apenas que haja a possibilidade de a compensação existir. Assim, um resultado mais eficiente pode, de fato, deixar algumas pessoas em situação pior.

A eficiência de Pareto exige que todas as partes envolvidas na readequação de uma determinada situação tenham como resultado uma melhoria ou permaneçam neutros, jamais podem ser piorados. Cada eficiência para Pareto também será para Kaldor-Hicks; contudo, algumas eficiências de Kaldor-Hicks não serão para Pareto. Isso porque o conjunto das eficiências de Pareto é um subconjunto das eficiências de Kaldor-Hicks, o que reflete, assim, maior flexibilidade e aplicabilidade dos critérios dessa em relação àquela.

---

<sup>118</sup> “But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts” (26 U.S. 231. Tradução livre).

<sup>119</sup> Nicholas Kaldor foi um economista, professor da Universidade de Cambridge e John Richard Hicks, economista, professor das Universidades de Cambridge e Oxford, tendo recebido o Prêmio Nobel de Economia no ano 1972.

<sup>120</sup>KALDOR. *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, p. 549-552.

<sup>121</sup>HICKS. *The Foundations of Welfare Economics*, p. 696-712.

Por exemplo: a pessoa “A” tem 50 maçãs, e a pessoa “B” tem 10 maçãs. Por uma determinada questão no cenário econômico-político, “A” perde uma maçã e passa a deter 49; por sua vez, “B” aumenta seu capital e passará a deter 30 maçãs. Segundo o pensamento de Pareto, essa situação não será eficiente, pois “A” teve perda. Contudo, para Kaldor-Hicks esse mesmo exemplo será eficiente, pois, teoricamente, “B” poderia fácil e teoricamente compensar a perda de “A”.

O conceito de Kaldor-Hicks é também, e sugestivamente, chamado de “superioridade de Pareto potencial”. Os beneficiados podem compensar os perdedores, não sendo obrigatório esse acontecimento.

O fato de que as condições de superioridade de Pareto quase nunca ocorrerem no mundo real, sendo que os economistas falam pouco sobre eficiência, significa que a definição operacional de eficiência na economia não pode ser a superioridade de Pareto. E, de fato, quando um economista diz que livre comércio ou concorrência ou controle de poluição ou alguma outra política ou estado do mundo é eficiente, nove entre dez significa a eficiência de Kaldor-Hicks.<sup>122</sup>

Neste trabalho, quando analisarmos os efeitos das delimitações dos preços de revenda, iremos fazê-lo de acordo com a eficiência de Kaldor-Hicks.

### 3.3. EFICIÊNCIA ECONÔMICA E EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL: SINÔNIMOS?

Tendo em vista que este trabalho é jurídico, é importante distinguir o conceito de eficiência da Análise Econômica do Direito em relação ao estipulado no artigo 37 da Constituição da Republica.<sup>123</sup>

Alexandre de Moraes explica a eficiência constitucional:

<sup>122</sup> “The Kaldor-Hicks concept is also and suggestively called potential Pareto superiority. The winners could compensate the losers, whether or not they actually do. The fact that the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, means that the operating definition of efficiency in economists cannot be Pareto superiority. And in fact when an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten means Kaldor-Hicks efficient” (POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 13. Tradução livre).

<sup>123</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

(...)

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.<sup>124</sup>

Verifica-se, portanto, a diferença entre os dois institutos: a eficiência econômica é voltada para que os ganhos sejam maiores que as perdas; e a constitucional com a ideia do bem, sempre buscando a melhor utilização dos recursos públicos.

#### 3.4. A DELIMITAÇÃO DO PREÇO DE REVENDA

Nos capítulos anteriores, delimitamos o contrato de distribuição e conceituamos o acordo e a restrição vertical. Neste capítulo, abordaremos o ponto central do presente trabalho, qual seja, a delimitação do preço de revenda nos contratos de distribuição, mas utilizaremos a Análise Econômica do Direito como método.

A delimitação do preço de revenda ou manutenção do preço de revenda é denominada pela doutrina norte-americana como “*Resale Price Maintenance*” ou, simplesmente, “RPM”. Constantemente nos deparamos na doutrina nacional e, inclusive, nas decisões proferidas pelo CADE com a expressão norte-americana, mesmo havendo este termo na língua portuguesa.

O contrato de distribuição, conforme visto no Capítulo 2, é considerado, para o Direito da Concorrência, um acordo vertical, pois é firmado entre agentes econômicos que atuam na mesma cadeia distributiva.

---

<sup>124</sup> MORAES. *Direito Constitucional*, p. 330-331

No capítulo anterior, quando especificamos algumas das diversas espécies de restrição vertical, não abordamos, de forma proposital, a delimitação de preço de revenda,<sup>125</sup> pois essa questão será abordada neste capítulo.

No contrato de distribuição, o distribuidor adquire o produto do fornecedor para posterior revenda, ou seja, há uma transferência de propriedade do produto. Então, com qual finalidade o fornecedor delimita o preço de revenda de seu distribuidor?

Claudineu de Melo sugere que, no contrato de distribuição, é essencial que haja um controle por parte do fornecedor sobre o distribuidor para um resultado eficaz do negócio:

O fato de o contrato de distribuição ser elaborado de acordo com os interesses e conveniência do fabricante, por seu turno, não induz qualquer excrescência jurídica ou comercial. Pois sendo a distribuição um sistema de colocação de produtos, no mercado consumidor, mediante a utilização de vários canais regionalizados, há que se ter em conta uma certa uniformização da conduta dos participantes, sob pena de se esfacelar o objetivo colimado. O comportamento regular e homogêneo da rede de distribuição, em conformidade com as linhas mestras traçadas pelo fabricante, é pressuposto ao sucesso do empreendimento conjunto.

Ao contrário, a completa liberdade no proceder poderia gerar ou facilitar a geração de objetivos conflitantes entre os distribuidores, que, em dado momento, alhear-se-iam dos objetivos traçados pelo fabricante, fazendo prevalecer o seu próprio, até mesmo contra os interesses da distribuição como um todo. Daí porque entender-se razoável, e até necessário, a formalização da distribuição mediante adesão dos distribuidores.<sup>126</sup>

Quando se aborda a questão da delimitação do preço de revenda, necessariamente estaremos diante de uma distribuição indireta, em que o fornecedor opta pelo escoamento de sua produção se realize através de um terceiro. Tendo em vista que o escoamento da produção é extremamente importante para o sucesso do produto, os fornecedores tentam aumentar o controle direto sobre seus distribuidores e, conseqüentemente, sobre as condições de revenda.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Alguns autores utilizam a expressão “Restrição do Preço de Revenda”.

<sup>126</sup> MELO. *Contrato de Distribuição*, p. 89-90.

<sup>127</sup> FORGIONI. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*, p. 182.

A delimitação de preço de revenda é uma restrição vertical imposta pelo agente economicamente superior a outro agente econômico, pois ela delimita o preço que este irá revender para um adquirente ou para o consumidor final. Tal delimitação não será imposta apenas pelo fabricante do produto; ela poderá ocorrer também através de um intermediário, que poderá agir de acordo com as determinações do fabricante ou de acordo com seu próprio convencimento. Assim, utilizaremos o termo “fornecedor”, que englobará tanto o fabricante quanto o intermediário do comércio.

A Secretaria de Direito Econômico entende, conforme parecer emitido na Averiguação Preliminar nº 08012.008443/2007-04, que a prática da delimitação do preço de revenda tem três formas:

A prática de RPM pode ser de três tipos, cada qual com suas peculiaridades e formas de análise distintas: (i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; e (iii) fixação de preço de revenda fixo.

O próprio CADE, na Resolução 20, anexo I, letra B, item 1, conceitua<sup>128</sup> deste modo:

Fixação de preço de revenda: o produtor estabelece, mediante contrato o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores.

Entretanto, entendemos que a delimitação de preço de revenda é mais ampla. Além da delimitação do preço mínimo de revenda, da delimitação do preço máximo de revenda e da fixação do preço de revenda, há, ainda, o preço sugerido.

Apesar de ser uma mera sugestão sobre o valor do preço de revenda, feita pelo fornecedor ao distribuidor, o preço sugerido pode mascarar uma fixação do preço, dependendo da forma como é utilizado, bem como pode ocorrer, de forma moderada, uma delimitação do preço, conforme veremos no item 3.4.3.

Normalmente, nos casos em que o distribuidor não aceita a delimitação do preço de revenda imposta pelo fornecedor, esta será seguida por outra restrição vertical, qual seja, a recusa de venda.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Em relação à denominação utilizada, “fixação de preço de revenda”, conforme Capítulo 1 deste trabalho, discordamos dessa terminologia.

### 3.4.1. A DELIMITAÇÃO DE PREÇO FIXO DE REVENDA

A fixação do preço de revenda é o meio mais eficaz que o fornecedor tem para influenciar o preço pelo qual o distribuidor irá revender o produto. Porém, é o que pode gerar os maiores danos ao mercado, uma vez que o preço não é delimitado de acordo com a oferta e a procura, mas sim por uma mera liberalidade do fornecedor ou dos próprios distribuidores.

Os distribuidores também podem participar da negociação do preço que será fixado; estes podem, inclusive, exigir que o fornecedor fixe o preço de revenda para todos seus distribuidores para que não ocorra nenhum tipo de concorrência predatória entre eles, e, assim, uniformiza-se o preço praticado.

Todas as formas de delimitação do preço de revenda são utilizadas pelo fornecedor como meios de controle direto sobre seus distribuidores, mas, além disso, são utilizadas para controlar as condições de venda praticadas pelos integrantes da rede. Isso permite um domínio maior na estratégia comercial.<sup>130</sup>

### 3.4.2. A SUGESTÃO DO PREÇO DE REVENDA

A sugestão do preço de revenda não vincula o distribuidor a seguir a mera sugestão feita pelo fornecedor, dado que esta se caracteriza pela não vinculação dos agentes econômicos.

Diferente do que ocorre com as outras formas de delimitar o preço de revenda, no preço sugerido não há a obrigatoriedade de segui-lo e não há fiscalização para seu cumprimento.<sup>131</sup> O preço sugerido é uma delimitação “disfarçada” do preço de revenda.<sup>132</sup> No mercado em que há a sugestão do preço de revenda, normalmente os distribuidores estabelecem seu preço de revenda de forma aproximada à sugestão feita pelo fornecedor.

Não pode haver qualquer tipo de controle e punição por parte do fornecedor em relação ao distribuidor que não cumprir o preço sugerido. Caso contrário, descaracteriza-se a mera sugestão e configura-se uma fixação de preço de revenda.

---

<sup>129</sup> A recusa de venda foi analisada no item 2.2.1.4.

<sup>130</sup> FORGIONI. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*, p. 182.

<sup>131</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 205.

<sup>132</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 205.

Mesmo sendo uma delimitação branda, o preço sugerido delimita, de certa forma, o preço de revenda do distribuidor. Por isso, ele deve ser considerado uma forma da delimitação do preço de revenda.

Além da recusa de venda, que pode ocorrer caso o distribuidor não siga a determinação do fornecedor, conforme explicado anteriormente, Cesar Matos menciona, ainda, a não concessão de descontos habituais ao distribuidor, a elevação discriminatória dos preços e o bloqueio das redes de distribuição do produto pelos demais distribuidores.<sup>133</sup>

Para a caracterização do preço sugerido, não pode haver qualquer tipo de estrutura jurídica que determine o cumprimento dos preços que são apenas recomendados, ademais, não deve haver qualquer tipo de fatores econômicos que visam garantir a implementação dos preços sugeridos.

O preço sugerido dificilmente gera algum efeito anticompetitivo no mercado, entretanto, caso haja alguma imposição feita pelo fornecedor para o distribuidor para que siga a sugestão, este deixa de ser uma mera sugestão e caracteriza-se como fixação do preço de revenda.

Contudo, a imposição para que o distribuidor cumpra o preço sugerido pode vir do próprio adquirente, e não apenas do fornecedor, caso o preço sugerido conste na embalagem do produto. Nessa situação, o adquirente, ao ver o preço sugerido na embalagem e o distribuidor praticando outro preço, normalmente em patamar mais elevado, irá questioná-lo e pressionará para que o distribuidor siga o preço sugerido.

A colocação do preço na embalagem é feita de forma proposital pelo fornecedor, para que haja esta pressão exercida pelos adquirentes, com a finalidade de uniformizar os preços de revenda.

Outra forma de o fornecedor transferir para o adquirente a pressão feita no distribuidor para que cumpra o preço sugerido é a colocação desse preço nos meios publicitários.

Conforme já informado, o cumprimento de um preço delimitado pelo fornecedor, seja ele fixado, mínimo, máximo ou, até mesmo, sugerido, pode ter sido estipulado pelo próprio distribuidor e até pelas duas partes. Isso deve ser considerado dessa forma, uma vez que o preço sugerido de revenda não causa nenhum problema concorrencial. Por exemplo, citamos a

---

<sup>133</sup> MATTOS. Fixação de preço de revenda (*resale price maintenance - RPM*): elementos para um roteiro de investigação, p. 49.

decisão proferida pelo conselheiro do CADE, Arthur Barrionuevo Filho, Processo Administrativo nº 08000.018299/96-86, no mercado de livros: a sugestão de preço feita pelas editoras às livrarias não pode ser considerada uma fixação de preço. Nesse caso, após analisar as notas fiscais que contêm preços diferentes do recomendado, o conselheiro afirmou que as livrarias podiam estipular o preço de acordo com as peculiaridades de cada uma delas.

### 3.4.3. FIXAÇÃO DE PREÇO MÍNIMO DE REVENDA

Ocorre quando o fornecedor determina um preço mínimo de revenda do produto comercializado, não podendo o distribuidor, sob nenhum pretexto, vender abaixo desse limite.

Essa restrição vertical é muito comum nos produtos de luxo. Nesse mercado, o *status* é importante. Assim, para que seja ostentado por seu adquirente, um bem deve ter valor elevado. As empresas que atuam nesse ramo não podem permitir a desvalorização do produto. Imaginemos um veículo Ferrari: se o distribuidor revende o automóvel por um preço muito baixo do valor de mercado,<sup>134</sup> a própria marca poderá ser prejudicada.

Portanto, no mercado de luxo, a delimitação de preço mínimo de revenda, que é amplamente utilizada, não deve ser considerada ilícita, haja vista a necessidade do próprio mercado da existência de preços elevados.

Conforme veremos adiante, a fixação de preço mínimo de revenda é considerada, junto com a fixação do preço de revenda, uma restrição vertical que pode causar graves danos à concorrência, e conseqüentemente ao mercado.

### 3.4.4. A DELIMITAÇÃO DE PREÇO MÁXIMO DE REVENDA

Essa forma de restrição vertical é o oposto da anterior. Em vez de fornecedor impor um limite mínimo no preço do distribuidor, aquele impõe um teto; o distribuidor não pode revender o produto por um preço superior ao estipulado pelo fornecedor. Conforme veremos adiante, a fixação de preço máximo de revenda foi considerada durante algum tempo uma restrição vertical grave. Contudo, seguindo o entendimento doutrinário, a jurisprudência abrandou essa questão.

---

<sup>134</sup> Sabemos que revender uma Ferrari com um preço baixo é quase impossível, por duas questões, (i) o alto valor com o que provavelmente o distribuidor adquiriu este veículo do fabricante e (ii) a alta carga tributária no Brasil em relação à entrada de veículos importados. Contudo, trata-se apenas de uma hipótese para ilustrar a questão.

No Brasil, no mercado de medicamentos, o governo brasileiro impõe preço máximo de revenda. Esse preço é determinado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).<sup>135</sup> No entanto, essa intervenção no preço de revenda dos medicamentos não elimina a concorrência, conforme decidido pelo conselheiro do CADE, Afonso Arinos de Mello Franco Neto, no processo administrativo nº 08012.006241/97-03:

Deve-se ressaltar, contudo, que tais políticas nunca pretenderam fixar valores mínimos para os preços ao consumidor e nem valores máximos para os descontos oferecidos pelos revendedores ao consumidor, de tal modo, a política governamental de fixação de preços máximos de nenhuma forma suprimiu a possibilidade de concorrência via preço no mercado de revenda de medicamentos, como sugerem os pareceres da SDE e da Procuradoria do CADE.

---

<sup>135</sup> Preveem os artigos 4º e 5º da Lei nº 10.742/03:

Art. 4º As empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras definidas nesta Lei, a partir de sua publicação, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com esta Lei.

§ 1º O ajuste de preços de medicamentos será baseado em modelo de teto de preços calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e em um fator de ajuste de preços relativos intra-setor e entre setores.

§ 2º O índice utilizado, para fins do ajuste previsto no § 1º, é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

§ 3º O fator de produtividade, expresso em percentual, é o mecanismo que permite repassar aos consumidores, por meio dos preços dos medicamentos, projeções de ganhos de produtividade das empresas produtoras de medicamentos.

§ 4º O fator de ajuste de preços relativos, expresso em percentual, é composto de duas parcelas:

I - a parcela do fator de ajuste de preços relativos intra-setor, que será calculada com base no poder de mercado, que é determinado, entre outros, pelo poder de monopólio ou oligopólio, na assimetria de informação e nas barreiras à entrada; e

II - a parcela do fator de ajuste de preços relativos entre setores, que será calculada com base na variação dos custos dos insumos, desde que tais custos não sejam recuperados pelo cômputo do índice previsto no § 2º deste artigo.

§ 5º Compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), criada pelo art. 5º desta Lei, propor critérios de composição dos fatores a que se refere o § 1º, bem como o grau de desagregação de tais fatores, seja por produto, por mercado relevante ou por grupos de mercados relevantes, a serem reguladas até 31 de dezembro de 2003, na forma do art. 84 da Constituição Federal.

§ 6º A CMED dará transparência e publicidade aos critérios a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 7º Os ajustes de preços ocorrerão anualmente.

§ 8º O primeiro ajuste, com base nos critérios estabelecidos nesta Lei, ocorrerá em março de 2004, considerando-se, para efeito desse ajuste:

I - o preço fabricante do medicamento em 31 de agosto de 2003; e

II - o IPCA acumulado a partir de setembro de 2003, inclusive.

§ 9º Excepcionalmente, o Conselho de Ministros da CMED poderá autorizar um ajuste positivo de preços ou determinar um ajuste negativo em 31 de agosto de 2003, tendo como referência o preço fabricante em 31 de março de 2003.

Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Parágrafo único. A composição da CMED será definida em ato do Poder Executivo.

Sendo assim, a existência de limites de preços máximos não deveria impedir que fatores idiossincráticos de custo e demanda, relacionados com características individuais de cada estabelecimento comercial, pudessem determinar que empresas independentes praticassem preços diferentes para os mesmos produtos, se efetivamente existisse uma interação concorrencial entre as farmácias.

O preço do medicamento não é tabelado pelo Estado, há apenas uma delimitação de preço máximo de revenda, permitindo que os agentes econômicos concorram pelo maior desconto e pelo melhor serviço.

### 3.5. A DELIMITAÇÃO DIRETA E INDIRETA DO PREÇO DE REVENDA

Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever e Alain Vanderelst subdividem a delimitação do preço de revenda em duas formas; a direta e a indireta.<sup>136</sup>

A delimitação do preço de revenda em sua forma direta ocorre quando o fornecedor comunica, de forma expressa, ao distribuidor, qual deverá ser o preço de revenda do produto.<sup>137</sup> Nessa primeira forma, estão incluídas: a fixação do preço de revenda, a delimitação do preço máximo de revenda e a delimitação do preço mínimo.

A delimitação do preço de revenda em sua forma indireta foi abordada pela Comissão Europeia, que afirma que essa restrição vertical pode ser imposta de forma indireta nas seguintes situações:

- Fixação da margem de distribuição: o fornecedor determina que o distribuidor adicione um determinado valor ou percentual em cima de seu preço de compra para fins de determinação do preço de revenda.

A fixação da margem de distribuição foi analisada pela Comissão Europeia no caso *Yamaha*:<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup>WIJCKMANS; TUYTSCHAEVER; VANDERELST. *Vertical Agreements in EC Competition Law*, p. 159-161.

<sup>137</sup>“The most straightforward application of article 4(a) of the Regulation is the direct imposition of (vertical) prices by means of a contractual provision or a concerted practice” (WIJCKMANS; TUYTSCHAEVER; VANDERELST. *Vertical Agreements in EC Competition Law*, p. 159).

<sup>138</sup>Caso COMP/37.975 PO/Yamaha.

No contrato de distribuição de oboés e fagotes, determina que o preço de venda para outros vendedores será calculado da seguinte forma: o preço de compra x 1,0877 = preço líquido de compra para o distribuidor. Esta cláusula tem por objetivo diretamente a fixação de preços de revenda ao vender a outros concessionários e harmonizar, artificialmente, preços de venda e descontos entre territórios, assim, restringir ou falsear o preço concorrencial.<sup>139</sup>

- Nível máximo de desconto: a delimitação do preço de revenda pode ser implementada também através da imposição feita pelo fornecedor de desconto máximo na revenda do distribuidor.

No caso Yamaha, a Comissão Europeia também identificou essa forma de delimitação do preço de revenda:

(...) mesmo que a carta-circular não descarta totalmente os descontos, é estritamente proibido qualquer desconto acima de 15%. Isto também constitui uma restrição na capacidade do vendedor de determinar os seus preços de venda. Esta prática tem objetivo de fixar o nível máximo de desconto e, como consequência, o nível mínimo de preço de revenda, assim, restringindo ou falseando a concorrência de preços. A Comissão reconheceu que a delimitação de preço de revenda pode igualmente ser alcançada através de meios indiretos, como a fixação do nível máximo de descontos que o distribuidor pode conceder a partir de um preço prescrito. Se a Yamaha proíbe descontos acima de 15%, então em realidade não existe obrigação de respeitar um preço mínimo, os preços recomendados menos 15%.<sup>140</sup>

No mesmo sentido, a Comissão Europeia, no XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência, na nota 228, menciona que o grupo Rover, no mercado do Reino Unido, limitou o nível do desconto a qualquer cliente em relação a alguns de seus modelos. Entretanto, a margem normal de 15% continuava a ser concedida aos distribuidores autorizados do grupo Rover, mas outra margem suplementar de 2% (resultante do cumprimento das normas de distribuição) não era paga no caso de o distribuidor conceder descontos superiores a um determinado nível. Essa prática constituía uma violação flagrante

<sup>139</sup> “The distribution contract for oboes and bassoons stated that the sale price to other dealers will be calculated as follows: Your purchasing price x 1,0877 = net purchasing price distributor (recitals 81-82). This clause has the object of directly fixing resale prices when selling to other dealers and of artificially harmonizing selling prices and discounts between territories, thereby restricting or distorting price competition” (Tradução livre).

<sup>140</sup> Caso COMP/37.975 PO/Yamaha

das regras de concorrência comunitárias, uma vez que restringia a concorrência no âmbito dos preços entre os distribuidores.

A direção da Rover acabou com essa prática, e na sequência notificou voluntariamente as alterações introduzidas ao Serviço de Defesa da Concorrência do Reino Unido e posteriormente à Comissão. A fim de sanar a situação, a Rover informou a seus distribuidores que a política de descontos anteriormente seguida tinha sido abandonada. Por outro lado, o Grupo Rover comprometeu-se a pagar aos distribuidores qualquer margem que lhes tivesse sido retirada.<sup>141</sup>

- Benefícios financeiros condicionados ao cumprimento de níveis fixos de preço de revenda: a delimitação do preço de revenda pode assumir a forma de garantia de certos benefícios financeiros, na condição de respeito de um determinado nível dos preços de revenda.

No caso AEG-Telefunken, a Comissão entendeu que com a atitude desta empresa de determinar os preços de revenda para os seus distribuidores durante um determinado período, determinando ainda o cumprimento de algumas metas, estes ganhariam a liberdade de estipular seu preço livremente, dentro de um parâmetro previamente estabelecido pela AEG-Telefunken, o que caracterizava a restrição vertical da delimitação do preço de revenda.<sup>142</sup>

- Sanção: A imposição de sanções em caso de não seguir um preço estabelecido pelo fornecedor é analisada como fixação do preço de revenda.

Nesse sentido, para esses doutrinadores, o preço sugerido, caso seja utilizado com a determinação do fornecedor ou por acordo entre as partes de segui-lo, se caracterizará como delimitação de preço de revenda em sua forma indireta.

A Comissão Europeia, no caso Volkswagen AG (2001), decidiu essa questão:

O objectivo declarado das três circulares da Volkswagen AG e das advertências aos concessionários era assegurar que todos os concessionários Volkswagen alemães não se afastassem significativamente dos preços recomendados. As medidas da

---

<sup>141</sup> Disponível em: <[http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM8294650](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM8294650)>. Acesso em: 16 de março de 2011.

<sup>142</sup> 82/267/EEC.

Volkswagen destinavam-se, portanto, a assegurar uma fixação dos preços de venda, ou seja, uma restrição da concorrência interna ao ramo em questão, no domínio dos preços. Trata-se conseqüentemente dum caso de fixação de preços na acepção da alínea a) do nº 1 do artigo 81.<sup>143</sup>

Entretanto, neste trabalho, analisaremos apenas a delimitação de preço de revenda em sua forma direta.

### 3.6. OS EFEITOS DA DELIMITAÇÃO DO PREÇO DE REVENDA

Conforme visto, o Direito da Concorrência se preocupa com os efeitos que um ato pode gerar no mercado, neste caso, especificamente, uma restrição vertical, qual seja, a delimitação do preço de revenda.

A análise dos efeitos da delimitação de preço de revenda é de suma importância, uma vez que sua interpretação deve levar em consideração os efeitos reais produzidos. A qualificação dos efeitos deve ter como base a utilidade, sendo o bom aquilo que traz prazer, e mau, o que causa dor.<sup>144</sup>

Para Jeremy Bentham, as leis devem ser analisadas de acordo com os efeitos reais que produzem. Leis boas ou justas seriam aquelas que ao serem aplicadas produzem efeitos bons e justos; enquanto que as leis ruins ou injustas seriam as que, ao serem postas em prática, causaria efeitos ruins ou injustos.<sup>145</sup>

O universalismo ético, ou o que se chama habitualmente utilitarismo, sustenta a posição segundo a qual o fim último é o maior bem geral – que um ato ou regra de ação é correto se, e somente se, conduz ou provavelmente conduzirá a conseguir-se, no universo como um todo, maior quantidade de bem relativamente ao mal do que qualquer outra alternativa; é errado o ato ou regra de ação quando isso não ocorrer; e é obrigatório, na hipótese de conduzir ou de provavelmente conduzir a obtenção no universo, da maior quantidade possível de bem sobre o mal.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> OJ L262/14.

<sup>144</sup> BENTHAM. *Os pensadores*, p. 65.

<sup>145</sup> SICHES. *Tratado general de filosofia del derecho*, p. 632.

<sup>146</sup> FRANKENA. *Ética*, p. 30-31.

Vários efeitos podem surgir. Assim, apontaremos tanto os efeitos positivos quanto os negativos que possíveis de acontecer e especificaremos qual modalidade da delimitação do preço de revenda poderá ocorrer em cada um desses efeitos.

### 3.6.1. EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

Considerando que a delimitação de preços de revenda tenha efeitos favoráveis, podemos também verificar que se produzem efeitos anticompetitivos. E é o que nos propomos a expor a seguir.

#### 3.6.1.1. Diminuição da concorrência intramarca

A diminuição da concorrência intramarca ocorre no mercado dos distribuidores, tendo em vista que a delimitação de preço de revenda atinge apenas os agentes econômicos que atuam sob a mesma marca.

Priscila Brólio Gonçalves afirma que a delimitação do preço de revenda elimina a concorrência entre os distribuidores da mesma marca, apontando que esse efeito é o mais lembrado pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>147</sup>

Entretanto, não visualizamos uma eliminação, mas sim uma diminuição da concorrência, haja vista que a competição entre os agentes econômicos não ocorre apenas pelo preço; conforme vimos, existe também a concorrência pelo não preço.

Ademais, a delimitação de preço de revenda não exclui a possibilidade de os agentes econômicos continuarem a concorrer pelo menor preço, conforme visto na decisão proferida pelo conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, no Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03, ao analisar a delimitação de preço máximo de revenda imposta através de intervenção estatal no mercado de medicamentos.

Ainda há a concorrência pelo não preço. Os agentes econômicos concorrem para fornecer um serviço pós e pré-venda melhor, um atendimento de qualidade, e, para atingir esses objetivos, têm que contratar pessoas qualificadas.

---

<sup>147</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição*: análise dos aspectos concorrenciais, p. 166-170.

A diminuição da concorrência em decorrência da delimitação do preço de revenda está entre os efeitos mais lembrados pela doutrina e pela jurisprudência.

No caso *Albrecht versus Herald Co.*,<sup>148</sup> a Suprema Corte Norte-Americana apontou os principais efeitos da delimitação do preço de revenda:

A delimitação do preço de revenda, uma prática que não ocorreu neste caso, diminui a concorrência intramarca horizontalmente. Os efeitos, preços altos, menos eficiência no uso dos recursos e uma vida mais fácil para os revendedores são os mesmos se a política de delimitação do preço tem a forma de uma colusão horizontal entre os revendedores ou de um acordo entre o fabricante e o fornecedor.<sup>149</sup>

A impossibilidade de repasse para os adquirentes de ganhos de eficiência do distribuidor é uma consequência dessa delimitação, e, com essa restrição vertical, há uma clara acomodação dos distribuidores e não haverá inovação, fato que prejudica sobremaneira o avanço tecnológico.

Ademais, há diferenças concretas entre cada um dos distribuidores, em relação a custos, clientes, publicidade, relação empregatícia, investimentos em qualificação de pessoal, etc., bem como à estrutura tecnológica de cada uma das empresas.

Quando ocorre a delimitação do preço de revenda, no entanto, essas desigualdades entre os distribuidores não são levadas em consideração e podem gerar distorções dentro do próprio mercado.<sup>150</sup>

A defesa diante da alegação de arrefecimento da concorrência intramarca é a de que a concorrência entremarcas aumentará, pois os distribuidores não se preocuparão mais com aquela forma concorrencial, e todos seus esforços serão direcionados para competir com a outra marca atuante no mercado. Essa alegação somente poderá ser feita se estivermos diante de um mercado não concentrado, ou seja, em que há concorrência entre diversas marcas.

---

<sup>148</sup>390 U.S. 145 (1968).

<sup>149</sup> “Resale price maintenance, a practice not involved here, lessens horizontal intrabrand competition. The effects, higher prices, less efficient use of resources, and an easier life for the resellers, are the same whether the price maintenance policy takes the form of a horizontal conspiracy among resellers or of vertical dictation by a manufacturer plus reseller acquiescence” (Tradução livre).

<sup>150</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição*: análise dos aspectos concorrenciais, p. 166-167.

As Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia também apontam essa situação:

Em um mercado onde os distribuidores individuais distribuem a marca ou marcas de apenas um fornecedor, uma redução da concorrência entre os distribuidores da mesma marca provocará uma redução da concorrência intramarca entre esses distribuidores, mas não poderá ter um efeito negativo na concorrência entre os distribuidores na generalidade. Neste caso, se a concorrência entremarcas for intensa, é pouco provável que uma redução da concorrência intramarca tenha efeitos negativos para os consumidores.<sup>151</sup>

Mesmo nos casos de delimitação de preço fixo de revenda, os distribuidores não deixam de investir na concorrência intramarca. Essa forma concorrencial continuará existindo, mas não haverá a disputa pelo menor preço, e sim pelo melhor serviço. Caso o mercado em questão não seja concentrado, além da disputa interna, ainda haverá a concorrência entremarcas, em que os distribuidores concorreram tanto em relação ao preço quanto em relação ao não preço.

Dessa forma, podemos afirmar que na delimitação de preço de revenda não ocorre uma eliminação da concorrência pelo preço no mercado intramarca.

### 3.6.1.2. Possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores

Com relação a essa questão, existe a possibilidade de cartelização em cada uma das formas da delimitação do preço de revenda.

Primeiramente, quando há a delimitação de preço mínimo de revenda. Esta é uma forma muito segura de monitorar os preços, pois evita que alguém traia o acordo e impede que qualquer tipo de pressão externa reduza o preço.

O cartel tem um “calcanhar de Aquiles”, qual seja, a vontade de seus participantes em traí-lo.

---

<sup>151</sup>“Sur un marché où des distributeurs individuels distribuent la ou les marques d’un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre distributeurs d’une même marque entraînera une réduction de la concurrence intramarque entre eux, mais peut ne pas avoir d’effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble. Dans un tel cas de figure, si la concurrence intermarques est rude, il est peu probable qu’une réduction de la concurrence intramarque ait des effets négatifs sur les consommateurs” (Item 102 do Regulamento. Tradução livre).

Procura-se aproveitar da fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável.<sup>152</sup>

Da mesma forma:

O cartel é um acordo muito instável entre as empresas participantes, uma vez que os agentes econômicos tendem naturalmente a traí-lo e, conseqüentemente, vendem os seus produtos ou os seus serviços mais baratos do que foram pactuados entre eles, reiniciando a concorrência que fora interrompida pelo acordo horizontal firmado. (...)

Tendo em vista a peculiaridade de cada empresa, a diferença do custo do produto ou do serviço haja vista a tecnologia de cada participante, e, sobretudo, a vontade de aumentar os lucros, acumulando, assim, riqueza, o cartel torna-se um acordo restritivo horizontal muito instável.<sup>153</sup>

A partir do momento que essa possibilidade de trair o cartel é reduzida, essa infração à ordem econômica torna-se atrativa para os fornecedores, pois os distribuidores não poderão reduzir seus preços abaixo daquele previamente determinado pelos titulares das marcas. Essa ineficiência também poderá ocorrer na fixação do preço de revenda.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) junto com o Banco Mundial afirmam que a delimitação do preço de revenda em sua forma de fixação também contribui para maior possibilidade de acontecimento de cartel no mercado dos fornecedores, uma vez que a uniformização dos preços no mercado dos distribuidores facilita o acesso às informações sobre os preços, podendo ocorrer a formação de cartéis tácitos de fornecedores, em mercados oligopolista, em que acordos explícitos são mais prováveis de serem identificados e punidos pelas órgãos concorrenciais.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup>FONSECA. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*, p. 306.

<sup>153</sup>CÓRDOVA; LOPES. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei nº 11.482/2007, p. 45-74.

<sup>154</sup>BANCO MUNDIAL; OCDE. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Washington-Paris, 1999. Disponível em: <[http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en\\_2649\\_34535\\_1916760\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html)>. Acesso em: 14 abr. 2011.

Roberto Pardolesi<sup>155</sup> critica esse posicionamento e afirma que os agentes econômicos que participam do cartel continuarão com a vontade de trair o pactuado, tendo em vista a vontade de sempre aumentar a participação no mercado. Para Pardolesi, a utilização da fixação do preço de revenda para cartelizar o mercado dos fornecedores não é aceitável, pois esse resultado também poderia ser obtido através de descontos aos distribuidores, em troca de aumento de esforços de vendas.

Outro estudioso que combate veementemente essa alegação de possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores por meio da fixação do preço de revenda é Robert Bork, que afirma que por dois motivos esse efeito não irá ocorrer: primeiro, a cartelização é mais difícil porque os produtos não são facilmente comparáveis, gerando dificuldade para a combinação de preço ou qualquer outro tipo de acordo. Segundo, a delimitação do preço de revenda não elimina por completo a vontade do distribuidor de ofertar produtos abaixo do preço assim como trair o cartel.<sup>156</sup> E continua o autor norte-americano:

Mas ainda há outra desvantagem para utilizar a delimitação do preço de revenda como ferramenta do cartel dos fornecedores – o custo. Uma vez que os estabelecimentos terão custos diferentes de operação, delimitação do preço de revenda apresenta ineficiências graves. O acordo sobre os preços de revenda terá de ter em conta as eficiências diferentes de vários agentes econômicos, as diferenças nos produtos e as condições de comercialização em constante mudança. Os custos para os fornecedores irão aumentar não em relação ao tempo e ao esforço dedicados à colusão, mas também da perda de eficiência do distribuidor, já que as vendas são, hipoteticamente, sujeitas às restrições do preço artificial que todos os fornecedores escolheram como forma de eficiência distributiva.

Finalmente, em alguns casos de acordo entre os fornecedores para utilizar a delimitação do preço de revenda como um dispositivo de política para um cartel, não deve ser difícil para as autoridades antitruste detectar. De fato, a presença de um padrão de todo nas empresas na delimitação do preço de revenda deve, como no caso do cartel no mercado dos distribuidores, atrair a atenção do governo e facilitar a descoberta do cartel dos fornecedores. A necessidade de coordenar as diferentes políticas do fornecedor com relação do preço

---

<sup>155</sup> PARDOLESI. *I contratti di distribuzione*, p. 39-40.

<sup>156</sup> Nas palavras do autor: “When outlets are specialized by brand, moreover, there exists a good deal of product differentiation. Two things are true of such cases. First, cartelization is more difficult because the products are not easily compared, resulting in difficulties in agreeing on price and other terms. Second, resale price maintenance would be used by the outlets to offer consumers other terms, services, and sales and promotional effort” (BORK. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, p. 293).

de revenda vai produzir muitas provas do cartel. Outro sinal seria qualquer tentativa do fornecedor para evitar a concorrência pelo não preço, uma vez que o uso legítimo da delimitação do preço de revenda é obter tais esforços do distribuidor.<sup>157</sup>

### 3.6.1.3. Possibilidade de cartelização no mercado dos distribuidores

Conforme visto, a delimitação do preço de revenda diminui a concorrência no mercado do distribuidor, contudo, essa diminuição refere-se, apenas, à concorrência pelo preço. A concorrência pelo não preço continuará existindo.

Segundo Paulo Márcio Reis Santos, “o cartel constitui um acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço, buscando o aumento dos lucros, mediante a adoção de condutas uniformes, principalmente em matéria de preços”.<sup>158</sup> Lembra, ainda, o ex-conselheiro do CADE, Ruy Santacruz, que “outras variáveis de mercado também podem ser consideradas cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc.”.<sup>159</sup>

A dificuldade para constituir um cartel é o consenso entre seus participantes para estipular o preço que será seguido por eles, haja vista as peculiaridades de cada um dos agentes econômicos.

Porém, na delimitação do preço de revenda, principalmente na fixação, a estipulação do preço deixa de ser um problema, e o acordo para realizar um cartel é único e exclusivamente nas questões da concorrência pelo não preço, o que facilita o conluio.

---

<sup>157</sup> “But there is still another disadvantage to resale price maintenance as a tool of a manufacturer cartel – its cost. Since the outlets will have differing costs of operation, resale price maintenance will presents serious inefficiencies. The agreement on resale prices will have to take account of the differing efficiencies of the various outlets, the differences in products, and constantly changing marketing conditions. The costs to the manufacturers will arise not only from the time and effort devoted to the constant operation of the machinery of this detecting device but also from the loss of reseller efficiency, since the outlets are, by hypothesis, subjected to artificial price constraints that the manufacturers would not individually have chosen as means to distributive efficiency. Finally, if some cases of manufacturer agreement to use resale price maintenance as a policy device for a manufacturer cartel do arise, they should not be difficult for antitrust enforcement agencies to detect. In fact, the presence of an industry-wide pattern of resale price maintenance should, as in the case of the dealer cartel, attract government attention and make easier the discovery of the basic manufacturer cartel. The need to coordinate the various manufacturer’s policies with respect to resale price will produce additional evidence of cartelization. Another telltale sign would be any manufacturer’s attempt to discourage competition on terms other than price, since the legitimate use of resale price maintenance is to obtain just such reseller efforts” (BORK. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, p. 294. Tradução livre).

<sup>158</sup> SANTOS. *Análise do cartel das produtoras de papelões na Comunidade Europeia*, p. 14.

<sup>159</sup> Trecho de voto proferido por Ruy Santacruz, em julgamento do processo administrativo nº. 08000.045337/97-48.

Ademais, o cartel no mercado dos distribuidores pode ser facilmente policiado pelo fornecedor, evitando que aqueles tenham contato direto entre si. O fornecedor tem interesse no cartel e na ausência de concorrência entre seus distribuidores para que não ocorra uma “guerra de preços” ou uma concorrência predatória que poderia desprestigiar o produto na visão do adquirente. A OCDE elaborou um relatório sobre a delimitação do preço de revenda e abordou essa questão:

A explicação anticoncorrencial mais comum, que a Suprema Corte reconheceu em sua decisão no caso *Dr. Miles*, é que a fixação vertical dos preços facilita cartéis seja no mercado do atacado ou no varejo, fornecendo um mecanismo de defesa da concorrência, em que os distribuidores não fiscalizam, eles próprios, o cartel. Os defensores dessa opinião alegam que alguns distribuidores muitas vezes, no passado, através de grupos empresariais, têm pressionado os fornecedores para instituir uma delimitação do preço de revenda e agir como executor do cartel. O resultado é um cartel mais estável e durável do que puramente um arranjo horizontal.<sup>160</sup>

Entretanto, existem objeções em relação a essa questão. O próprio fornecedor não tem interesse em que ocorra a cartelização no mercado dos distribuidores, visto que uma consequência lógica de um mercado cartelizado é o aumento do preço e, conseqüentemente, a queda das vendas. Ao ocorrer a diminuição das vendas, o distribuidor adquirirá menos do fornecedor, prejudicando sobremaneira sua atividade.<sup>161</sup>

Roberto Pardolesi tem o mesmo posicionamento: dado que os fornecedores não terão os lucros que os distribuidores auferirão com o cartel, muito pelo contrário, poderão, inclusive, sofrer perdas, assim, os fornecedores terão grande interesse em acabar com o cartel, podendo, até mesmo, denunciar a infração para as autoridades concorrenciais.<sup>162</sup>

Segundo Robert Bork, um cartel no mercado dos distribuidores, ocorrido devido à delimitação pelo preço de revenda, seria facilmente identificado pelas autoridades concorrenciais.

---

<sup>160</sup> “The most common anticompetitive explanation, which the Supreme Court initially recognised in its *Dr. Miles* decision, is that vertical price fixing facilitates dealer cartels, either at the retail or wholesale level, by providing a cartel enforcement mechanism where dealers cannot police the agreement themselves. Proponents of this theory point to evidence that some dealers in the past, often through trade groups, have pressured manufacturers to institute resale price maintenance and act as the enforcer of the dealer cartel. The result is a more stable and durable cartel than a purely horizontal arrangement” (*Resale Price Maintenance: Competition Policy Roundtables*, p. 105. Tradução livre).

<sup>161</sup> MATTOS. Fixação de preço de revenda (*resale-pricemaintenance-FPR*): elementos para um roteiro de investigação, p. 34.

<sup>162</sup> PARDOLESI. *I contratti di distribuzione*, p.48-49.

Além disso, as autoridades não devem ter dificuldades em descobrir estes acordos horizontais. Primeiro, se as restrições impostas pelo fornecedor são lícitas, qualquer acordo disfarçado poderia presumir como um acordo horizontal e ilegal. Em segundo lugar, a atenção pode ser direcionada para os fornecedores uma vez que a produção será objeto da restrição. Uma restrição imposta pelo fornecedor faria sentido econômico, mesmo que nenhum outro fornecedor utilize o mesmo método, mas um cartel no mercado dos distribuidores deve existir o controle da grande maioria dos fornecedores, a fim de restringir a produção. Esse fato reduz consideravelmente o leque de opções que as autoridades devem fiscalizar. Em terceiro lugar, os fornecedores serão forçados, muitas vezes, a se queixarem perante as autoridades. Em quarto lugar, os cartéis dos distribuidores são muito fáceis de detectar, pois o grande número e o interesse de envolvidos fazem tais acordos notoriamente difíceis de organizar, administrar e policiar. Observando alguns cartéis, estes mostram a necessidade de reuniões abertas, conversas mais ríspidas, anúncios e notícias nos jornais do comércio, as queixas dos distribuidores dissidentes e assim por diante. Os cartéis dos distribuidores tendem a ser tão visíveis que eles são difíceis para uma autoridade concorrencial não descobrir. Com o grande número de pessoas envolvidas, será normalmente fácil encontrar alguém disposto a descrever a infração. Infrações são muito difíceis de executar e é impossível administrar sem deixar rastros. Uma vez iniciada uma investigação, o medo da lei garante a cooperação das testemunhas.<sup>163</sup>

Entretanto, caso os distribuidores tenham maior poder de barganha diante do fornecedor, a cartelização do mercado seria mais provável, porém, isso não exclui ainda a diferenciação dos produtos, bem como os métodos que cada fornecedor utiliza em sua distribuição.

---

<sup>163</sup> “Moreover, the enforcement authorities should have no difficulty in detecting those restraints that are really horizontal. First, if manufacturer-imposed restraints were lawful, any disguised agreement could be presumed horizontal and unlawful. Second, attention could be directed to those industries in which almost all of the output was subject to seemingly vertical restraints. A manufacturer-imposed restraints would make economic sense even if no other manufacturer employed the same method, but a reseller cartel must control at least a large majority of industry sales in order to restrict output. This fact would considerably narrow the range of restraints the enforcement agencies must scrutinize. Third, coerced manufacturers will often complain to the enforcement agencies. Fourth, reseller cartels are very easy to detect because the large numbers and disparate interests involved make such cartels notoriously difficult to organize, administer, and police. Observation of some such cartels shows the necessity for open meetings, fight talks, advertisements and stories in trade papers, complaints by dissidents resellers, and so forth. Reseller cartels tend to be so visible that they are hard for an enforcement agency to miss. The large numbers involved also mean that an investigation will usually turn up a paper record of the conspiracy and will always locate some persons willing to describe it. Conspiracies are very difficult to run and impossible to administer without leaving a trail. Once an investigation begins, fear of the law ensures cooperative witnesses” (BORK. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, p. 292. Tradução livre).

Mas é bom lembrar que, se estivermos diante de um mercado concentrado, em relação aos distribuidores, essa questão da diferenciação do produto não existirá, pois serão comercializados os mesmos bens.

#### 3.6.1.4. Aumento unilateral do poder de mercado do fornecedor

A delimitação do preço de revenda pode ocasionar o aumento unilateral do poder de mercado do fornecedor, quando estivermos diante da delimitação de preço máximo de revenda. Em duas hipóteses, essa ineficiência pode ocorrer.<sup>164</sup>

Na primeira hipótese, o fornecedor adota o preço máximo predatório, ou seja, vende seu produto ao distribuidor a um preço abaixo do custo marginal ou médio. Assim, através da delimitação do preço máximo de revenda, o distribuidor garante que essa redução seja passada ao adquirente.

Assim, a hipotética empresa predadora vende o produto a preços abaixo dos seus custos aos revendedores e usa seu poder de mercado, fixando um preço máximo de revenda, com o objetivo de forçá-los a seguir sua política agressiva de preços.<sup>165</sup>

Ousamos discordar. A possibilidade da utilização do preço predatório<sup>166</sup> ocorre em remotas situações. O fornecedor, obrigatoriamente, deve ter um grande poder de mercado, para suportar o tempo que permanecerá vendendo seu produto abaixo do custo marginal ou médio, e esperar todo esse tempo até seu concorrente sair do mercado.

Contudo, em seguida, aumentará o preço em um valor acima do limite concorrencial, prejudicando o bem-estar social e tornando o adquirente insatisfeito.

---

<sup>164</sup> MATTOS. Fixação de preço de revenda (*resale price maintenance-RPM*): elementos para um roteiro de investigação, p. 44-45.

<sup>165</sup> MATTOS. Fixação de preço de revenda (*resale price maintenance-RPM*): elementos para um roteiro de investigação, p. 44.

<sup>166</sup>Sobre o preço predatório, Richard Whish (*Competition Law*, p. 703) leciona: “The idea of predatory price-cutting is simple enough: that a dominant firm that has been charging for its products supra-competitively reduces prices to a loss-making level when faced with competition from an existing competitor or a new entrant to the Market; the existing competitor having been disciplined, or the new entrant having been fended off, the dominant firm then raises its prices again, accumulating further profits until the next wave of attacks”.

Em mercados em que o adquirente está insatisfeito, principalmente em relação ao preço e se este estiver acima dos patamares normais, a possibilidade da entrada de um novo agente econômico é grande. E, caso isso ocorra, esse novo concorrente venderia seus produtos no nível de mercado, prejudicando sobremaneira a empresa que praticou o preço predatório, pois teria que reduzir seu preço para o nível concorrencial.

A segunda hipótese, levantada por Cesar Mattos, ocorre quando o fornecedor pretende incorporar a distribuição. Haveria uma delimitação do preço máximo de revenda em patamar inferior ao valor que os distribuidores adquirem o produto. O fornecedor eliminaria o distribuidor através da delimitação de preço máximo de revenda abusiva. Assim, poderia fazer sua própria distribuição, ou seja, seria formalizada a integração vertical. Diante dessa situação, o poder de mercado do fornecedor aumentaria unilateralmente. Essa hipótese somente é possível caso o fornecedor tenha enorme poder de mercado, e o distribuidor não detenha nenhum.

Essa questão apresenta, contudo, alguns outros aspectos que exigem a atenção do estudioso. Primeiramente, a hipótese de utilizar a delimitação do preço de revenda para sair da distribuição indireta e ir para a direta é extremamente arriscada, uma vez que o distribuidor jamais a aceitaria voluntariamente, pois esta restrição acarretaria grandes prejuízos.

Portanto, o distribuidor questionaria perante o Poder Judiciário essa restrição vertical, que pode, inclusive, ser levada ao CADE, gerando a possibilidade de o fornecedor ser condenado de forma incisiva. Além do mais, ele arcaria com os custos que uma demanda judicial ou administrativa acarreta.

Existem outras maneiras que, com menos risco e custo, atingem o mesmo objetivo. Por exemplo: a recusa de venda ou até a aquisição do distribuidor pelo fornecedor. Todas essas hipóteses somente serão possíveis caso o fornecedor tenha poder de mercado significativamente maior que o distribuidor.

### 3.6.2.5. Aumento das barreiras à entrada

As barreiras à entrada<sup>167</sup> são obstáculos encontrados por novos agentes econômicos que têm pretensão de adentrar em um determinado mercado. Essas barreiras podem ser inerentes ao próprio mercado, chamadas de “barreiras à entrada naturais”, por exemplo, o próprio comportamento do consumidor pode gerar tal barreira, como verificado pelo CADE no caso Nestlé/Garoto, em que a fidelidade do consumidor à marca foi considerada uma dificuldade que o agente econômico tem que superar para atingir uma parcela do mercado.<sup>168</sup>

Outra forma de barreiras à entrada são aquelas criadas pelos agentes econômicos que atuam no mercado relevante para impedir a inserção de novos concorrentes; estas são denominadas “barreiras à entrada artificiais”.

Devemos analisar a questão do aumento da barreira à entrada tanto no mercado do fornecedor quanto no do distribuidor.

A utilização da delimitação do preço como forma de aumentar as barreiras à entrada no mercado do fornecedor está associada à ideia da integração vertical. Vimos no item 3.6.1.4 que a delimitação do preço de revenda pode ser utilizada de forma predatória para aniquilar o distribuidor, e o fornecedor passa a fazer sua própria distribuição, ocorrendo a integração vertical e um aumento unilateral do poder de mercado.

Porém, apesar de essa integração vertical gerar um aumento unilateral do poder de mercado, também poderá ocorrer aumento das barreiras à entrada, pois o acesso de concorrentes às fontes de insumo ou de distribuição pode ser dificultado, o que atrapalha o acesso de novos agentes econômicos no mercado do fornecedor.

Atingida a integração vertical, esta pode ser utilizada como barreira à entrada e impedir que concorrentes tenham acesso aos insumos e aos meios de escoamento da produção.

---

<sup>167</sup> Alison Jones e Brenda Sufrin entendem que as barreiras à entrada devem ser compreendidas tanto em relação ao impedimento de entrada de um novo concorrente quanto à expansão de um concorrente, ou seja, seu crescimento no mercado (JONES; SUFRIN. *EC Competition Law*, p. 84-85).

<sup>168</sup> Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Nas palavras do relator, o conselheiro Thompson Andrade: “outra barreira diz respeito aos segredos industriais que encerram fórmulas para se obter sabores, texturas e outras características dos chocolates adaptadas aos gostos dos consumidores. Esta barreira se manifesta quando as entrantes lançam seus produtos e têm dificuldades para conquistar parcelas do mercado em razão da fidelidade do consumidor às características intrínsecas do chocolate, incluindo o seu formato, sabor, ingredientes, modos de composição de diferentes ingredientes num só produto, etc.”

Com relação ao aumento das barreiras à entrada no mercado dos distribuidores, este poderá ocorrer de duas formas. A primeira poderá ocorrer da mesma forma que no mercado do fornecedor, ou seja, através da integração vertical, que impede o acesso de novos distribuidores, uma vez que o próprio fornecedor fará sua distribuição.

Essa possível ineficiência gerada pela delimitação de preço de revenda, qual seja, aumento das barreiras à entrada, somente ocorrerá se existir apenas um fornecedor ou caso haja mais agentes econômicos, e estes também adotem a integração vertical. Caso contrário, haverá a possibilidade de novos agentes econômicos distribuírem os produtos de outras marcas, mas, mesmo assim, as barreiras à entrada aumentarão, mesmo que forma moderada, visto que uma marca não poderá ser distribuída.

A segunda hipótese ocorre em caso de utilização da delimitação do preço de revenda para cartelizar o mercado dos distribuidores. Uma das consequências de um mercado cartelizado é a barreira à entrada criada por seus participantes que impedem que outros agentes econômicos venham concorrer no mercado.

Nas duas hipóteses, constatamos que o aumento das barreiras à entrada não ocorre de forma isolada, esta possível ineficiência somente será uma consequência da integração vertical ou do cartel.

### 3.6.2. EFEITOS PRÓ-COMPETITIVOS

#### 3.6.2.1. Eliminação da dupla marginalização

Todo agente econômico que detém poder de mercado aumentará o preço de seu produto para maximizar seu lucro. Assim, o fornecedor que detém poder de mercado, ao vender seu produto ao distribuidor, irá elevar sua margem de lucro. No mesmo sentido, o distribuidor, caso tenha poder de mercado, também irá maximizar seus lucros, beneficiando-se de margens elevadas no preço final de revenda.

Assim, nesse caso específico, estaremos diante de dois agentes econômicos, que, devido ao poder de mercado de ambos, irão se beneficiar de margens de lucro elevadas, o que ocasiona o problema da dupla marginalização.

Caso ocorra a delimitação do preço máximo de revenda, esse problema poderá ser eliminado. Essa eficiência somente ocorre na delimitação do preço máximo de revenda, conforme explicam Valentine Korah e Denis O'Sullivan:

Onde há algum poder de mercado, e o fornecedor vende para um comerciante, prometendo um território exclusivo, ao seu preço de maximização do lucro, o distribuidor pode tomar isso como um custo fixo e vender no preço referente à sua maximização do lucro. (...) A delimitação do preço máximo de revenda reduz a possibilidade de o distribuidor acrescentar uma outra margem monopolística no preço. Esse argumento, entretanto, não justifica a delimitação do preço de revenda fixo ou mínimo.<sup>169</sup>

O problema da dupla marginalização ocorre, portanto, quando há poder de mercado nos dois níveis, quais sejam, o do fornecedor e o do distribuidor, pois, caso contrário, estes não poderão maximizar o preço do produto livremente, uma vez que haverá concorrência que, obrigatoriamente, reduzirá o preço.

O problema da dupla marginalização não ocorre em todas as relações que envolvem fornecedor e distribuidor, conforme aponta Priscila Brólio Gonçalves:

Nas relações entre fornecedores e distribuidores, de quatro situações possíveis, em apenas uma delas existe o problema da dupla marginalização. A primeira situação refere-se à existência de competitividade em ambos os mercados de fornecimento e distribuição. Nesse ambiente, o fornecedor e os distribuidores cobrarão preços razoáveis, pois qualquer aumento de preços poderá significar perda das vendas para os respectivos concorrentes, não existindo a preocupação com relação a margens duplas. Na segunda situação, o fornecedor detém poder no mercado em que atua, mas o mercado dos distribuidores é competitivo, de modo que, ainda que o fornecedor cobre os maiores preços possíveis dos distribuidores, estes não terão condições de cobrar preços elevados de seus clientes, pois perderão vendas para os distribuidores concorrentes. Aqui também não há lugar para margens duplas. Na terceira situação, os distribuidores é que são detentores de poder de mercado, enquanto que o fornecedor opera em um ambiente competitivo. Nesse caso, a

---

<sup>169</sup> “Where there is some market power, and the supplier sells to a dealer promised an exclusive territory at its profit maximizing price, the dealer may take that as a fixed cost and sell at its profit maximizing price. (...). Maximum RPM may reduce the dealer's possibility of adding another monopoly margin. This argument, however, does not justify fixed or minimum RPM” (KORAH; O’SULLIVAN. *Distribution Agreements under EC Competition Rules*, p. 37. Tradução livre).

situação se inverte: os distribuidores poderão aumentar as suas margens de lucro ao vender os produtos aos seus clientes; porém, obterão os menores preços possíveis na compra dos produtos aos fornecedores. Assim como ocorre na segunda situação, não existem margens duplas. Na última situação, ambos fornecedores e distribuidores são detentores de poder de mercado e, conseqüentemente, beneficiam-se de margens elevadas, originando o problema da dupla marginalização.<sup>170</sup>

A dupla marginalização também pode ser alcançada de outra forma, através de outra restrição vertical: o fornecedor quando impõe quantidades mínimas para ser adquirida pelo distribuidor.<sup>171</sup>

### 3.6.2.2. Melhoria dos serviços pós e pré-venda (concorrência pelo não preço)

Conforme informado, uma das conseqüências negativas da delimitação do preço de revenda é a diminuição da concorrência pelo preço. Haverá, porém, um incremento da concorrência pelo não preço.

Essa eficiência é mais comum na fixação e na delimitação do preço mínimo de revenda, mas também ela pode ocorrer nas demais formas.

A concorrência pelo não preço ocorre quando os agentes econômicos disputam o mercado através de um melhor serviço de atendimento, ou seja, funcionários qualificados, publicidade, infraestrutura, entrega eficiente dos produtos, serviços de manutenção, etc.

A partir do momento que o fornecedor delimitar o preço de revenda, a concorrência pelo preço entre os distribuidores fica prejudicada. Porém, a ambição de aumentar as vendas e,

---

<sup>170</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 187.

<sup>171</sup> No mesmo sentido Simon Bishop e Mike Walker: “The pro-competitive nature of vertical restraints can be illustrated with reference to the so-called double marginalization problem. Suppose that both firms in a vertical relationship have market power. The upstream firm will set his wholesalers price above the marginal cost of production and the downstream will set price above his input price. The result is that the retail level price is marked up over the marginal cost could increase not only the upstream firm’s product. Given the wholesaler price that he sets, the upstream firm would prefer the downstream firm not to add another mark up as this lowers the demand for the product and hence the upstream firm’s profits. In this situation a vertical restraints imposed by the upstream firm marking up over marginal cost could increase not only the upstream firm’s profits, but also consumer welfare. There are two vertical restraints that could be used in this case. The upstream firm could impose the restraint that the downstream firm was not able to price above his marginal cost (a maximum price cap). Or he could impose the restraint that the downstream firm had to buy a certain given number of units from the upstream firm where the number of units was set equal to the level that would push the retail price down to the downstream firm’s marginal cost” (BISHOP; WALKER. *The Economics of EC Competition Law: Concepts Application and Measurements*, p. 159).

consequentemente, os lucros e a participação no mercado permanece inalterada. Assim, para atingir esses objetivos, os distribuidores terão que diferenciar sua empresa das demais. Tendo em vista que a delimitação de preço de revenda, adotada pelo fornecedor, impede a concorrência pelo preço, a única forma que o distribuidor encontra para que o adquirente opte por sua empresa é incrementar a concorrência pelo não preço.

O fornecedor pode utilizar a delimitação do preço de revenda para melhorar a prestação do serviço no mercado do distribuidor, tendo em vista o incremento na concorrência pelo não preço que essa restrição vertical ocasiona.

Caso o fornecedor verifique que os serviços prestados junto aos adquirentes do distribuidor não são prestados de forma adequada, ou simplesmente com o intuito de melhorar os serviços pós e pré-venda, aquele poderá adotar a delimitação de preço de revenda com essa finalidade.

W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon, ao analisarem um mercado regulado, abordam a questão da concorrência pelo preço e pelo não preço:

O ponto fundamental a ser feito é que, enquanto a regulação limita alguns caminhos pelos quais as empresas concorrem, é difícil restringir todas as avenidas. Em seus esforços para maximizar os lucros, as empresas irão transferir todas as atividades para as avenidas que estão sem impedimento pela regulação. No caso da regulação de preços, as empresas vão concorrer mais intensamente por meio de métodos de não preço, como qualidade do produto e publicidade. Do ponto de vista de uma empresa, tal comportamento é susceptível de conduzir a uma excessiva concorrência pelo não preço.<sup>172</sup>

Nessa questão, a concentração do mercado não interfere, ou seja, a diminuta concorrência entremarcas não atrapalha essa eficiência, desde que haja concorrência intramarca.

A melhora da concorrência pelo não preço está intimamente ligada com a eliminação do *free rider*.

---

<sup>172</sup> “The basic point to be made is that while regulation limits some avenues through which firms compete, it is difficult to restrict all avenues. In their efforts to maximize profits, firms will shift their activities to those avenues that are unimpeded by regulation. In the case of price regulation, firms will compete more intensively through nonprice methods such as product quality and advertising. From a firm’s perspective, such behavior is likely to result in excessive nonprice competition” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON. *Economics Regulation and Antitrust*, p. 566. Tradução livre).

### 3.6.2.3. Eliminação do problema *free rider*

O problema do *free rider*<sup>173</sup> ocorre quando um agente econômico se beneficia, sem nenhum esforço, de investimentos feitos por outro agente econômico.

As Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia conceitua o *free rider* da seguinte forma:

O problema do parasitismo: um distribuidor pode aproveitar-se das atividades de outro distribuidor, beneficiando-se gratuitamente dos esforços de promoção desse último. Este tipo de problema é mais comum a nível grossista e retalhista.<sup>174</sup>

Externalidades são geradas pelas atividades de produção ou de consumo exercidas por um agente econômico e que atingem os demais agentes. Portanto, externalidades referem-se ao impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dessa decisão.

A externalidade pode ser tanto negativa quanto positiva. Será considerada negativa quando gerar custos para os demais agentes. Por exemplo; uma fábrica que polui o ar afeta diretamente a comunidade próxima. Poderá ser positiva quando os demais agentes econômicos, involuntariamente, se beneficiam de um esforço feito por outro agente econômico. A questão do *free rider* é, para a Economia, uma externalidade positiva.

Dependendo do caso, a externalidade positiva poderá gerar tanto benefícios quanto malefícios.

A externalidade positiva gerará benefícios nos casos de investimento estatal, por exemplo, na área da saúde; a população será beneficiada por um investimento feito pelo Estado.

Entretanto, a externalidade positiva também poderá gerar malefícios como no caso do *free rider*, em que este se beneficia dos investimentos realizados por outro agente econômico.

W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon explicam a questão do *free rider*:

<sup>173</sup>O *free rider* também pode ser denominado “caroneiro” ou “parasitismo”.

<sup>174</sup>“Le ‘problème du parasitisme’: un distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d’un autre distributeur. Ce type de problème est le plus fréquent au niveau du commerce de gros et de détail” (item 107, alínea “a” do Regulamento. Tradução livre).

Imagine o mercado de computadores. Antes de comprar um computador da Apple, o consumidor gostaria de aprender o máximo possível sobre o produto. Uma loja de computadores de varejo que vende Apple é ideal – o consumidor pode consultar com vendedores tecnicamente treinados e operar o computador. Em seguida, no entanto, o consumidor opta por comprar a Apple através de uma loja que vende pelos correios que tem preços mais baixos para Apples porque não precisa fornecer espaço para demonstrações e vendedores treinados tecnicamente. Em outras palavras, as lojas por correio são *free riders* das lojas de informática do varejo. A preocupação do fornecedor é que os estabelecimentos de venda por correspondência podem tornar inviáveis as lojas de varejo que prestam serviço de informação que são necessárias para a Apple competir com a IBM e fornecedores de outros computadores.<sup>175</sup>

Priscila Brólio Gonçalves expõe que a realização de campanhas publicitárias realizadas pelo fornecedor de uma marca beneficia seus distribuidores, mesmo que estes não tenham contribuído, porém, gerará benefícios também para os produtos similares de outras marcas. Da mesma forma, quando alguns distribuidores de um produto realizam uma propaganda desse bem, todos os distribuidores se beneficiam, mesmo que não tenham custeado a campanha. Nesses dois casos, os agentes econômicos que auferiram vantagens sem ter ocorrido nos custos são considerados *free riders*.<sup>176</sup>

O *free rider*, contudo, pode causar grandes problemas não só para o distribuidor como também para o mercado e para o adquirente, incluindo o consumidor final, já que ele pode diminuir as vendas de um distribuidor e, conseqüentemente, este cessará seus investimentos em sua estrutura física e em melhor atendimento pré e pós-venda para o adquirente. Isso poderá prejudicar, inclusive, o fornecedor, pois o investimento feito pelo distribuidor em um melhor atendimento explica para o adquirente as vantagens do produto, o que é transformado em conhecimento no mercado.

---

<sup>175</sup> “Consider a personal computer. Before buying an Apple computer, the consumer would like to learn as much about it as possible. A retail computer store that sells Apples is ideal - the consumer can consult with technically trained salespersons and operate the computer. Then, however, the consumer might decide to purchase the Apple through a mail-order outlet that has lower prices for Apples because the outlet need not provide floor space for demonstrations and technically trained salesmen. In other words, the mail-order outlets are free-riding on the retail computer stores. The concern of the supplier is that the mail-order outlets may take it unprofitable for the retail stores to continue to provide the informational services that are necessary for Apple to compete against IBM and other computer suppliers” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON. *Economics Regulation and Antitrust*, p. 283. Tradução livre).

<sup>176</sup> GONÇALVES. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 190.

Para acabar com o problema que, em algumas situações, o *free rider* causa, o fornecedor pode fixar um preço de revenda ou delimitar um preço mínimo. Ao utilizar a delimitação do preço de revenda, principalmente, na fixação e no preço mínimo de revenda, o fornecedor incentiva a concorrência pelo não preço entre seus distribuidores e cessa com o problema do *free rider*.

Richard Posner explica:

Um fabricante pode impedir o *free rider* através da delimitação do preço mínimo de revenda, em um nível que gere lucros suficientes, acima do custo da distribuição para permitir que o distribuidor forneça os serviços que o fabricante deseja. Proibida a concorrência pelo preço, mas livres para competirem pelo serviço, cada distribuidor irá investir em serviços de pré-venda para atrair os consumidores longe de seus concorrentes.<sup>177</sup>

O *free rider* não ocorre em qualquer mercado, conforme demonstra Herbert Hovenkamp:

O problema do *free rider* é muito maior em alguns mercados do que em outros. Como resultado, a natureza do produto pode ajudar o tribunal a determinar se uma restrição específica foi realizada para combater o problema do *free rider* ou foi imposta por outra questão, talvez por uma razão anticoncorrencial. Problemas do *free rider* são maiores em “marca específica” de produtos – os produtos nos quais os clientes podem distinguir marcas do mesmo produto e não são indiferentes em relação a qual marca irá adquirir.<sup>178</sup>

O problema do *free rider* pode ser eliminado através de outras formas de restrição vertical, quais sejam, o acordo de exclusividade ou o de seletividade.

Novamente, as Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia expõem alguns requisitos necessários para a existência do *free rider*:

---

<sup>177</sup> “A manufacturer can prevent this free riding by fixing a minimum retail price at a level that generates enough revenue above the cost of barebones distribution to enable the retailer to provide the level of services that the manufacturer desires. Forbidden to compete in price but free to compete in service, each retailer will invest in presale services designed to lure the consumers away from rivals” (POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 308. Tradução livre).

<sup>178</sup> “Free rider is a much greater problem in some markets than it is in others. As a result, the nature of the product can help a court determine whether a particular restraints was designed to combat free rider problems, or was imposed for another, perhaps anticompetitive reason. Free rider problems are greater in ‘brand-specific’ products – products in which customers can distinguish brands of the same product and are not indifferent as to which brand they purchase” (HOVENKAMP. *Economics and Federal Antitrust Law*, p. 255-256. Tradução livre).

Para que constitua um problema, é necessário que o “parasitismo” seja real. O “parasitismo” entre compradores pode apenas ocorrer em serviços pré-venda e em outras atividades promocionais, mas não em serviços pós-venda, relativamente aos quais o distribuidor pode auferir lucros com os adquirentes individualmente. O produto, normalmente, necessita ser relativamente novo ou tecnicamente complexo, ou sua reputação deve constituir uma determinante fundamental da procura, uma vez que de outra forma o adquirente pode saber perfeitamente o que pretende a partir de compras anteriores. O produto deve também ter um valor razoavelmente elevado, uma vez que de outra forma não será atrativo para um adquirente deslocar-se a um estabelecimento para pedir informações e a outro para comprar. Por último, não pode ser praticável para o fornecedor impor contratualmente a todos os compradores obrigações efetivas de promoção ou de prestação de serviços.

O “parasitismo” entre fornecedores é igualmente limitado a situações específicas, nomeadamente nos casos em que a promoção se realiza nas instalações do comprador e é genérica, não específica de uma marca.<sup>179</sup>

A questão do *free rider* é muito debatida nos Estado Unidos e é alvo de críticas. Warren S. Grimes, ao criticar a Suprema Corte, entende que é dada muita ênfase para o *free rider* com o intuito de justificar uma restrição vertical, contudo, esse problema é pequeno. Ele não questiona as possíveis eficiências que uma restrição pode ocasionar no mercado; contudo, o argumento do *free rider* é fraco:

---

<sup>179</sup>“Pour qu’il y ait problème, il faut que le parasitisme soit réel. Le parasitisme entre acheteurs n’est possible que dans les services qui précèdent la vente (services prévente) et autres activités de promotion, mais non dans les services après-vente que le distributeur peut facturer individuellement à ses clients. Il faut généralement que le produit soit relativement nouveau ou techniquement complexe, ou que sa réputation joue un rôle majeur dans la demande, car autrement le client sait probablement très bien ce qu’il veut en se basant sur ses achats antérieurs. Le produit doit en outre avoir une certaine valeur, sans quoi il n’est pas intéressant pour un client de se rendre dans un magasin pour obtenir des renseignements avant d’aller dans un autre pour réaliser son achat. Enfin, le fournisseur ne doit pas avoir la possibilité en pratique d’imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion ou de service. Le parasitisme entre fournisseurs se limite également à certaines situations, à savoir lorsque la promotion se fait dans les locaux de l’acheteur et qu’elle est générique et non propre à une marque” (Tradução livre).

Phillip Areeda e Louis Kaplow (*Antitrust Analysis – Problems, Text and Cases*, p. 614) também restringem a aplicação do *free rider*: “If a significant fraction of consumers shop at the full-service outlet and purchase from a no-frills discounter, the manufacturer may find it difficult to induce dealers to offer such services. There is force to this argument, although free riding or other market failures need not impede effective distribution. As illustrated by parenthetical examples, unrestrained intrabrand competition does not lead to detrimental free riding when dealers provide no significant services (drug store selling toothpaste), the services they do provide (luxurious ambience) cannot be utilized by customers who patronize other dealers, the services are paid for separately (post-sale repair), the services provided are not brand specific (department store’s general reputation), the services can be provided directly by the manufacturer (much advertising), or a sufficient number of consumers patronize the dealers from whom they receive the service. When free rider is a serious problem, resale price maintenance offers one possible solution for the manufacturer because the discounter can no longer lure consumers from the full-service store by offering lower prices”.

O Tribunal deve corrigir esta questão. É improvável que o *free rider* seja um problema na maioria dos casos de restrição vertical. Há alguns ganhos de eficiência associados, em particular, com algum poder a jusante nas restrições verticais oferecendo incentivos para o investimento comercial na cadeia produtiva do fornecedor, e são esses ganhos de eficiência que devem ser o foco de justificação para as restrições.<sup>180</sup>

#### 3.6.2.4. Preservação da imagem do produto e da marca

Esse ponto é voltado mais para fixação do preço de revenda e a delimitação do preço máximo de revenda. O adquirente associa, muitas vezes, o preço do produto a sua qualidade, assim o fornecedor estipula um preço mínimo de revenda ou, até mesmo, fixa o preço de revenda para que o produto e, conseqüentemente, sua marca não desvalorizem.

Uma marca valorizada é de extrema importância, sendo almejada pelos agentes econômicos, conforme leciona Fabiano Teodoro de Rezende Lara:

Em um segmento de mercado no qual vários produtores competem, havendo pequenas variações de qualidade entre os produtos, a marca possibilita ao comprador a correlação entre o produtor e a qualidade do produto, para avaliação da adequação às suas necessidades. O comprador pesquisará por tanto tempo quanto necessário, até encontrar a correspondência entre a qualidade pretendida e o preço pago. Esse processo de pesquisa e a identificação da melhor marca para a satisfação de suas necessidades custa tempo e dinheiro. Uma vez identificado pela marca, o produto que é capaz de satisfazer as suas necessidades, os custos de pesquisa de qualidade de cada um dos produtos daquele segmento de mercado desaparecem, porque já foi encontrado o produtor mais adequado.<sup>181</sup>

Entretanto, a ligação entre a qualidade de um produto e seu preço é voltada mais para o consumidor final do que para um intermediário do comércio, uma vez que estes são normalmente bem informados, capazes de avaliar a qualidade e, por conseguinte, menos dependentes da marca e da imagem, sendo que aqueles frequentemente atribuem mais importância à marca e à imagem.

---

<sup>180</sup> GRIMES. *Free rider explanation for vertical agreements*.

<sup>181</sup> LARA. *Propriedade intelectual: uma abordagem pela análise econômica do direito*, p. 82.

Uma restrição vertical também pode ajudar o fabricante a impor uma certa uniformidade e uma certa normalização da qualidade aos seus distribuidores e, então, adquirir uma boa imagem da marca, melhorando o caráter atrativo do consumidor final pelo seu produto e provocando um aumento das vendas.<sup>182</sup>

As Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia reconheceram expressamente que a delimitação do preço de revenda realmente auxilia para manter uma boa imagem do produto e da marca.<sup>183</sup>

Para os produtos considerados populares ou das grandes massas, em que seu sucesso está intimamente ligado a grandes vendas, utilizar a delimitação do preço de revenda como fundamento para manter a qualidade da marca ou sua imagem junto ao adquirente é equivocada.

#### 3.6.2.5. Aumento da concorrência entremarcas

A delimitação do preço de revenda somente acarreta o aumento da concorrência entremarcas caso o mercado em questão não seja concentrado.

Conforme visto, a delimitação do preço de revenda pode diminuir, inclusive de forma significativa, a concorrência intramarca. Com essa diminuição, os agentes econômicos voltam seus esforços de forma mais significativa em relação à concorrência entremarcas.

Mesmo ainda existindo a concorrência pelo não preço dentro da marca, é mais vantajoso concorrer no mercado entremarcas, uma vez que haverá mais possibilidades de atuação, ou seja, os agentes econômicos poderão concorrer tanto na concorrência pelo preço quanto pela não preço.

---

<sup>182</sup>“Une restriction verticale peut aussi permettre à un fabricant d’imposer une certaine uniformité et certaines normes de qualité à ses distributeurs, et donc d’acquérir une bonne image de marque, d’accroître l’intérêt du consommateur final pour son produit et d’augmenter ses ventes” (Item 102. Tradução livre).

<sup>183</sup>Nesse sentido as As Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia: “Les acheteurs de produits intermédiaires sont habituellement des clients bien informés, capables d’apprécier la qualité de ces produits et dont la décision d’achat repose donc moins sur la marque et sa réputation. Les biens finals sont, directement ou indirectement, vendus aux consommateurs finals, qui attachent souvent plus d’importance à la marque et à sa réputation” (item 119).

Na petição apresentada pela Federal Trade Commission, como *amicus curiae*, no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. versus PSKS, Inc., dba Kay's Kloset...Kay's Shoes*,<sup>184</sup> foi demonstrada essa eficiência na delimitação do preço de revenda:

Existe um consenso generalizado de opiniões de que a delimitação do preço de revenda, como restrição vertical não preço, pode ter uma variedade de efeitos favoráveis à concorrência que melhoram o bem-estar do consumidor. Ao reduzir a concorrência intramarca, a delimitação do preço de revenda pode estimular a concorrência entremarcas varejistas dando incentivos para promover a marca do fabricante da forma desejada pelos consumidores e pelo fabricante.<sup>185</sup>

O aumento da concorrência entremarcas não ocorre apenas no mercado no distribuidor, pois nessa forma concorrencial, o fornecedor também atua ativamente e tem total interesse em que sua marca e seu produto valorizem, beneficiando, dessa forma, o adquirente, aqui incluído o consumidor final e, conseqüentemente, o mercado, a jusante e a montante.

---

<sup>184</sup>551 U.S. 877

<sup>185</sup> "There is a widespread consensus of opinion that RPM, like non-price vertical restraints, can have a variety of procompetitive effects that enhance consumer welfare. By reducing intrabrand competition, RPM can stimulate interbrand competition by giving retailers incentives to promote the manufacturer's brand in ways that are desirable for both consumers and the manufacturer" (Tradução livre).

## CAPÍTULO 4

### A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA, EUROPEIA E BRASILEIRA NA DELIMITAÇÃO DOS PREÇOS DE REVENDA

A análise do panorama jurisprudencial dos Estados Unidos e da União Europeia auxilia para uma melhor compreensão, inclusive com uma visão crítica, da legislação brasileira. Porém, os princípios e os métodos utilizados pelos tribunais e pelas legislações estrangeiros não devem ser copiados pelo Brasil.

O estudioso do Direito Comparado deve verificar de que forma estes princípios e os métodos estrangeiros se aproximam e se distanciam da realidade cultural, histórica e econômica brasileira.

#### 4.1. ESTADOS UNIDOS

A experiência norte-americana está baseada em seus julgados, haja vista que se trata de um direito da *commom law*.

A questão da delimitação do preço de revenda<sup>186</sup> é motivo de calorosas discussões tanto na doutrina quanto nos tribunais norte-americanos. O debate existente nos Estados Unidos se refere à aplicação da regra *per se* e da regra da razão nos casos de delimitação do preço de revenda. Antes de analisarmos a evolução jurisprudencial norte-americana, é importante a compreensão desses dois institutos.

#### 4.2. REGRA *PER SE* E REGRA DA RAZÃO

A aplicação da regra *per se* é o reconhecimento da licitude ou ilicitude de um ato, independente dos efeitos ocasionados.

---

<sup>186</sup> Lembrando que a delimitação do preço de revenda, no direito norte-americano, é denominado “*Resale Price Maintenance*”.

Um ato pode ser considerado ilícito ou lícito, não importando o efeito gerado. Normalmente associa-se à ideia da regra *per se* à ilicitude, porém pode ser aplicada essa regra para a licitude.<sup>187</sup> Por exemplo, se um ato é extremamente danoso, este será considerado ilícito, e não importam os possíveis benefícios que poderá ocasionar.

Entretanto, ao aplicar a regra da razão, devem ser analisados todos os efeitos diretos e seus possíveis efeitos que serão gerados através do ato, para verificar se este será considerado lícito ou ilícito.

W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon explicam:

Opiniões posteriores desenvolveram testes para a identificação de restrições não razoáveis que se tornaram conhecidas como a regra *per se* e a regra da razão. Quando uma prática não pode ter efeitos benéficos e apenas efeitos nocivos, a “própria natureza” da prática injustamente restringe o mercado. A fixação de preço por um cartel parece se encaixar nessa descrição e é ilegal *per se*. Isso significa que só precisa ser comprovado o comportamento, e não haverá defesa admissível. Se determinada prática não é considerada uma ofensa *per se*, a regra da razão é utilizada. Esse termo se refere aos testes de “efeito inerente” e “efeito evidente”.<sup>188</sup>

Em 1890, surge o *Sherman Act*, com a ideia de combater atos que prejudicassem o mercado, porém, suas determinações eram muito rigorosas:

#### Seção 1

Todo contrato, acordo sob a forma de truste ou de outra forma, ou conspiração, na restrição do comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarada ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou participar em qualquer acordo ou conspiração declarado ilegal é considerada culpada de um crime e sobre esta condenação, deve ser punida pela multa não superior a US\$ 10.000,000, se uma empresa, ou, se qualquer outra pessoa, US\$ 350.000, ou por prisão não superior a três anos, ou por ambas punições, a critério do Tribunal.

#### Seção 2

<sup>187</sup> Nesse sentido, Richard Posner defende a licitude *per se* nas relações entre fornecedores e distribuidores no artigo “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *Per se* Legality”.

<sup>188</sup> “Subsequent opinions have developed tests for identifying unreasonable restraints which have become known as the *per se* rule and the rule of reason. When a practice can have no beneficial effects and only harmful effects, the ‘inherent nature’ of the practice is unjuriously restraining trade. Price fixing by a cartel seems to fit this description and is now illegal *per se*. This means that the behavior need only be proved to have existed; there is no allowable defense. If a certain practice does not qualify as a *per se* offense, the rule of reason applies. This term refers to the tests of ‘inherent effect’ and ‘evident effect’” (VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON. *Economics Regulation and Antitrust*, p. 135. Tradução livre).

Toda pessoa que monopolizar ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é considerada culpada de crime e deve ser punida por multa que não exceda US\$ 10.000,000, para empresa, ou se qualquer pessoa US\$ 350,000, ou por prisão não superior a três anos, ou por ambas as punições, a critério do Tribunal.<sup>189</sup>

Esse rigorismo da legislação norte-americana foi comentado por Isabel Vaz:

Na verdade, o excessivo formalismo do direito antitruste estava pondo em risco a eficácia do *Sherman Act*. Enquanto aplicado apenas pela Justiça comum, os juízes não estavam preparados para levar em consideração os fatores econômicos, os interesses da política nacional e as condições sociais em que se desenvolviam as relações comerciais. Fatos como a elaboração da regra da razão em 1911 e a criação da Federal Trade Commission parecem ter assentado a legislação antitruste e a jurisprudência em bases mais realistas e, *ipso facto*, mais eficientes na proteção de um tipo de concorrência possível, ou efetiva.<sup>190</sup>

Um dos primeiros julgados da Suprema Corte Norte-Americana após o *Sherman Act* foi o caso *United States versus Trans-Missouri Freight Association*,<sup>191</sup> de 1897, em que foi analisado um acordo feito entre diversas empresas do mercado de estradas de ferro.

Mesmo sendo um caso cartel, as palavras do juiz Pecham foram rígidas ao afirmar que qualquer restrição do comércio, independentemente de sua razoabilidade, deveria ser considerada ilícita. E, se apenas os contratos não razoáveis fossem considerados ilícitos, a própria lei ficaria incerta.<sup>192</sup>

Nesse mesmo caso, o juiz White emitiu sua opinião, sendo voto vencido, mas, contudo, já se iniciava na Suprema Corte um pensamento voltado para a razoabilidade:

---

<sup>189</sup> “Section 1: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court (Tradução livre).

<sup>190</sup> VAZ. *Direito econômico da concorrência*, p. 99.

<sup>191</sup> 166 U.S. 290

<sup>192</sup> Nas palavras do juiz: “If only that kind of contract which is in unreasonable restraint of trade be within the meaning of the statute, and declared therein to be illegal, it is at once apparent that the subject of what is a reasonable rate is attended with great uncertainty”.

Não é necessário se referir às autoridades mostrando que, mesmo contratos que podem de alguma maneira restringir o comércio, não é por essa razão que serão anulados, salvo se a restrição que produz não é razoável.<sup>193</sup>

Em 1910, no caso *Standard Oil Co. of New Jersey versus United States*,<sup>194</sup> o posicionamento do juiz White e a regra da razão prevaleceram:

Se o critério pelo qual se deve decidir em todos os casos se todos os contratos, combinações, etc., é uma restrição do comércio dentro do entendimento da lei, é o efeito direto ou indireto dos atos envolvidos, então é claro que a regra da razão se torna o guia, e a construção que demos à lei, em lugar de ser refutada pelos casos decididos, será por aqueles mesmos casos demonstrada como correta. Isso é verdade, porque a construção que nós extraímos da história da lei e da análise de seu texto é simplesmente que em todos os casos em que se alega que um ato ou atos constituem uma violação da lei, a regra da razão, à luz dos princípios da lei e do interesse público que a lei incorpora, deve ser aplicada. Disso se segue que, quer essa regra quer o resultado do teste direto ou indireto, em seu último aspecto, chegam a uma única e mesma coisa, de tal forma que a diferença entre as duas é, por conseguinte, somente aquela que se obtém entre coisas que não se distinguem completamente.<sup>195</sup>

A Suprema Corte, dependendo do período, sempre oscilou em dar maior ênfase ou para a regra *per se*<sup>196</sup> ou para a regra da razão.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> “It is unnecessary to refer to the authorities showing that, although a contract may in some measure restrain trade, it is not for that reason void, or even voidable, unless the restraint which it produces be unreasonable” (Tradução livre).

<sup>194</sup> 221 U.S. 1.

<sup>195</sup> “If the criterion by which it is to be determined in all cases whether every contract, combination, etc., is a restraint of trade within the intendment of the law, is the direct or indirect effect of the acts involved, then of course the rule of reason becomes the guide, and the construction which we have given the statute, instead of being refuted by the cases relied upon, is by those cases demonstrated to be correct. This is true, because the construction which we have deduced from the history of the act and the analysis of its text is simply that in every case where it is claimed that an act or acts are in violation of the statute, the rule of reason, in the light of the principles of law and the public policy which the act embodies, must be applied. From this it follows, since that rule and the result of the test as to direct or indirect, in their ultimate aspect, come to one and the same thing, that the difference between the two is therefore only that which obtains between things which do not differ at all” (Tradução livre).

<sup>196</sup> Interessante a opinião proferida pelo juiz Thurgood Marshall, da Suprema Corte, em 1969, no caso *United States versus Container Corp. of America* (393 U.S. 341): “Per se rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases”.

<sup>197</sup> FONSECA. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*, p. 84.

### 4.3. OS JULGADOS NORTE-AMERICANOS

Analisaremos, de forma histórica, a evolução jurisprudencial da Suprema Corte Norte-Americana em relação à delimitação do preço de revenda.

#### 4.3.1. *DR. MILES MEDICAL CO. VERSUS JOHN D. PARK & SONS CO.*

Este<sup>198</sup> foi o primeiro caso julgado pela Suprema Corte referente à delimitação do preço de revenda e se tornou um marco no direito norte-americano. Apesar de ser um precedente superado pelo caso *Leegin*,<sup>199</sup> é de suma importância sua análise, uma vez que todos os demais casos se reportam a este.

Dr. Miles Medical Co. atuava no mercado de medicamentos, porém, não patenteava suas fórmulas. Seus medicamentos eram vendidos para intermediários e para empresas atacadistas do setor farmacêutico, e estes revendiam para farmácias que, em seguida, vendiam para os consumidores. Dr. Miles, contudo, delimitava preço mínimo de revenda junto aos distribuidores e mantinha um sistema para fiscalizar o cumprimento imposto.

A empresa John D. Park & Sons Company desrespeitou a obrigação imposta, e Dr. Miles propôs ação judicial contra aquele. Como forma de defesa, John D. Park alegou que a delimitação do preço mínimo de revenda era uma cláusula restritiva, e com isso a questão foi levada até a Suprema Corte.

O juiz Hughes proferiu o voto vencedor, afirmando que as estipulações contratuais impostas por Dr. Miles restringiam o comércio. Porém, essa questão foi analisada pela Suprema Corte principalmente em relação à liberdade do distribuidor em estipular o preço de revenda de um produto no qual tem a propriedade.<sup>200</sup>

Assim, qualquer restrição sobre a alienação é inválido. O direito de alienar é um dos requisitos essenciais do direito de propriedade dos bens móveis, e restrições sobre a alienação têm sido consideradas como ofensivas à ordem pública, que é o melhor meio para a ampla liberdade das coisas que é passar de mão em mão. Geralmente as restrições na alienação de coisas, bens

---

<sup>198</sup> 220 U.S. 373

<sup>199</sup> O caso *Leegin* será analisado no item 4.3.9.

<sup>200</sup> Nas palavras do juiz Hughes: “The propriety of the restraint is sought to be derived from the liberty of the producer”.

móveis, exceto quando há um tipo muito especial de propriedade envolvido, como escravo ou um bem de família, têm sido consideradas nulas.<sup>201</sup>

A decisão é voltada de forma contundente para a liberdade do proprietário sobre a coisa, e não com base no direito antitruste. O *Sherman Act* não é citado em momento algum no voto.

O juiz Holmes, voto vencido, proferiu interessante voto sobre o caso:

Eu acho que exageramos no valor e na importância para o público em relação à concorrência no mercado produtor e do distribuidor de um produto (aqui é apenas a distribuição), como ficar um preço justo. O que realmente fixa é a concorrência de desejos contraditórios. Nós, nenhum de nós, podemos ter tanto quanto nós queremos em relação a todas as coisas que queremos. Portanto, temos que escolher. Assim que o preço de alguma coisa que queremos fica acima do limite no qual estamos dispostos a pagar, desistimos de outras coisas para comprá-lo, deixamos de comprá-lo e compramos outra coisa. É claro, estou falando de coisas que podemos ficar sem. Pode ser necessário que, cedo ou tarde, deve ser tratada como comida em um naufrágio, mas não são os medicamentos do Dr. Miles. (...) O Dr. Miles Medical Company sabe melhor do que nós o que lhe permitirá fazer o melhor negócio. Devemos concordar que seu preço de varejo é razoável, pois está alegado, e o caso está aqui como exceção, por isso não vejo nada para permitir minha pretensão de que o público não será melhor servido por uma empresa autorizada a seguir este plano.<sup>202</sup>

Nesse caso a delimitação do preço mínimo de revenda era o enfoque central, porém a Suprema Corte entendeu que qualquer restrição do comércio praticado pelo fornecedor perante o distribuidor era considerado ilícito *per se*.

---

<sup>201</sup> “Thus, a general restraint upon alienation is ordinarily invalid. “The right of alienation is one of the essential incidents of a right of general property in movables, and restraints upon alienation have been generally regarded as obnoxious to public policy, which is best subserved by great freedom of traffic in such things as pass from hand to hand. General restraint in the alienation of articles, things, chattels, except when a very special kind of property is involved, such as a slave or an heirloom, have been generally held void” (Tradução livre). Interessante notar que no voto há a menção do “escravo”, isso ocorre porque, nessa época, ainda existia a escravidão nos Estados Unidos.

<sup>202</sup> “I think that we greatly exaggerate the value and importance to the public of competition in the production or distribution of an article (here it is only distribution) as fixing a fair price. What really fixes that is the competition of conflicting desires. We, none of us, can have as much as we want of all the things that we want. Therefore, we have to choose. As soon as the price of something that we want goes above the point at which we are willing to give up other things to have that, we cease to buy it and buy something else. Of course, I am speaking of things that we can get along without. There may be necessities that sooner or later must be dealt with like short rations in a shipwreck, but they are not Dr. Miles’s medicines. With regard to things like the latter, it seems to me that the point of most profitable returns marks the equilibrium of social desires, and determines the fair price in the only sense in which I can find meaning in those words. The Dr. Miles Medical Company knows better than we do what will enable it to do the best business. We must assume its retail price to be reasonable, for it is so alleged and the case is here on demurrer; so I see nothing to warrant my assuming that the public will not be served best by the company being allowed to carry out its plan” (Tradução livre).

Esse caso constituiu um precedente jurisprudencial para todas as outras restrições verticais, não só para a delimitação de preço de revenda.

A doutrina criticou veemente a decisão da Suprema Corte neste caso.<sup>203</sup> Ratificamos a crítica feita à Suprema Corte neste julgado. A decisão foi muito radical ao entender que qualquer tipo de restrição imposta pelo fornecedor ao distribuidor deverá ser considerada ilegal *per se*.

A fundamentação utilizada foi muito superficial, e não foram objetos de análise as possíveis eficiências bem como as ineficiências que a delimitação do preço de revenda poderia ocasionar.

Entretanto, é bom lembrar que esse caso foi julgado em 1911, 21 anos após o *Sherman Act*, porém, a real compreensão do Direito Antitruste e a interligação da Economia com o Direito estavam amadurecendo em todo o mundo, e os Estados Unidos foram pioneiros.

A União Europeia foi buscar nos Estados Unidos o conhecimento sobre o Direito Antitruste para criar seu próprio Direito Concorrencial; o Brasil, por sua vez, foi buscar na União Europeia e nos Estados Unidos; já os Estados Unidos não tinham ninguém para ir buscar conhecimento.

No início de qualquer estudo, ocorrem alguns posicionamentos duvidosos, e a fundamentação do caso *Dr. Miles*, segundo nosso entendimento, deve ser visto como uma interpretação feita de acordo com a época; porém, foi um evento essencial para acirrar as discussões sobre o assunto e evoluir a forma de pensar.

Mesmo sendo motivo de críticas, a Suprema Corte, em 1980, ratificou o entendimento proferido no *Dr. Miles*, ao julgar o caso *California Liquor Dealers versus Midcal Aluminum*.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Robert Bork (*The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, p. 33) alega: “It is rarely to identify one decisive misstep that has controlled a whole body of law. A single paragraph in Justice Hughes’s 1911 *Dr. Miles* opinion is such an instance, however, and the law of resale price maintenance and vertical market division has been rendered mischievous and arbitrary to this day by the premise laid down there”. Já Richard Posner (*Antitrust Law*, p. 177) escreve: “Lacking any idea as to why the challenged agreements had been made, the Court naturally failed to grasp the importance of the source of the restraint. It makes all the difference whether minimum retail prices are imposed by the manufacturer in order to evoke point-of-sale services or by the dealers in order to obtain monopoly profits.

<sup>204</sup> 445 U. S. 97. Nas palavras da Suprema Corte: The threshold question is whether California’s plan for wine pricing violates the *Sherman Act*. This Court has ruled consistently that resale price maintenance illegally restrains trade. In *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 407(1911), the Court

#### 4.3.2. U.S VERSUS COLGATE CO.<sup>205</sup>

O caso *Dr. Miles* criou um precedente perante a Suprema Corte, sendo uma tarefa extremamente complicada modificá-lo. Entretanto, esse precedente criado é extremamente rígido, sendo necessário que a Suprema Corte elaborasse uma “saída” para essa rigidez em alguns casos concretos.

Em 1919, a Suprema Corte julgou outra questão referente à delimitação de preço de revenda, o caso *Colgate*, que foi uma decisão polêmica, mas tentou abrandar o rigor imposto pelo caso *Dr. Miles*.

A Colgate atua em diversos mercados, porém, o caso em questão se refere ao mercado de sabão e produtos de toalete, existindo diversos distribuidores de seus produtos. A Colgate informou, formalmente, para todos seus distribuidores, os preços que deveriam ser praticados na revenda, caso não concordassem, o fornecimento dos produtos seria imediatamente interrompido.

A diferença entre esse caso e o *Dr. Miles* é a inexistência de contrato formalizado entre as partes, e, com base nessa questão, a Suprema Corte entendeu como lícito o comportamento da Colgate.

O varejista, após a compra, poderia, se quisesse, dar o produto ou vendê-lo a qualquer preço que bem entendesse, ou não vendê-lo, o caminho que ele tomará será afetado apenas pelo fato que ele poderá incorrer no desagrado do fabricante que poderia recusar a fazer vendas adicionais, como tinha o incontestável direito de fazer. Não há nenhuma acusação de que os varejistas fazem parte de qualquer combinação ou acordo uns com os outros, ou que o réu agiu diferente com seus clientes individualmente.<sup>206</sup>

Para a Suprema Corte, no caso *Colgate*, a delimitação do preço de revenda foi um ato unilateral, e não houve ilicitude. No caso *Dr. Miles*, a delimitação foi uma prática concertada que é ilícita, uma vez que o *Sherman Act* não proíbe atos unilaterais.

---

observed that such arrangements are ‘designed to maintain prices..., and to prevent competition among those who trade in [competing goods]’.

<sup>205</sup>250 U.S. 300.

<sup>206</sup> “The retailer, after buying, could, if he chose, give away his purchase or sell it at any price he saw fit, or not sell it at all, his course in these respects being affected only by [250 U.S. 300, 306] the fact that he might by his action incur the displeasure of the manufacturer who could refuse to make further sales to him, as he had the undoubted right to do. There is no charge that the retailers themselves entered into any combination or agreement with each other, or that the defendant acted other than with his customers individually” (Tradução livre).

A Suprema Corte manteve o entendimento proferido no caso *Dr. Miles* no sentido de ilegalidade *per se* da delimitação do preço de revenda,<sup>207</sup> uma vez que entendeu que nesse caso não se tratava de restrição vertical, mas sim de uma mera sugestão de preço de revenda.

A partir da decisão do caso *Colgate*, a Suprema Corte Norte-Americana entendia que a ilegalidade *per se* da delimitação do preço de revenda proferida no caso *Dr. Miles* deveria ser aplicada somente se comprovada a concordância entre o fornecedor e o distribuidor para a prática dessa restrição vertical.

No entanto, não concordamos com a fundamentação da Suprema Corte Norte-Americana.<sup>208</sup> Primeiramente, o caso *Colgate* não se refere a preço sugerido, mas sim à delimitação de preço fixo ou preço mínimo de revenda.

Conforme visto no item 3.4.3, para caracterizar o preço sugerido, não pode haver qualquer tipo de estrutura jurídica ou econômica que determine o cumprimento dos preços que estão sendo apenas recomendados. Não é este o caso *Colgate*, que obrigava seus distribuidores a seguir o “preço sugerido”; porém, não pode haver obrigatoriedade em caso de preço sugerido.

Outro ponto de que discordamos refere-se à legalidade do caso por ausência de um acordo formalizado entre a *Colgate* e seus distribuidores. Um acordo não precisa ser formalizado, ele poderá ser tácito.<sup>209</sup> A imposição da delimitação do preço de revenda de forma unilateral ou concertada é uma mera formalidade que não altera os efeitos dessa restrição no mercado.

Hovenkamp, ao criticar o caso *Colgate*, alega que a Suprema Corte desprezou a análise dos fatores eficientes e ineficientes que a delimitação do preço de revenda pode gerar no mercado.<sup>210</sup>

Apesar de muito criticada, o caso *Business Electronics Corp. versus Sharp Eletronics Corp.*,<sup>211</sup> julgado em 1988, ratificou o caso *Colgate*.<sup>212</sup>

---

<sup>207</sup> “In *Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co.*, supra, the unlawful [250 U.S. 300, 308] combination was effected through contracts which undertook to prevent dealers from freely exercising the right to sell.”

<sup>208</sup> A própria Suprema Corte, posteriormente, tentou amenizar o precedente do caso *Colgate*, *United States versus Schrader’s Son, Inc.* (252 U.S. 85), *Frey & Son, Inc., versus Cudahy Packing Co.* (256 U.S. 208), *Federal Trade Comm’n versus Beech-Nut Packing Co.* (257 U.S. 441), *United States versus Bausch & Lomb Optical Co.* (321 U.S. 707, 722).

<sup>209</sup> Nesse sentido, no mesmo ano do julgamento do caso *Colgate*, Herbert Hovenkamp emitiu sua opinião no caso *U.S versus A. Schrader’s Inc.*, julgado pela Corte Federal de Ohio, sendo em seguida modificado pela Suprema Corte (252 U.S. 85): “Personally, and with all due respect, I can see no real difference between the *Dr. Miles Medical Co.* and the *Colgate Co.* case. The tacit acquiescence of the wholesalers and retailers in the prices thus fixed is equivalent for all practical purposes of an express agreement”.

<sup>210</sup> HOVENKAMP. *Economics and Federal Antitrust Law*, p. 259.

#### 4.3.2. TENTATIVA DOS ESTADOS NORTE-AMERICANOS DE LEGALIZAR A DELIMITAÇÃO DO PREÇO DE REVENDA

Segundo Stephen Ross,<sup>213</sup> no mercado varejista dos Estados Unidos, no início do século XX, atuavam, basicamente, pequenos distribuidores. Contudo, grandes varejistas começaram a entrar no mercado, eliminando por completo os pequenos agentes econômicos. Diante dessa situação, a delimitação do preço de revenda foi utilizada como forma de proteção aos pequenos distribuidores e, nesse mesmo tempo, estes atuavam junto ao Poder Legislativo, tanto na esfera federal quanto na estadual, com a finalidade de legalizar a delimitação do preço de revenda.

Os pequenos distribuidores não conseguiram atingir seus objetivos na esfera federal. Entretanto, em alguns estados norte-americanos ocorreram vitórias.

O primeiro estado que permitiu a delimitação do preço de revenda foi a Califórnia, em 1931, sendo seguida por outros. Essas legislações estaduais foram denominadas de *Fair Trade Legislation*.<sup>214</sup> Em 1937, os pequenos distribuidores obtêm uma grande vitória: o Congresso Nacional, através do *Miller-Tydings Amendment*, declarou que, nos estados que continham a *Fair Trade Legislation*, a delimitação do preço de revenda devidamente formalizada seria considerada lícita.

Vários distribuidores entendiam que a delimitação do preço de revenda poderia gerar prejuízos e não assinavam os contratos que previam a delimitação do preço de revenda, uma vez que o *Miller-Tydings Amendment* determinava a necessidade da formalização do ato.<sup>215</sup>

A Suprema Corte entendeu, no caso *Schwegmann Brothers versus Calvet Distillers Corp.*,<sup>216</sup> julgado em 1950, que a emenda *Miller-Tydings* somente seria aplicável se houvesse um contrato devidamente formalizado.

---

<sup>211</sup>485 U.S. 717.

<sup>212</sup> Richard Posner (*Antitrust Law*, p. 178) emite sua opinião sobre o caso Colgate da seguinte forma: “In other words, since the manufacturer is presumptively the one in the best position to know whether it is efficient to distribute his product through price cutters, his decision should be honored in the absence of evidence of monopolistic purpose – his or, presumably, the dealers. This presumption could have been used to decide Dr. Miles (including Holmes’s dissent in Dr. Miles, which the Colgate opinion resembles), is the lack of any theory of why a manufacturer might prefer not to deal with price cutters”.

<sup>213</sup> ROSS. *Principles of Antitrust Law*, p. 226-227.

<sup>214</sup> FOX; SULLIVAN. *Cases and Materials on Antitrust*, p. 530.

<sup>215</sup> ROSS, *Principles of Antitrust Law*, p. 227.

Assim, para acabar com essa tentativa dos distribuidores de burlar o *Miller-Tydings Amendment*, o Congresso Nacional aprovou o *Mcguire Act*, em 1952, que determinava que não importava se a delimitação do preço de revenda estava formalizada ou não, esta deveria ser seguida pelo distribuidor caso o fornecedor a determinasse.

Em 1970, a *Miller-Tydings Amendment* e o *Mcguire Act*, bem como as *Fair Trade Legislations*, enfrentavam fortes críticas dos movimentos consumeristas dos Estados Unidos, tendo o Congresso Norte-Americano aprovado o *Consumer Goods Pricing Act*, que revogou expressamente o *Miller-Tydings Amendment* e o *Mcguire Act*. Entretanto, as *Fair Trade Legislations* não foram expressamente revogadas, e a discussão sobre a competência estadual de legislar sobre a questão permaneceu.

No caso *California Liquor Dealers versus Midcal Aluminum*<sup>217</sup> – tendo em vista que as *Fair Trade Legislation* são leis estaduais, e a autonomia dos estados norte-americanos é bastante ampla –, a Suprema Corte adotou, nesse caso, a doutrina da *state action doctrine*.<sup>218</sup>

Na *state action doctrine*, um estado poderá autorizar uma restrição vertical, no caso a delimitação do preço de revenda, desde que seja consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da concorrência pela regulamentação e que ocorra a supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela determinação estadual. Por causa do não cumprimento desse último requisito, a Suprema Corte julgou ilícita a delimitação do preço de revenda no caso *California Liquor Dealers*.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> 341 U.S. 384.

<sup>217</sup> 445 U.S. 97.

<sup>218</sup> Sobre a *state action doctrine*, indicamos a leitura do livro *Direito concorrencial: as estruturas*, de autoria de Calixto Salomão.

<sup>219</sup> Nas palavras da Suprema Corte: “California’s wine pricing system constitutes resale price maintenance in violation of the Sherman Act, since the wine producer holds the power to prevent price competition by dictating the prices charged by wholesalers. And the State’s involvement in the system is insufficient to establish antitrust immunity under *Parker v. Brown*, supra. While the system satisfies the first requirement for such immunity that the challenged restraint be ‘one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy’, it does not meet the other requirement that the policy be ‘actively supervised’ by the State itself. Under the system the State simply authorizes price setting and enforces the prices established by private parties, and it does not establish prices, review the reasonableness of price schedules, regulate the terms of fair trade contracts, monitor market conditions, or engage in any ‘pointed reexamination’ [445 U.S. 97, 98] of the program. The national policy in favor of competition cannot be thwarted by casting such a gauzy cloak of state involvement over what is essentially a private price-fixing arrangement”.

#### 4.3.4. *UNITED STATES VERSUS PARKE DAVIS & CO.*<sup>220</sup>

Parke Davis & Co., da mesma forma que a empresa Dr. Miles, atuava no mercado de medicamentos e anunciou para todos seus distribuidores sua nova política em relação aos preços de revenda, determinando o preço mínimo; e somente iria vender seus produtos, para os distribuidores que aceitassem a delimitação. Da mesma forma que no caso *Colgate*, Parke Davis & Co. não tinha contrato formalizado com seus distribuidores.

A Corte Distrital arquivou a demanda com base no caso *Colgate*, uma vez que não houve a comprovação de existência de acordo entre as partes. Portanto, a delimitação do preço de revenda, nesse caso, se referia a um ato unilateral.

A Suprema Corte modificou a decisão da Corte Distrital, ao entender que o ato praticado pela Parke Davis & Co. deveria ser considerado ilegal, pois havia elementos para a comprovação da existência do acordo, quais sejam, (i) condutas simultâneas de diversos distribuidores e (ii) prova de que estes mantinham contato com o fabricante que, por sua vez, repassava as conversas a outros distribuidores.<sup>221</sup>

A Suprema Corte afastou a doutrina do caso *Colgate*, nessa questão, mesmo entendendo que se tratava de preço sugerido. Porém, a Parke Davis obrigava seus distribuidores a seguir o preço de revenda estipulado, utilizando a recusa de venda.<sup>222</sup> Parece-nos que a Suprema Corte

---

<sup>220</sup>362 U.S. 29.

<sup>221</sup>Nas palavras do juiz Brennan: “The Sherman Act forbids combinations of traders to suppress competition. True, there results the same economic effect as is accomplished by a prohibited combination to suppress price competition if each customer, although induced to do so solely by a manufacturer’s announced policy, independently decides to observe specified resale prices. So long as *Colgate* is not overruled, this result is tolerated but only when it is the consequence of a mere refusal to sell in the exercise of the manufacturer’s right ‘freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal’. When the manufacturer’s actions, as here, go beyond mere announcement of his policy and the simple refusal to deal, and he employs other means which effect adherence to his resale prices, this countervailing consideration is not present and therefore he has put together a combination in violation of the Sherman Act. Thus, whether an unlawful combination or conspiracy is proved is to be judged by what the parties actually did rather than by the words they used. (...) the Court finds that Parke Davis’ conduct exceeded the permissible limits of *Colgate* in two respects. The first is that Parke Davis announced that it would, and did, cut off wholesalers who continued to sell to price-cutting retailers. The second is that the Company in at least one instance reported its talks with one or more retailers to other retailers; that in ‘this manner Parke Davis sought assurances of compliance and got them’; and that it ‘was only by actively bringing about substantial unanimity among the competitors that Parke Davis was able to gain adherence to its policy’”.

<sup>222</sup> “The program upon which Parke Davis embarked to promote general compliance with its suggested resale prices plainly exceeded the limitations of the *Colgate* doctrine and under *Beech-Nut* and *Bausch & Lomb* effected arrangements which violated the Sherman Act. Parke Davis did not content itself with announcing its policy regarding retail prices and following this with a simple refusal to have business relations with any retailers who disregarded that policy. Instead Parke Davis used the refusal to deal with the wholesalers in order to elicit their willingness to deny Parke Davis products to retailers and thereby help gain the retailers’ adherence to its suggested minimum retail prices. The retailers who disregarded the price policy were promptly cut off when

entendeu que a linha entre uma conduta unilateral e uma conduta concertada é muito tênue na delimitação do preço de revenda.

#### 4.3.5. SIMPSON VERSUS UNION CO.<sup>223</sup>

A empresa Union Co., refinadora de petróleo, tinha vários distribuidores, com contratos devidamente formalizados, porém, de consignação. A questão judicial foi instaurada, uma vez que a empresa Simpson, uma rede de postos de gasolina, não estava seguindo as determinações da Union Co. em relação aos preços de revenda, vendendo a patamar inferior.

A Suprema Corte, no caso, entendeu que não se tratava de contrato de consignação, mas de um contrato de distribuição, uma vez que todo o risco pertencia ao distribuidor; a Simpson ainda arcava com o aluguel mensal em relação à infraestrutura do posto de gasolina.<sup>224</sup>

Sedimentou-se que os agentes econômicos estavam apenas mudando complexos contratos de distribuição como simples “consignações” e “representações comerciais”, com o intuito de burlar a ilegalidade *per se* estabelecida no caso *Dr. Miles*.

O juiz Stewart foi voto vencido, entendendo que deveria ser aplicada a doutrina do caso *Colgate*.

#### 4.3.6. ALBRECHT VERSUS HERALD CO.<sup>225</sup>

Albrecht atuava no mercado de distribuição de jornais impressos pela Herald Co. As partes pactuaram formalmente um contrato que previa exclusividade territorial em favor da Albrecht, estipulando também uma delimitação do preço máximo de revenda.

Parke Davis supplied the wholesalers with their names. The large retailer who said he would ‘abide’ by the price policy, the multi-unit Peoples Drug chain, was not cut off. In thus involving the wholesalers to stop the flow of Parke Davis products to the retailers, thereby inducing retailers’ adherence to its suggested retail prices, Parke Davis created a combination with the retailers and the wholesalers to maintain retail prices and violated the Sherman Act.”

<sup>223</sup> 377 U.S. 13 (1964).

<sup>224</sup> Nas palavras do juiz Douglas: “If the ‘consignment’ agreement achieves resale price maintenance in violation of the *Sherman Act*, it and the lease are being used to injure interstate commerce by depriving independent dealers of the exercise of free judgment whether to become consignees at all, or remain consignees, and, in any event, to sell at competitive prices. The fact that a retailer can refuse to deal does not give the supplier immunity if the arrangement is one of those schemes condemned by the antitrust laws”.

<sup>225</sup> 390 U.S. 145 (1968).

Contudo, a Albrecht começou a revender os jornais da Herald acima do limite determinado. A editora, após ter conhecimento do fato, procurou diretamente a clientela de seu distribuidor e se comprometeu a efetuar a venda por um preço inferior.

Albrecht, inconformada com a atitude da Herald, propôs demanda judicial, alegando a ilegalidade da delimitação do preço máximo de revenda, e, assim, o precedente do *Dr. Miles* devia ser aplicado.

A Suprema Corte decidiu que a delimitação do preço máximo de revenda deveria ser considerada ilícita *per se*, da mesma forma que na delimitação do preço mínimo de revenda decidido no caso *Dr. Miles*. O juiz White afirmou que os efeitos da delimitação do preço máximo de revenda são diferentes das delimitações do preço mínimo. Contudo, nas duas situações, há interferência grave sobre a livre iniciativa e a livre concorrência dos distribuidores.

Quatro foram as razões que levaram a Suprema Corte entender que a delimitação do preço máximo de revenda deveria ser considerada ilegal *per se*:<sup>226</sup> (i) a tentativa de limitação do poder de mercado adquirido com a exclusividade territorial poderia prejudicar gravemente a livre iniciativa dos revendedores de competir e sobreviver no mercado; (ii) essa delimitação do preço máximo poderia ser estabelecida em patamar tão baixo que retiraria do distribuidor a possibilidade de oferecer serviços essenciais para a comercialização e valorização do produto ou até mesmo eliminar os serviços e as conveniências que os consumidores estivessem dispostos a pagar; (iii) poderia ocorrer a limitação da habilidade dos pequenos distribuidores, impossibilitando que esses concorressem pelo não preço; e (iv) em algumas situações, poderia adquirir as mesmas características dos preços mínimos de revenda.<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> GONDIM. *A fixação de preço máximo e mínimo de revenda sob a ótica da regra da razão*, p. 95-96.

<sup>227</sup> Nas palavras da Corte: “Maximum and minimum price fixing may have different consequences in many situations. But schemes to fix maximum prices, by substituting the perhaps erroneous judgment of a seller for the forces of the competitive market, may severely intrude upon the ability of buyers to compete and survive in that market. Competition, even in a single product, is not cast in a single mold. Maximum prices may be fixed too low for [390 U.S. 145, 153] the dealer to furnish services essential to the value which goods have for the consumer or to furnish services and conveniences which consumers desire and for which they are willing to pay. Maximum price fixing may channel distribution through a few large or specifically advantaged dealers who otherwise would be subject to significant nonprice competition. Moreover, if the actual price charged under a maximum price scheme is nearly always the fixed maximum price, which is increasingly likely as the maximum price approaches the actual cost of the dealer, the scheme tends to acquire all the attributes of an arrangement fixing minimum prices. It is our view, therefore, that the combination formed by the respondent in this case to force petitioner to maintain a specified price for the resale of the newspapers which he had purchased from respondent constituted, without more, an illegal restraint of trade under 1 of the Sherman Act”.

O preço máximo de revenda não pode ser considerado lícito *per se*, uma vez que existem eficiências que podem ser alcançadas por meio dessa restrição vertical, por exemplo, a eliminação dos preços monopolistas no mercado a jusante, bem como a dupla marginalização. Não se pode igualar a delimitação do preço máximo de revenda com o mínimo, os efeitos são completamente diferentes.

Discordamos da alegação de que o fornecedor poderá determinar um preço máximo tão baixo que poderá retirar o distribuidor do mercado, uma vez que, conforme visto no Capítulo 3, utilizar a delimitação do preço de revenda para realizar a integração vertical é extremamente onerosa, e existem outras maneiras, mais rápidas e com custo mais baixo, que atingirão o mesmo resultado.

Em voto dissidente, o juiz Harlan alegou que a estipulação de um teto em relação ao preço não reduz a concorrência entre os distribuidores, mas, ao contrário, poderá aumentar, pois impedirá que estes pratiquem preços monopolísticos e que obtenham lucros acima do que é considerado competitivo.<sup>228</sup>

Herbert Hovenkamp afirmou que poucas decisões da Suprema Corte se demonstraram mais anticompetitivas do que o caso *Albrecht*.<sup>229</sup> Richard Posner complementa a crítica, ao afirmar que não houve qualquer demonstração de que a delimitação do preço de revenda em suas formas máxima e mínima poderia ser considerada igual.<sup>230</sup>

Mesmo após sofrer duras críticas, a Suprema Corte, em 1982, ratificou seu entendimento no caso *Arizona versus Maricopa County Medical Society*<sup>231</sup> e determinou que a delimitação do preço máximo e mínimo de revenda era considerada ilícita *per se*.

---

<sup>228</sup>Naspalavras do juiz Harlan: “The per se treatment of price maintenance is justified because analysis alone, without the burden of a trial in each individual case, demonstrates that price floors are invariably harmful on balance. Price ceilings are a different matter: they do not lessen horizontal competition; they drive prices toward the level that would be set by intense competition, and they cannot go below this level unless the manufacturer who dictates them and the customer who accepts them have both miscalculated. Since price ceilings reflect the manufacturer’s view that there is insufficient competition to drive prices down to a competitive level, they have the arguable justification that they prevent retailers or wholesalers from reaping monopoly or supercompetitive profits”.

<sup>229</sup>HOVENKAMP. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*, p. 470.

<sup>230</sup>POSNER. *Antitrust Law*, p. 182-183. Phillip Areeda e Louis Kaplow (*Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, p. 666) também criticam essa decisão.

<sup>231</sup>457 U.S. 332.

No entendimento da Suprema Corte, a delimitação do preço máximo e mínimo de revenda remunera da mesma forma todos os distribuidores, independente de suas qualidades individuais.<sup>232</sup>

No voto vencido, o juiz Powell, acompanhado pelo chefe de Justiça e pelo juiz Rehnquist, afirmou que a Suprema Corte perdeu de vista o objetivo do *Sherman Act*, pois estava proibindo um ato que tem a possibilidade de gerar um dano, mas, após uma leitura no plano do agente econômico, este demonstrava que poderiam ocorrer mais benefícios que prejuízos.<sup>233</sup>

#### 4.3.7. *ATLANTIC RICHFIELD CO. VERSUS USA PETROLEUM CO.*<sup>234</sup>

A empresa USA Petroleum Co. (USA) atuava no mercado de derivados de petróleo, e a Atlantic Richfield Co. (ARCO) era uma distribuidora atacadista que vendia gasolina diretamente ao consumidor final e para outros postos de gasolina, tanto de seu grupo econômico quanto para terceiros.

A USA ingressou em juízo alegando que a ARCO delimitava preços máximos de revenda com os postos de gasolina varejistas que eram vinculados a sua bandeira, sendo que esse preço máximo encontrava-se a um patamar inferior ao considerado concorrencial, devendo esse ato ser considerado uma tentativa de monopolização do mercado.

A Corte Distrital entendeu que não havia ilicitude, uma vez que a ARCO não detinha poder de mercado para tentar monopolizá-lo. Em recurso, a Corte do Nono Circuito entendeu que não houve provas em relação ao preço predatório, porém a delimitação do preço máximo deveria ser considerada ilícita, conforme entendimento exarado pela Suprema Corte no caso *Albrecht*.

---

<sup>232</sup> O juiz Stevens afirmou: “The per se rule is violated here by a price restraint that tends to provide the same economic rewards to all practitioners regardless of their skill, experience, training, or willingness to employ innovative and difficult procedures in individual cases. Such a restraint may also discourage entry into the market and may deter experimentation and new developments by individual entrepreneurs”.

<sup>233</sup> Nas palavras do juiz: “I believe the Court’s action today loses sight of the basic purposes of the *Sherman Act*. As we have noted, the antitrust laws are a ‘consumer welfare prescription’. *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979). In its rush to condemn a novel plan about which it knows very little, the Court suggests that this end is achieved only by invalidating activities that may have some potential for harm. But the little that the record does show about the effect of the plan suggests that it is a means of providing medical services that in fact benefits rather than injures persons who need them”.

<sup>234</sup> 495 U.S. 328 (1990).

A Suprema Corte analisou mais detalhadamente a questão do preço predatório, pois a delimitação do preço máximo de revenda não foi objeto de análise pela primeira instância; assim, o precedente do caso *Albrecht* não pôde ser modificado naquele momento.

Entretanto, a delimitação do preço máximo de revenda foi abordada pelos juízes, amenizando a decisão proferida no caso *Albrecht*. O juiz Brennan afirmou que a delimitação do preço máximo de revenda poderia gerar eficiências na concorrência entremarcas, desde que não sejam considerados predatórios.

A Suprema Corte não modificou o precedente do caso *Albrecht*, porém, aceitou os votos vencidos naquele caso, os quais afirmavam que a delimitação do preço máximo de revenda poderia proteger os adquirentes do poder monopolístico, caso o distribuidor tivesse exclusividade territorial.<sup>235</sup>

Esse julgado iniciou a mudança que ocorreria na Suprema Corte em relação à delimitação do preço máximo de revenda, culminando com o caso *Khan*.

#### 4.3.8. *STATE OIL CO. VERSUS KHAN*<sup>236</sup>.

Barkat Khan, um revendedor individual, na cidade de Du Page, Illinois, assinou com a State Oil Company, que atuava no mercado de derivados de petróleo, um contrato de distribuição exclusiva, sendo estipulados o aluguel e a exploração do comércio de um posto de gasolina e uma loja de conveniência.

A State Oil Co. estabeleceu um preço máximo de revenda de US\$ 3,25 por galão revendido, e, caso Khan desrespeitasse o teto estabelecido, seu lucro seria revertido exclusivamente para ela.

---

<sup>235</sup>Nas palavras do juiz Brennan: “When a manufacturer provides a dealer an exclusive area within which to distribute a product, the manufacturer’s decision to fix a maximum resale price may actually protect consumers against exploitation by the dealer acting as a local monopolist. The manufacturer acts not out of altruism, of course, but out of a desire to increase its own sales – whereas the dealer’s incentive, like that of any monopolist, is to reduce output and increase price. If an exclusive dealership is the most efficient means of distribution, the public is not served by forcing the manufacturer to abandon this method and resort to self-distribution or competing distributors. Vertical, maximum price fixing thus may have precompetitive interbrand effects even if it is per se illegal because of its potential effects on dealers and consumers. See *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 159 (1968) (Harlan, J., dissenting) (maximum price ceilings ‘do not lessen horizontal competition’ but instead ‘drive prices toward the level that would be set by intense competition,’ by ‘prevent[ing] retailers or wholesalers from reaping monopoly or supercompetitive profits’).”

<sup>236</sup> 522 U.S. 3 (1997)

A delimitação do preço máximo, nesse caso, tinha como objetivo aumentar a procura pelos produtos da State Oil Co. No contrato firmado entre as partes, não havia nenhuma cláusula que determinasse a resolução automática caso ultrapassasse o valor máximo, porém, o distribuidor não tinha nenhum interesse em aumentar seus preços, uma vez que a penalização incidiria sobre o lucro.

A Corte Distrital, nesse caso, contrariando o caso *Albrecht*, determinou que deveria ser aplicada a regra da razão. Já a Corte do Sétimo Circuito reformou a decisão da primeira instância, aplicando o precedente do caso *Albrecht*. Esse julgado foi presidido pelo juiz Richard Posner, defensor da legalidade *per se* das restrições verticais, que criticou a decisão da Suprema Corte no caso *Albrecht*. Posner, segundo suas próprias palavras, curvou-se respeitosamente diante do precedente da Suprema Corte.<sup>237</sup> Entretanto, no próprio voto, afirmou que já estava na hora de a Corte modificar seu entendimento em relação à delimitação do preço máximo de revenda.<sup>238</sup>

A Suprema Corte acatou a sugestão do juiz Richard Posner, modificou tanto a decisão proferida pela Corte do Sétimo Circuito quanto o precedente do caso *Albrecht*, determinando a aplicação da regra da razão nos casos de delimitação do preço máximo de revenda.<sup>239</sup>

No voto, o juiz O'Connor afirmou que as restrições impostas pela Lei Sherman somente poderiam ser consideradas ilícitas se fossem consideradas desarrazoadas. Na análise dos casos concretos, devem ser levadas em consideração as informações específicas sobre o mercado relevante, as condições antes e depois da restrição imposta e a história da restrição, sua natureza e seus efeitos.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> “It had fallen to me to write the opinion in the court of appeals, and, dutifully bowing to the authority of *Albrecht*, the opinion invalidated the oil company’s imposition of a price ceiling on its dealer” (POSNER. *Antitrust law*, p. 188-189).

<sup>238</sup> Nas palavras do juiz Richard Posner: “At some point in the future, the Supreme Court may revisit *Albrecht* and further define the scope of the *per se* rule in the context of vertical maximum price-fixing. Until that time, however, we cannot be sure whether the rule of *Albrecht* is broader than the facts which gave it birth. In the interim, considerations of *stare decisis* and precedent require us to continue to adhere to the *per se* rule against vertical maximum price-fixing in cases in which identifiable anticompetitive effects are present. Although the absence of concrete horizontal implications makes this a considerably closer case, *State Oil*’s conduct does present, for the reasons outlined above and in the majority’s opinion, at least the possibility of the anticompetitive effects identified by the Supreme Court in *Albrecht*”.

<sup>239</sup> Richard Posner (*Antitrust Law*, p. 189) afirmou que esta foi a única vez que uma decisão sua foi modificada, e ele gostou.

<sup>240</sup> “Although the Sherman Act, by its terms, prohibits every agreement ‘in restraint of trade’, this Court has long recognized that Congress intended to outlaw only unreasonable restraints. See, e.g., *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332, 342-343 (1982) (citing *United States v. Joint Traffic Assn.*, 171 U.S. 505 [1898]). As a consequence, most antitrust claims are analyzed under a ‘rule of reason’, according to which the finder of

Nesse caso, foi exposta a célebre frase de que o Direito Concorrencial deve priorizar a proteção da concorrência entremarcas.<sup>241</sup>

Ficou claro que a delimitação do preço de revenda estimula a concorrência entremarcas e diminui o preço para o adquirente. A Corte afirmou que não existia mais fundamento para manter a ilegalidade *per se* determinada no caso *Albrecht*.<sup>242</sup>

Entretanto, a Suprema Corte foi taxativa ao afirmar que a aplicação da regra da razão não poderia ser considerada como sinônimo de legalidade *per se*, ou seja, a partir desse caso, deveria ser analisado o caso concreto (*case to case approach*) para verificar se a restrição imposta geraria mais benefícios que malefícios.<sup>243</sup>

Esta decisão afirmou expressamente que as restrições concorrenciais somente poderiam ser consideradas ilícitas se a conduta analisada se mostrasse particularmente perniciosa.

A delimitação do preço mínimo de revenda continuava sendo vista como ilegal *per se*, de acordo com o centenário precedente *Dr. Miles*.

---

fact must decide whether the questioned practice imposes an unreasonable restraint on competition, taking into account a variety of factors, including specific information about the relevant business, its condition before and after the restraint was imposed, and the restraint's history, nature, and effect."

<sup>241</sup> "Our analysis is also guided by our general view that the primary purpose of the antitrust laws is to protect interbrand competition."

<sup>242</sup> "Informed by the foregoing decisions and scholarship, and guided by the general view that the antitrust laws' primary purpose is to protect interbrand competition, see, e.g., *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 726, and that condemnation of practices resulting in lower consumer prices is disfavored, *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594, this Court finds it difficult to maintain that vertically imposed maximum prices could harm consumers or competition to the extent necessary to justify their *per se* invalidation. *Albrecht*'s theoretical justifications for its *per se* rule—that vertical maximum price fixing could interfere with dealer freedom, restrict dealers' ability to offer consumers essential or desired services, channel distribution through large or specially-advantaged dealers, or disguise minimum price fixing schemes—have been abundantly criticized and can be appropriately recognized and punished under the rule of reason."

<sup>243</sup> "In overruling *Albrecht*, the Court does not hold that all vertical maximum price fixing is *per se* lawful, but simply that it should be evaluated under the rule of reason, which can effectively identify those situations in which it amounts to anticompetitive conduct."

#### 4.3.9. *LEEGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC. V. PSKS, INC.*<sup>244</sup>

A empresa Leegin Creative Leather Products (Leegin) atua no mercado de vestimenta, sob a marca *Brighton*, e fabrica seus próprios produtos, principalmente acessórios de couro feminino.

A colocação de seus produtos no mercado é feita por pequenos distribuidores, mais especificamente, por lojas que revendem diretamente ao consumidor final. A alegação da Leegin, para a escolha desta forma de revenda, é no sentido de que essas pequenas lojas têm um melhor atendimento ao consumidor, já que estes possuem um contato mais próximo e, conseqüentemente, valorizam a marca.

A Leegin instituiu um plano para seus distribuidores denominado “*Brighton Retail Producing and Promotion Policy*”. Entre as várias determinações impostas, havia a obrigatoriedade de seguir a delimitação do preço mínimo de revenda. O preço era estipulado em patamar suficiente para que o revendedor tivesse condições de prestar os serviços indispensáveis para a estratégia da empresa.<sup>245</sup>

A Kay’s Kloset (PSKS) aderiu ao plano da Leegin, porém, não estava respeitando a delimitação do preço de revenda, ao vender os produtos abaixo do mínimo estipulado. Mesmo após diversas advertências feitas, a Leegin suspendeu a venda de seus produtos para a PSKS.

A PSKS levou o caso aos tribunais, e a Corte Distrital indeferiu qualquer meio de prova que pudesse comprovar a eficiência da restrição imposta, e utilizou o precedente do caso *Dr. Miles*, afirmando que a delimitação do preço mínimo de revenda era considerada ilegal *per se*.

O Tribunal do Quinto Circuito afirmou, da mesma forma que a Corte Distrital, que não poderia aplicar a regra da razão, tendo em vista o precedente da Suprema Corte no caso *Dr. Miles*.

---

<sup>244</sup> 551 U.S. 877 (2007)

<sup>245</sup> Conforme relatório da Suprema Corte: “Leegin adopted the policy to give its retailers sufficient margins to provide customers the service central to its distribution strategy. It also expressed concern that discounting harmed Brighton’s brand image and reputation.”

O caso foi encaminhado para a Suprema Corte. Já que havia a possibilidade de esse julgando modificar o secular precedente do *Dr. Miles*, no dia do julgamento, diversos estudiosos do Direito Concorrencial compareceram, entre eles, Robert Bork e Thomas Morgan.<sup>246</sup>

A Suprema Corte superou o precedente do *Dr. Miles*, determinando que as delimitações de preço mínimo de revenda e também todas as formas de delimitação do preço de revenda deveriam, a partir desse julgando, ser analisadas de acordo com a regra da razão.

No voto vencedor, o juiz Kennedy identificou várias eficiências que a utilização da delimitação do preço de revenda pode ocasionar, por exemplo, o incentivo para os distribuidores investirem em serviços ou em esforços promocionais – o que aumenta a concorrência entremarcas, evita a atuação dos *free riders*, facilita a entrada de novos distribuidores<sup>247</sup> e estimula a concorrência entremarcas. O juiz ainda afirmou que a delimitação do preço de revenda não pode ser considerada ilícita *per se*, uma vez que poderá gerar benefícios; mesmo que a restrição vertical tenha possibilidade de gerar mais ineficiências que eficiências, deve ser analisado o caso concreto para que não ocorram injustiças.<sup>248</sup>

Entretanto, a Suprema Corte enfatizou que a delimitação do preço de revenda não é considerada lícita *per se*,<sup>249</sup> apenas que esses casos serão julgados de acordo com a regra da razão. Os potenciais efeitos anticompetitivos da delimitação do preço de revenda não serão ignorados ou subestimados.<sup>250</sup>

Em voto dissidente, o juiz Breyer alegou que essa restrição vertical inibe o crescimento de distribuidores mais eficientes e facilita a cartelização do mercado. Ele ressaltou, ainda, um

---

<sup>246</sup> Palestra proferida por Thomas Morgan no Seminário Internacional de Direito Econômico e Análise Econômica do Direito, Belo Horizonte, 15 maio 2009.

<sup>247</sup> “Offering the retailer a guaranteed margin and threatening termination if it does not live up to expectations may be the most efficient way to expand the manufacturer’s market share by inducing the retailer’s performance and allowing it to use its own initiative and experience in providing valuable services.”

<sup>248</sup> “Vertical retail-price agreements have either procompetitive or anticompetitive effects, depending on the circumstances in which they were formed; and the limited empirical evidence available does not suggest efficient uses of the agreements are infrequent or hypothetical. A *per se* rule should not be adopted for administrative convenience alone. Such rules can be counterproductive, increasing the antitrust system’s total cost by prohibiting procompetitive conduct the antitrust laws should encourage. And a *per se* rule cannot be justified by the possibility of higher prices absent a further showing of anticompetitive conduct. The antitrust laws primarily are designed to protect interbrand competition from which lower prices can later result.”

<sup>249</sup> Nesse sentido, Thomas E. Kauper (How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust): “[V]ertical non-price and price restrictions may not be illegal *per se* after *leegin*, but they are not legal *per se*. (Influence of conservative economic analysis on the development of the law of antitrust).

<sup>250</sup> “As should be evident, the potential anticompetitive consequences of vertical price restraints must not be ignored or underestimated.”

estudo realizado pelo Departamento de Justiça, entre os estados que permitem e proíbem a delimitação do preço de revenda, onde naqueles os preços são 19 a 27% maiores que nestes.

O juiz Breyner afirmou que não houve uma mudança significativa para modificar a forma de pensar da Suprema Corte. O único fato que ocorreu entre o caso *Dr. Miles* e esse julgado aconteceu em 1970, quando da aprovação do *Consumer Goods Pricing Act*, que revogou expressamente o *Miller-Tydings Amendment* e o *Mcguire Act*, que ratificaram o precedente do caso *Dr. Miles*. Ele completa seu voto com a seguinte pergunta: “Até que ponto a atuação dos *free riders* influenciam o mercado?”.

O estudo de que o juiz Breyner faz menção é datado de 1975 e ocorreu devido às *Fair Trade Legislations*. Os *free riders* podem ter um impacto grande no mercado, porém, realmente, em determinado mercado, dependendo de suas características – por exemplo, ausência de serviços pós e pré-venda – não causarão tantos problemas. Mas é por esse motivo que deve ser aplicada a regra da razão, para verificar de forma clara e precisa se aquela determinada delimitação do preço de revenda gerará eficiências e será considerada lícita ou gerará ineficiências e será considerada ilícita.

O direito norte-americano, por ser de *common law*, deve ser analisado através dos precedentes jurisprudenciais. Apesar de existir legislação sobre o assunto, as decisões da Suprema Corte são ricas em suas fundamentações.

#### 4.4. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

O Tratado da União Europeia,<sup>251</sup> no artigo 101, item 1, alínea “a” e “b”, determina expressamente que a delimitação do preço de revenda é proibida e incompatível com o mercado interno, sendo nulos os acordos.

##### Artigo 101º

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

---

<sup>251</sup> O Tratado da União Europeia foi parcialmente modificado pelo Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009.

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
  - b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
  - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
  - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
  - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.
2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.<sup>252</sup>

A Comissão Europeia tem entendimento no sentido de que a delimitação do preço de revenda deve ser visto como um acordo, por esse motivo, é analisado com base no artigo 101. Contudo, dependendo do caso concreto, também pode ser analisado como abuso de posição dominante, à luz do artigo 102<sup>253</sup>:

#### Artigo 102º

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Entretanto, o item 3 do artigo 101 dispõe sobre as exceções em que o item 1, do mesmo artigo, não será aplicado:

- 3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:
  - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
  - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
  - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

<sup>252</sup> Texto em português de Portugal. Todas as transcrições do Tratado da União Europeia serão feitas desta forma.

<sup>253</sup> Nesse sentido: GOYDER. *EC Competition Law*, p. 247.

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Todos os atos, inclusive as decisões referente ao Direito Concorrencial, devem ser interpretados de acordo com os preceitos contidos no artigo 2º do Tratado:

#### Artigo 2º

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

O Tratado da União Europeia aborda de forma geral o Direito Concorrencial. Para normatizar de forma mais específica as diversas questões que surgem, a Comissão Europeia dispõe dos atos legislativos que se dividem em três tipos principais: regulamentos, diretivas e decisões.<sup>254</sup>

- Os regulamentos são comparáveis às leis nacionais, mas são aplicáveis em todos os estados-membros.
- As diretivas fixam os objetivos a atingir, mas deixam aos governos de cada país a escolha dos meios para alcançá-los através de legislação nacional.
- As decisões dizem respeito a questões concretas e são aplicáveis apenas à pessoa ou entidade a que se destinam.

Os regulamentos são diretamente aplicáveis, o que significa que criam direitos e se impõem imediatamente em todos os estados-membros no mesmo nível que uma lei nacional, sem que seja necessária qualquer intervenção por parte das autoridades nacionais.

Assim, o Regulamento 17/62 permitiu que a Comissão Europeia instituísse isenções em bloco em determinadas práticas ou mercados, sem aplicar as determinações do artigo 101, item 1.

---

<sup>254</sup> União Europeia. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/legislation/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/legislation/index_pt.htm)>. Acesso em: 25/05/2011.

### Artigo 3 .

#### Cessação das infracções

1. Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85 ou no artigo 86 do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção.<sup>255</sup>

Essa determinação é seguida pelo Tratado da União Europeia, em seu artigo 103, item 2, aliena “b”:

### Artigo 103º

1. Os regulamentos ou directivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101º e 102º serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as directivas referidas no nº 1 têm por finalidade, designadamente:

a) Garantir o respeito das proibições referidas no nº 1 do artigo 101º e no artigo 102º, pela cominação de multas e adstrições;

b) Determinar as modalidades de aplicação do nº 3 do artigo 101º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;

As isenções por categoria<sup>256</sup> ou individuais, previstas no item 3 do artigo, somente serão aplicadas pela Comissão Europeia. Essas isenções impedem a incidência do artigo 101 do Tratado para determinados mercados ou acordos, porém, as pessoas, tanto física quanto jurídica, podem solicitar para a Comissão Europeia que as isentem também, apresentando, previamente, o ato que pretendem praticar,<sup>257</sup> sendo estas denominadas “isenções individuais”.<sup>258</sup>

Com a finalidade de diminuir o excessivo número de pedidos referentes às isenções individuais, a Comissão Europeia, através de Regulamento, realiza as isenções por categoria. Desta forma, torna-se necessário o estudo dos Regulamentos europeus e das decisões da Comissão Europeia.

<sup>255</sup> Os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma foram convertidos para artigos 81. e 82 através do Tratado de Maastricht (1992). Em dezembro de 2009, através do Tratado de Lisboa, os artigos 81 e 82 foram novamente alterados para os artigos 101 e 102.

<sup>256</sup> As isenções por categoria também são denominadas “isenções por bloco”.

<sup>257</sup> O pedido de isenção individual ocorreu no caso GALEC (Caso T-19/92, 12/12/1996), em que a Yves Saint Laurent apresentou seu contrato de distribuição seletiva para sua aprovação e, conseqüentemente, a isenção. Entretanto, a empresa Groupement d’achat Edouard Leclerc (GALEC) contestou a isenção concedida, porém, o pedido foi julgado improcedente.

<sup>258</sup> Conforme será visto adiante, as isenções individuais foram modificadas, não podendo ser apresentadas de forma prévia, apenas quando já estiver em curso uma questão judicial.

#### 4.4.1. OS REGULAMENTOS E AS DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA

A Comissão Europeia instituiu o Regulamento 19/65, em que as determinações de infração à ordem econômica não seriam aplicadas a acordos entre duas empresas que tenham firmado acordo de exclusividade ou que contenham restrições impostas em relação à aquisição ou à utilização de direitos de propriedade industrial.<sup>259</sup>

Entretanto, dois anos depois, a Comissão Europeia adotou o Regulamento 67/67, que também abordava os acordos de exclusividade entre um fornecedor e um distribuidor, ou seja, a relação de compra e venda exclusiva de uma determinada mercadoria.

Goyder relata que as notificações individuais não diminuíram, uma vez que o Regulamento 67/67 não abarcava diversos contratos de distribuição.

A Comissão Europeia sempre está em constante estudo do mercado e de suas próprias normas, adquirindo experiência nos diversos assuntos, bem como na análise pormenorizada dos casos julgados e dos pedidos de isenções individuais. Com essa experiência, a Comissão Europeia revogou o Regulamento 67/67 e editou os Regulamentos: 1983/83, que disciplina sobre os acordos de venda exclusiva; 123/85, que disciplina sobre os contratos de distribuição de veículos automotores e serviços correlatos; 4087/88, o qual dispõe sobre o contrato de franquia. Todos esses Regulamentos excluía expressamente a possibilidade de concessão da isenção caso o acordo determinasse a delimitação do preço de revenda. O Regulamento 4087/88 permitia apenas o preço sugerido.

A não inclusão da delimitação do preço de revenda nas isenções por categoria não significa que essa restrição é considerada ilícita *per se*, mas que os casos deveriam ser melhor analisados para verificar seus efeitos, da mesma forma que a Suprema Corte Norte-Americana afirmou quando modificou seu posicionamento para a incidência da regra da razão.

---

<sup>259</sup> 1. Sem prejuízo da aplicação do Regulamento nº 17 do Conselho, a Comissão pode declarar, por meio de regulamento e nos termos do nº 3 do artigo 85 do Tratado, que o nº 1 do artigo 85 não é aplicável a categorias de acordos nos quais participem apenas duas empresas e

- a) - Pelos quais uma delas se obrigue perante a outra a fornecer determinados produtos apenas a esta, para fins de revenda, numa parte definida do território do mercado comum, ou
- pelos quais uma delas se obrigue perante a outra a comprar determinados produtos apenas a esta, para fins de revenda, ou
- pelos quais duas empresas assumam entre si obrigações exclusivas de fornecimento e de compra referidas nos dois parágrafos anteriores, para fins de revenda,
- b) Que contenham restrições impostas em relação com a aquisição ou utilização de direitos de propriedade industrial – nomeadamente patentes, modelos de utilidade, desenhos e modelos ou marcas – ou com os direitos resultantes de contratos que impliquem a cessão ou concessão do direito de usar processos de fabrico ou conhecimentos relacionados com a utilização e a aplicação de técnicas industriais.

A Comissão Europeia poderia conceder a isenção individual, mesmo não ocorrendo a isenção por categoria, uma vez que aquela é analisada no caso concreto.

O caso *Deutsche Grammophon Gesellschaft versus Metro*<sup>260</sup> foi julgado pela Corte de Justiça Europeia em 1971. A Deutsche Grammophon atuava em diversos países na Europa e delimitava o preço fixo de revenda para seus distribuidores, sendo a Metro distribuidora na França. Porém, a Metro comprava os discos e os revendia na Alemanha a preços inferiores que os distribuidores germânicos.

A Deutsche Grammophon ingressou em juízo contra a Metro, haja vista que a delimitação do preço de revenda na Alemanha era, na época, considerada lícita. Entretanto, a Corte de Justiça Europeia entendeu que essa restrição vertical era proibida de acordo com as normas de concorrência do Tratado de Roma.

Nessa época, foi julgado o caso *Metro/SABA*.<sup>261</sup> A Metro era uma distribuidora de equipamentos eletrônicos e contestou a política de distribuição seletiva da SABA, que se recusava a vender para aquela que, segundo suas argumentações, não preenchia os requisitos impostos.

A Corte entendeu que a concorrência via preços não é a única forma de concorrer, e a delimitação do preço de revenda a um determinado patamar não caracteriza, obrigatoriamente, infrações à ordem econômica.<sup>262</sup>

Esse caso foi decidido em dois momentos. No primeiro a Metro, em face da Comissão Europeia, questionou a isenção individual concedida ao sistema de distribuição seletiva da SABA, o que foi julgado improcedente. Em seguida, em 1985, novamente a Metro ingressou com nova demanda, sendo novamente julgada improcedente, em 1986.

---

<sup>260</sup>78/70.

<sup>261</sup>26-76, de 25 de outubro de 1977.

<sup>262</sup>Nas palavras na Corte: “La concurrence par le prix, pour importante qu’elle soit – de sorte qu’elle ne peut jamais être éliminée –, ne constitue pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue. La préoccupation, s’agissant de grossistes et détaillants spécialisés, de maintenir un certain niveau de prix correspondant à celle du maintien, dans l’intérêt du consommateur, de la possibilité pour un système de distribution sélective de substituer à côté de formes de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente, rentre dans le cadre des objectifs qui peuvent être poursuivis sans tomber nécessairement sous l’interdiction de l’article 85, paragraphe 1, et, si tel était en tout ou en partie le cas, dans le cadre de l’article 85, paragraphe 3. Tel est, d’autant plus, le cas si ces conditions contribuent, en outre, à une amélioration de la concurrence pour autant qu’elle porte sur d’autres éléments que le prix. Il appartient cependant à la Commission de veiller à ce que la rigidité de cette structure ne soit pas renforcée, ce qui pourrait se produire dans l’hypothèse d’une multiplication de réseaux de distribution sélective pour la commercialisation d’un même produit”.

Em 1982, o caso *Metro* foi utilizado pela AEG-Telefunken AG como defesa na investigação sobre sua política de delimitação do preço mínimo de revenda junto aos distribuidores.<sup>263</sup>

Entretanto, a Corte de Justiça foi expressa ao afirmar que, no caso *Metro*, os distribuidores não tinham a obrigação de seguir o preço determinado pela SABA, diferentemente do caso AEG, uma vez que esta determinava a obrigatoriedade dos preços de revenda.

Em 1986, o célebre caso *Pronuptia de Paris*<sup>264</sup> foi julgado. A empresa francesa Pronuptia de Paris GmbH de Francfort-sur-le-Main, criada em 1958, atuava no mercado de roupas e artigos relacionados a casamento. Na Alemanha, local onde esse caso foi discutido, a distribuição dos produtos ocorria através de subsidiárias e de revendedores independentes que firmavam contratos de franquia e operavam lojas sob a marca Pronuptia de Paris.<sup>265</sup>

A franqueadora, Pronuptia de Paris GmbH de Francfort-sur-le-Main, firmou contrato com a franqueada, MmeSchillgalis de Hambourg, que, utilizando a denominação “Pronuptia de Paris”, revendia seus produtos nas regiões de Hambourg, Oldenbourg e Hanovre.

Entre as várias restrições investigadas nesse caso, havia o preço sugerido, e a Comissão decidiu que, caso não houvesse uma obrigação para seguir o preço, este seria meramente indicativo, não ocorrendo prejuízos para concorrência.<sup>266</sup>

Em 1997, a Comissão Europeia abrandou o posicionamento em relação às restrições verticais, até então rígidos, e adotou o Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária de concorrência.<sup>267</sup> A Comissão reconheceu que as restrições verticais poderiam beneficiar o mercado gerando eficiências, contudo, estas poderiam ser utilizadas de forma abusiva, prejudicando e restringindo a concorrência.<sup>268</sup>

---

<sup>263</sup> Caso 107/82.

<sup>264</sup> Caso 161/84.

<sup>265</sup> TURRA. *Infrações concorrenciais nos contratos de franquia*, p. 125.

<sup>266</sup> “Le fait pour le franchiseur de communiquer au franchisé des prix indicatifs n’est pas constitutif d’une restriction de la concurrence, à la condition qu’il n’y ait pas entre le franchiseur et les franchisés ou entre les franchisés une pratique concertée en vue de l’application effective de ces prix.”

<sup>267</sup> “A necessidade do Livro Verde foi afirmada pela Comissão Europeia da seguinte forma: A criação do mercado único constitui um dos objetivos fundamentais da política da concorrência da União Europeia. Embora se tenham registado grandes progressos neste âmbito, revelam-se ainda necessários esforços acrescidos para tirar pleno partido das vantagens económicas decorrentes da integração.”

<sup>268</sup> No entanto, os acordos entre produtores e distribuidores podem ser igualmente utilizados para prosseguir a compartimentação do mercado e excluir novos operadores que contribuiriam para intensificar a concorrência e exercer uma pressão para a baixa dos preços. Os acordos entre produtores e distribuidores (restrições verticais) podem, por conseguinte, ser utilizados em benefício da concorrência mediante a promoção da integração do mercado e de uma distribuição eficiente ou em seu detrimento, bloqueando a integração e a concorrência. As

O Livro Verde é expresso ao determinar que as delimitações do preço de revenda (fixo, máximo e mínimo), nos contratos de seletividade, distribuição, compra exclusiva e franquia, não devem ser incluídas nas isenções por categoria:

O fornecedor não pode intervir de forma alguma no sentido de assegurar por parte dos seus distribuidores a observância de um determinado nível de preços a retalho, independentemente de se tratar de preços fixos, mínimos ou máximos. De igual modo, é geralmente excluída a possibilidade de concessão de uma isenção pela Comissão no que respeita a restrições que limitem a liberdade do distribuidor autorizado de fixar o nível de descontos que deseja conceder aos seus clientes.

Com relação aos preços sugeridos, o Livro Verde as admite, porém, não deverá haver nenhuma obrigação ou incentivos para os distribuidores seguirem o preço.

A Comissão admite que o fornecedor comunique aos seus distribuidores autorizados recomendações de preços desde que, todavia, estas não sejam seguidas de instruções vinculativas ou acompanhadas de medidas que obriguem ou incentivem os retalhistas a não desrespeitar as referidas recomendações. Sem prejuízo desta condição, as recomendações de preço não são consideradas como restritivas da concorrência.

Em 1998, a Comissão Europeia adotou uma Comunicação relativa à aplicação das regras comunitárias de concorrência às restrições verticais, de acordo com as determinações do Livro Verde (COM/98/0544).

Esta Comunicação abrandou, ainda mais, a posição da Comissão Europeia em relação à delimitação do preço de revenda, apesar de incluir a delimitação do preço fixo e mínimo de revenda nas denominadas “cláusulas negras”, ou seja, restrições consideradas graves. Em relação às delimitações do preço máximo de revenda, estas passaram a ser consideradas não restritivas da concorrência, além do preço sugerido:

#### Manutenção dos preços de revenda

Sob a designação de manutenção dos preços de revenda (MPR) incluem-se os acordos/componentes que têm por elemento principal o facto de o comprador ser obrigado ou induzido a revender não abaixo de determinados preços, a um certo preço ou não acima de determinados preços. Este grupo inclui preços de revenda mínimos, fixos, máximos e recomendados. (...)

---

diferenças de preço que ainda subsistem entre os estados-membros incentivam as empresas a penetrar em novos mercados, bem como a criar entraves contra a concorrência de novos operadores.

No âmbito do grupo MPR, as restrições graves são a manutenção de preços fixos e mínimos. Preços máximos e recomendados, quando realmente máximos ou recomendados não são considerados restritivos da concorrência.

A mudança de posicionamento da Comissão Europeia ocorreu um ano de a Suprema Corte Norte-Americana modificar em relação à delimitação do preço máximo de revenda, que ocorreu no caso *Khan*.

No ano seguinte, foi instituído o Regulamento 2790, de 22 de dezembro de 1999, relativo à isenção por categoria nos acordos e nas restrições verticais. Desta forma, os Regulamentos 1983/83 e 4087/88 foram revogados.

O Regulamento 2790/99 concede isenção para os acordos em que participam dois ou mais agentes econômicos, nos diversos estágios das cadeias produtiva e distributiva, que disciplinam condições de compra, venda e revenda de bens e serviços que contenham restrições à concorrência previstas no Tratado de Roma, sendo que a participação do fornecedor não poderá ultrapassar 30% do mercado relevante; porém, em caso de fornecimento com exclusividade, a participação que não deverá exceder esse limite será a do comprador.

A imposição de, no máximo, 30% do mercado relevante foi uma inovação trazida pelo Regulamento. Esse patamar demonstra o entendimento da Comissão Europeia em relação às restrições verticais, ao considerar que não haverá problemas concorrências em mercado em que há concorrência entremarcas.

Novamente, mesmo com vários argumentos econômicos da Escola de Chicago, tais como eficiência e ineficiência das restrições verticais, as delimitações do preço de revenda fixo e mínimo foram excluídos dessa isenção por categoria. A Comissão Europeia manteve seu posicionamento no sentido de que tais restrições, independentemente da participação dos agentes econômicos no mercado, tendem a causar mais ineficiências.

Em relação à delimitação do preço máximo de revenda e ao preço sugerido, estes foram incluídos na isenção da categoria, contudo, não deverão ser equivalentes à delimitação do preço mínimo ou fixo.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Artigo 4º: A isenção prevista no artigo 2º não é aplicável a acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto:

Não só as delimitações do preço de revenda mínimo e fixo foram excluídas dessa isenção. Também foram consideradas restrições graves (*Hardcore restrictions*): venda passiva;<sup>270</sup> na distribuição seletiva, o fornecedor não pode restringir as vendas, tanto passivas quanto ativas, realizadas por distribuidores a terceiros ou a outros distribuidores; o fornecedor não pode impedir que o fornecedor de peças de reposição venda diretamente a adquirentes finais ou a prestadores de serviços de manutenção.

O Regulamento 2790/99 determinava, no artigo 13, que esse Regulamento iria caducar no dia 31 de maio de 2010.

No ano seguinte, a Comissão Europeia apresentou as Orientações<sup>271</sup> em relação às restrições verticais, de acordo com o Regulamento 2790/99, estabelecendo princípios para a análise das restrições. Seguindo a determinação desse Regulamento, as orientações afirmam que a delimitação do preço de revenda em sua forma fixa e mínima é considerada uma infração grave, não sendo acobertada pela isenção.

Entretanto, a delimitação do preço máximo de revenda e o preço sugerido continuaram isentos da aplicação das normas do Tratado de Roma, desde que o fornecedor não detenha mais de 30% do mercado relevante. A Comissão Europeia visualiza, porém, alguns riscos para essas restrições. O risco, para a Comissão, é no sentido de que a delimitação do preço máximo de revenda e o preço sugerido sejam utilizados como um ponto de referência para os distribuidores para serem seguidos pela maior parte ou por todos eles, bem como a facilitação da cartelização do mercado a jusante.

Assim, para verificar se há possibilidade de a delimitação do preço máximo de revenda e o preço sugerido causarem efeitos anticoncorrenciais, deve ser analisada a participação do fornecedor no mercado. Quanto mais forte for a posição do fornecedor no mercado, maior será o risco de que essas restrições conduzam a uma aplicação mais ou menos uniforme do nível de preços por parte dos distribuidores, uma vez que podem utilizar como ponto de referência. Outro fator é a participação dos concorrentes no mercado, em que, caso haja um oligopólio, haverá a possibilidade de colusão.

---

a) A restrição da possibilidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade do fornecedor de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não sejam equivalentes a um preço de venda fixo ou mínimo como resultado de pressões, ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes;

<sup>270</sup> Distribuidores, da mesma marca, devem atender aos pedidos feitos por adquirentes situados na área de atuação de outro distribuidor.

<sup>271</sup> 2000/C 291/01

A partir do Regulamento 2790/99, as isenções individuais cessaram. A Comissão Europeia somente isentaria uma determinada categoria. Contudo, caso ocorresse algum litígio envolvendo um ato específico, a parte poderia solicitar a isenção individual, porém, não há mais a isenção individual prévia.

(...) o acordo vertical com efeitos retroactivos a partir da sua data de entrada em vigor se estiverem preenchidas as quatro condições previstas no n. 3 do artigo 81. A empresa notificante não tem que explicar a razão pela qual o acordo não foi comunicado formalmente mais cedo e não lhe será negada a isenção retroactiva devido ao facto de não o ter formalmente verificada anteriormente. Qualquer notificação será analisada pelos seus próprios méritos.

Os acordos verticais podem beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.3 do artigo 81a contar da data da sua entrada em vigor mesmo se a comunicação formal ocorrer após essa data. Isto significa que, na prática, não é necessária comunicação formal a título cautelar. Se surgir um litígio, uma empresa pode ainda comunicar formalmente, caso em que a Comissão pode isentar.

No dia 29 de junho de 2001, a Comissão Europeia condenou a Volkswagen AG ao impor preço mínimo de revenda a seus concessionários. A fábrica alemã comunicou aos distribuidores que estes não poderiam vender o novo modelo Passat Variant, lançado no mercado alemão em 6 de junho de 1997, a preços inferiores ao preço aconselhado. Assim, a Comissão Europeia entendeu que essa restrição vertical prejudicou a concorrência entre os concessionários da marca:

A medida contestada no caso em apreço destinava-se a manter para o VW Passat na Alemanha um nível de preço de venda artificialmente elevado. Mais ainda, destinava-se a criar e reforçar para todo o território da Alemanha uma zona de preços elevados, independentemente de o cliente interessado ser proveniente da própria Alemanha ou de outro Estado-Membro.

O Regulamento 2790/99 caducou em 31 de maio de 2010, e foi necessária a elaboração de novo Regulamento. No dia 1º de junho de 2010, entrou em vigor o Regulamento 330/2010, tendo este também prazo para caducar, qual seja, dia 31 de maio de 2022.

O Regulamento 330/2010 não trouxe modificações em relação à delimitação do preço de revenda.<sup>272</sup> Os preços de revenda mínimo e fixo continuaram de fora da isenção, além de

---

<sup>272</sup> As modificações mais efetivas que o Regulamento 330/2010 realizou ocorreram nas normas referentes a compras pela internet.

serem considerados infrações graves,<sup>273</sup> e a delimitação de preço máximo e o preço sugerido fazem parte do bloco, desde que estes não correspondam àqueles.<sup>274</sup>

Uma modificação significativa ocasionada pelo Regulamento, mas que reflete em todas as restrições verticais, refere-se à participação das empresas envolvidas no acordo.

Conforme visto, no Regulamento 2790/99, a isenção era aplicada nos acordos em que a participação do fornecedor não ultrapassasse 30% do mercado relevante e, nos casos de fornecimento com exclusividade, a participação do comprador não deveria exceder esse limite.

No Regulamento 330/2010, foi mantida a participação máxima de 30%, mas esse limite deveria ser seguido tanto pelo fornecedor quanto pelo distribuidor, independente do contrato analisado.<sup>275</sup> Com essa determinação, a Comissão Europeia reduz o campo de isenção, uma vez que, no Regulamento anterior, os distribuidores que detinham mais de 30% de participação no mercado poderiam usufruir da isenção, desde que o fornecedor não ultrapassasse esse limite.

Agora, o Regulamento 330/2010 exclui de seu alcance os distribuidores com grande participação no mercado. Isso ocorreu, devido ao poder que os grandes varejistas adquiriram nos últimos tempos. Antigamente, a pressão exercida na cadeia distributiva de um produto era a jusante. Com os grandes varejistas, esse poder passa a ser a montante. Dessa forma, a Comissão Europeia retira do bloco de isenção os distribuidores com grande participação no mercado.

Novamente, a exclusão das delimitações do preço mínimo e fixo e dos acordos, que contenham restrições verticais, realizados entre empresas com participação acima de 30% do

---

<sup>273</sup> A isenção prevista no artigo 2º não é aplicável aos acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto:

a) A restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade de o fornecedor impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não correspondam a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes; (item 10 do preâmbulo)

<sup>274</sup> Artigo 4º: A isenção prevista no artigo 2º não é aplicável aos acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto:

a) A restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade de o fornecedor impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não correspondam a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes;

<sup>275</sup> Artigo 3º: A isenção prevista no artigo 2º é aplicável na condição de a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais.

mercado não são considerados ilícitos *per se*, porém, deverão demonstrar, perante a Comissão Europeia, que esses atos não ocasionarão efeitos anticoncorrenciais.<sup>276</sup>

As orientações<sup>277</sup> relativas às restrições verticais, de acordo com o Regulamento 330/2010, trouxeram poucas modificações em relação à delimitação do preço de revenda. A novidade dessas orientações diz respeito aos efeitos ocasionados pelas delimitações do preço fixo e mínimo de revenda de forma mais específica, diferentemente das orientações do Regulamento 2790/99 que abordavam os efeitos das restrições verticais, de forma geral, e, de forma mais específica, apenas em relação ao preço sugerido e à delimitação do preço máximo de revenda.

De forma expressa, as orientações afirmam que as delimitações do preço fixo e do mínimo de revenda não se encontram dentre as restrições verticais isentas constantes do Regulamento 330/2010, porém, não consideradas ilícitas *per se*. Há, na verdade, uma presunção de que tais restrições não preenchem as isenções constantes no item 3 do artigo 101 do Tratado.

Cabe às partes a comprovação de que as delimitações do preço fixo e mínimo de revenda constante no contrato de distribuição são susceptíveis de gerar ganhos de eficiência, demonstrando que as condições para a aplicação do artigo 101, item 3, foram preenchidas.

Da mesma forma que as orientações impõem a obrigação para as partes comprovarem o ganho de eficiência com a restrição, há também a determinação que incumbirá à Comissão apreciar efetivamente os possíveis efeitos negativos sobre a concorrência e aos consumidores, para julgar a questão.

As possíveis ineficiências causadas pela delimitação do preço de revenda máximo e fixo são expostas nas orientações: (i) facilitação de cartelização no mercado dos fornecedores; (ii) abrandamento da concorrência entre os fornecedores e entre os distribuidores; (iii) impossibilidade de diminuir o preço; (iv) utilização da delimitação do preço de revenda de forma predatória por parte do fornecedor; e (v) diminuição da inovação no mercado do distribuidor.

Identificam-se também as possíveis eficiências da delimitação do preço mínimo e fixo, não se limitando às ineficiências. As eficiências poderão ser geradas, segundo as orientações: (i)

---

<sup>276</sup>Nesse sentido, o Press Release da Comissão Europeia (IP/10/445): “This does not mean agreements between companies with higher market shares are illegal. Only that they must assess whether their agreements contain restrictive clauses and, whether they would be justified”.

<sup>277</sup> 2010/C 130/01

quando um fabricante introduz um novo produto no mercado, mas a delimitação do preço somente poderá correr durante o período introdutório de expansão da procura; (ii) campanhas coordenadas de preços baixos a curto prazo (duas a seis semanas); (iii) a margem adicional proporcionada pela delimitação do preço de revenda poderá permitir que os distribuidores forneçam serviços pré-venda; e (iv) a eliminação dos *free riders*.

A Comissão Europeia tem um posicionamento mais brando que os Estados Unidos em relação à delimitação do preço de revenda, uma vez que este, durante muito tempo, entendeu pela aplicabilidade da regra *per se*.

#### 4.5. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

##### 4.5.1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A primeira manifestação legislativa com a finalidade de coibir quaisquer formas de obstaculizar a livre concorrência<sup>278</sup> surgiu em 1938, pelo Decreto-Lei nº 869,<sup>279</sup> que normatiza a delimitação do preço de revenda, considerando-a ilícita:

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

Novamente, em 1951, a Lei nº 1.951, que alterou alguns dispositivos do Código Penal da época, manteve a ilicitude da delimitação do preço de revenda:

Art. 2º. São crimes desta natureza:

(...)

VIII - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

<sup>278</sup>FONSECA. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*, p. 49.

<sup>279</sup> Segundo João Bosco Lepoldino da Fonseca (*Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 51) este dispositivo foi aplicado uma única vez no caso Standard Oil Company Brasil, em que os distribuidores da Standard eram obrigados a cumprir as condições comerciais e os preços indicados. Assim, a cláusula foi considerada ilícita.

A imposição unilateral da delimitação do preço de revenda e o preço sugerido não estavam encobertos pelos dois diplomas, ou seja, apenas o acordo era considerado ilegal, e os efeitos do ato não são analisados.

Em 1945, surge o Decreto-Lei nº 7.666/45, que não aborda a questão do crime, mas dos atos contrários à ordem moral e econômica. Esse diploma legal não trata, de forma expressa, a delimitação do preço de revenda, porém, considerava qualquer restrição da liberdade econômica de outras empresas como contrários aos interesses da economia nacional.<sup>280</sup> Contudo, esse Decreto-Lei vigorou por apenas três meses.

Nova lei surgiu em 1962: a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, tendo sido criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Não foi incluída, de forma expressa, a delimitação do preço de revenda.

Tendo em vista que a Lei nº 4.137/62 tinha como finalidade a repressão ao abuso do poder econômico, a delimitação do preço de revenda, assim como todas as demais práticas que poderiam restringir ou eliminar a concorrência, deveria ser analisada caso ocorressem abusividades quando de sua estipulação, caso contrário, seriam consideradas lícitas.

A Lei nº 4.137/62 não teve efetividade material devido ao grande intervencionismo estatal, tendo em vista a Lei nº 1.522/51, que permitia o tabelamento de preços<sup>281</sup> realizados pela Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), posteriormente substituída pela Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB).

Entre o surgimento da Lei nº 4.137/62 até o início da década de noventa, não houve nenhum julgado pela prática de delimitação de preço de revenda, uma vez que os preços eram estabelecidos através do intervencionismo estatal, ou seja, o Brasil privilegiou policiar preços de produtos, em detrimento da repressão ao abuso do poder econômico.<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I - os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;  
b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;  
c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional.

<sup>281</sup> Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, na forma do art. 146 da Constituição, a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, sempre que dêles houver carência. (...)

Art. 2º A intervenção consistirá: (...)

II - na fixação de preços e no controle de abastecimento.

<sup>282</sup> DUTRA. Preços e polícia, p. 17.

No dia 08 de janeiro de 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.158<sup>283</sup> com a finalidade de instituir normas para a defesa da concorrência. Essa Lei determinava que as infrações contra a ordem econômica, inclusive a delimitação do preço de revenda, somente seriam consideradas ilícitas caso gerassem prejuízos para o mercado:

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

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

O Brasil vinha evoluindo seu pensamento e seu posicionamento em relação às infrações à ordem econômica, mas necessitava de uma Lei mais eficaz e de um órgão concorrencial mais atuante. A Lei nº 8.884/94<sup>284</sup> veio sanar os problemas concorrenciais brasileiros, principalmente em relação à falta de efetividade, o que garantiu mais liberdade de concorrência, ao se incluir simultaneamente entre os sistemas de proibição do perigo e os de proibição do resultado.<sup>285</sup>

Essa Lei incluiu a delimitação do preço de revenda como infração à ordem econômica no artigo 21, inciso XI:

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

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

A Lei nº 8.884/94 adotou expressamente a regra da razão. A infração à ordem somente se caracterizará se o ato tenha por objeto ou possa produzir, ainda que não sejam alcançados, os seguintes efeitos: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a

<sup>283</sup> A Lei nº 8.158/91 não revogou a Lei nº 4.137/62.

<sup>284</sup> Foram expressamente revogadas as Leis nº 4.137/62 e 8.158/91.

<sup>285</sup> FONSECA. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*, p. 105.

livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva a posição dominante.

O artigo 21, inciso XI afirma que a imposição de preços de revenda poderá ser considerada uma infração à ordem econômica. Pode-se afirmar, então, que a delimitação de preço de revenda, no Brasil, somente será punida se for praticada unilateralmente?

Essa afirmação não pode ser feita, por dois motivos. Em primeiro lugar, mesmo que a delimitação de preço de revenda não estivesse discriminada no inciso XI do artigo 21, essa restrição também poderia ser considerada contrária à ordem econômica se gerasse os efeitos estipulados no artigo 20, uma vez que as infrações contidas no artigo 21 não são taxativas. Segundo, a delimitação do preço de revenda realizada através de acordo entre os fornecedores, entre fornecedor e distribuidores ou entre distribuidores poderá ser enquadrada no inciso II do artigo 21, qual seja, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Apesar de esse inciso ser normalmente utilizado para o cartel, nada impede que seja aplicado na delimitação do preço de revenda, uma vez que essa restrição vertical tem como finalidade a adoção de condutas uniformes entre os distribuidores.

Ademais, para que um ato ou um contrato tenha a possibilidade de restringir ou eliminar a concorrência, além de não gerar os efeitos dos incisos do artigo 20, deverá também cumprir as determinações do artigo 54:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Normalmente, o artigo 54 é utilizado na análise de atos de concentração, contudo, não há nenhuma determinação legal para que seja aplicado apenas nesses casos, muito pelo contrário: a norma afirma expressamente que são os atos, sob qualquer forma manifestados,<sup>286</sup> sem especificação para sua aplicabilidade.

#### 4.5.2. O POSICIONAMENTO DO CADE

Apesar de as determinações legais brasileiras estarem vigentes desde 1962, sua real efetividade começou em 1994, através da Lei nº 8.884, tendo em vista o intervencionismo estatal que ocorria anteriormente, ou seja, há 17 anos. Por isso, há poucas decisões do CADE sobre a delimitação do preço de revenda, e se faz necessário um posicionamento mais efetivo a respeito dessa questão.<sup>287</sup>

No Processo Administrativo nº 89/92, julgado pela conselheira relatora Lucia Helena Salgado e Silva, sendo representante o Sr. José Galvani Alberton e representadas a Koerich S/A Comércio de Automóveis, Amauri Peças e Veículos Ltda. e Volkswagen/Autolatina do Brasil, o CADE determinou o arquivamento da investigação. O caso se iniciou com uma denúncia feita pelo Sr. José Galvani Alberton, que foi vítima de capotamento de seu automóvel Santana. Ao solicitar a duas concessionárias, a Koerich S/A Comércio de Automóveis e a Amauri Peças e Veículos Ltda., estas orçaram o serviço em Cr\$ 54.448.600,00 e Cr\$ 53.602.729,24, respectivamente, preços correspondentes a 155% do preço do veículo novo.

As concessionárias apresentaram defesas contraditórias. A Amauri Peças afirmou que era a Volkswagen quem, de fato, determinava os preços finais de revenda das peças à vista, sendo que os preços a prazo eram determinados pela Associação Brasileira de Veículos (Assobrave). Já a Koerich alegou que os preços eram apenas recomendados, sendo esta a sustentação da própria Volkswagen.

---

<sup>286</sup> Nesse sentido João Bosco Leopoldino da Fonseca (*Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*, p. 343): O *caput* do artigo 54 tem uma abrangência muito grande, porque situa os atos que possam por qualquer forma lesar a concorrência num plano de possibilidade. E quem terá que avaliar a possibilidade de lesão é o CADE. Da mesma forma, Leonardo Canabrava Turra (*Da condição discriminatória como forma de abuso do poder econômico*, p. 179): “[...] a lei, por seu artigo 54, menciona qualquer ato; não determina sejam eles atos de concentração, ou os atos de transferência patrimonial, ou nenhuma outra expressão que induza à interpretação que se lhe vem conferindo”.

<sup>287</sup> Nos Processos Administrativos 91/92 e 103/92, que envolvem o mercado cimenteiro, não restou comprovada a prática de preço sugerido, sendo estes arquivados.

A conselheira relatora arquivou o Processo Administrativo por ausência de provas, mas alegou que provavelmente essa questão não se referia a preço sugerido, mas à delimitação de preço máximo de revenda. O conselheiro Márcio Felski proferiu seu voto, afirmando que se tratava de delimitação de preço máximo de revenda. Ele, no entanto, também determinou o arquivamento, por ausência de provas sobre os efeitos desse ato sobre o consumidor.

No Processo Administrativo nº 08000.017766/95-33, a representante foi a União Catarinense de Veículos, representada, a Fiat do Brasil S/A, e a conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, novamente relatora.

Foi objeto de análise a delimitação de preço fixo de revenda, além de outras restrições verticais que eram impostas, na relação envolvendo a Fiat Brasil S/A e seus concessionários. Na conclusão da conselheira, esse ato gera ineficiências no mercado e, principalmente, para o consumidor, pois este tem a necessidade periódica de realizar revisões e aquisições de determinadas peças de reposição.

Entretanto, a conselheira reconheceu a impossibilidade de condenar pela delimitação de preço fixo de revenda, tendo em vista que a FIAT jamais havia sido intimada para se defender sobre essa questão, embora conste na denúncia original.<sup>288</sup>

Entendemos que, nesses dois últimos casos, o CADE perdeu a oportunidade de iniciar um profundo debate sobre a delimitação do preço de revenda; sequer foi feita a diferenciação das modalidades dessa restrição vertical.

Outro caso analisado pelo CADE em que foi abordada a delimitação do preço de revenda foi a formação da *joint venture* denominada “Miller Brewing do Brasil Ltda.” entre a Companhia Cervejaria Brahma e a Miller Brewing Company.<sup>289</sup>

A *joint venture* tinha como finalidade a fabricação, importação, exportação e distribuição dos produtos da Miller. Entre as obrigações da nova empresa, constava a determinação de que o preço de revenda aos consumidores da cerveja Miller Genuine Draft deveria ser, no mínimo, 15% para as latas e 25% para as garrafas superiores ao preço da cerveja “Brahma”.

---

<sup>288</sup> Nas palavras da conselheira: “Entretanto, a conduta de fixação de preço de revenda trata-se de matéria jamais investigada, e sobre a qual a representada jamais foi instada a se pronunciar, embora consta na denúncia original. De acordo com a representante, certos componentes e peças da Fiat Diesel chegavam a custar 1.500% a 2.000% a mais que o similar da concorrência”.

<sup>289</sup> Ato de Concentração 58/95.

O CADE entendeu que o ato poderia ser aprovado, desde que fosse excluída a determinação sobre os preços de revenda dos produtos da Miller, uma vez que essa estipulação poderia prejudicar a concorrência e caracterizaria acordo entre concorrentes, ou seja, cartel.

Os acordos de preços acima relacionados evidenciam pelo menos duas disfunções do ponto de vista da concorrência. A primeira é a acentuação do caráter colusório da operação, visto que, ao adotarem tal conduta comercial concertada, as partes selam a supressão de concorrência entre elas, em prejuízo da independência possível de ser mantida pelos participantes de alianças como esta. A segunda, na verdade uma decorrência da primeira, é que tais práticas representam, na realidade, artifícios semelhantes aos acordos de preços de cartéis, que visam a acentuar as barreiras levantadas pela operação, alcançando concorrentes efetivos e potenciais e contribuindo para impedir que o mercado funcione com maior grau de competição.

A análise do CADE, nesse caso, se limitou ao acordo horizontal entre os dois agentes econômicos, contudo, não foi dada a importância para um dos pontos principais, qual seja, a Miller não atuava no mercado brasileiro, essa *joint venture* é uma forma de entrada de um novo concorrente. Em relação à delimitação do preço de revenda, concordamos com o posicionamento do Conselheiro Ruy Santacruz no ato de concentração nº 122/97, que será analisado adiante.

No Processo Administrativo nº 08000.018299/96-86, foram investigadas a Editora Ática S/A e sua distribuidora Livraria Eldorado Brasília Ltda., tendo sido relator o conselheiro Arthur Barrionuevo Filho. Interessante o fato que originou a abertura do Processo Administrativo. Uma consumidora fez uma reclamação, haja vista que não conseguiu comprar dois livros didáticos infantis diretamente na Distribuidora Eldorado, pois esta só vendia uma quantidade mínima de 12 exemplares. Quando a compra foi realizada, na Livraria Eldorado, houve a queixa sobre o preço elevado dos produtos. Essa queixa levou à abertura do Processo Administrativo, com base no artigo 20, incisos I e II (limitar ou falsear a livre concorrência e dominar mercado relevante de bens e serviços) e, no artigo 21, inciso IX (utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros) da Lei nº 8.884/94.

Constatou-se, posteriormente, que apenas o inciso I do artigo 20 da Lei nº 8.884/94 poderia ter alguma relação com o fato inicial e com aqueles apurados até a abertura do processo, pois não existia qualquer indício de domínio de mercado relevante ou de utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços.

Na consultoria feita à Livraria Eldorado, esta informou que os preços praticados pelas livrarias eram baseados no preço de capa, e que a distribuidora os adquiria à Editora Ática com desconto de 52% do preço de capa e os revendia às livrarias com desconto de 27% desse preço.

A Livraria apresentou o contrato de distribuição com a Editora, e nele há a determinação de que os preços de capa sejam observados, o que seria, segundo a Livraria, uma proteção ao consumidor, no sentido de evitar abusos dos lojistas. Assim, essa prática de delimitação de preço fixo de revenda seria a única possível infração.

O CADE entendeu pelo arquivamento, uma vez que ficou caracterizada que se tratava de um mero preço sugerido, pois a Editora Ática apresentou notas fiscais que comprovaram que os preços dos livros ao consumidor. Não obstante, a cláusula contratual variava de uma livraria para outra, e a Editora não recebia qualquer informação sobre o preço final praticado pelos livreiros.

Novamente, nesse caso, mesmo determinando o arquivamento, o CADE permaneceu inerte a respeito de seu real posicionamento sobre a delimitação do preço de revenda. Não há como identificar como o CADE se posicionou diante dessa situação.

No Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55, tendo como representante a Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. e como representada a Companhia Cervejaria Brahma, foi objeto de investigação as restrições verticais impostas pela cervejaria para seus distribuidores, dentre as quais havia a delimitação de preço fixo de revenda de acordo com tabela elaborada pela Brahma.

A distribuidora alegou que, em razão da imposição da tabela, não existia concorrência, de sorte que seu lucro era ditado pela cervejaria de modo unilateral. Inicialmente sua margem de lucro bruta teria sido de 42,96%; no entanto, após seis meses, teria chegado a próximo de zero devido ao fato de a Brahma ter majorado os preços à revendedora, sem a correspondente alteração da tabela de preços de revenda, abusando de seu poder econômico. Tendo essa situação atingido o ápice em setembro de 1995, a distribuidora, à beira da falência, denunciou o contrato.

O conselheiro relator Ruy Santacruz afirmou que não havia sequer indícios de infração à ordem econômica, não cabendo ao CADE analisar o descumprimento de cláusulas

contratuais; o foco seria o combate ao abuso do poder econômico, de forma a impedir prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa e exercício abusivo de posição dominante. Assim, foi determinado o arquivamento dos autos.

Concordamos com a afirmação do CADE de que não cabe a esse órgão analisar descumprimento de cláusulas contratuais. Ademais, nesse caso ainda existia acordo de exclusividade territorial, ou seja, a concorrência intramarca não é causada pela delimitação do preço de revenda, mas sim, pela exclusividade.

Contudo, entendemos que, novamente, o CADE perdeu a oportunidade de realizar uma análise mais ampla, e verificar os reais efeitos de todas as restrições verticais impostas pela cervejaria a seus distribuidores de uma forma geral.

Em 1997, foi julgado o caso *Kibon*.<sup>290</sup> O Sindicato e a Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo apresentaram representação em face das Indústrias Alimentícias Gerais S/A (Kibon), alegando que esta teria cometido conduta anticoncorrencial, através da fixação das listas de preços que, mesmo sugeridas, estariam estabelecendo uma padronização de comportamento que seria anticompetitiva, sendo que não havia nenhum contrato formalizado entre as partes.

A Kibon, em sua defesa, alegou que as representantes estavam confundindo o ato de enviar tabelas para serem afixadas nos pontos de venda com imposição de preços de revenda. A lista enviada pela Kibon não é meramente indicativa, sendo esta lícita, pois não há nenhum tipo de imposição, e ela fornece maior transparência ao consumidor sobre um preço de revenda razoável.

O CADE, através do voto do conselheiro relator Leônidas Xausa, entendeu que o ato praticado pela Kibon era de preço sugerido, sem ocorrer prejuízo para a concorrência, uma vez que: (i) não existiam condições estruturais que permitissem à Kibon exercer domínio de mercado, obrigando as revendedoras a seguir sua política de preços;<sup>291</sup> (ii) não se verificou a

---

<sup>290</sup> Processo Administrativo 148/94.

<sup>291</sup> O CADE reconheceu que o mercado nacional de sorvetes possui as seguintes características: (i) pulverização da oferta (a participação de mercado da Kibon correspondia, na época, a 15%, seguida pelos 5,6% da Nestlé; o restante do mercado era composto por outros fabricantes com participação inferior a 5%); (ii) inexistência de barreiras à entrada; (iii) alto grau de elasticidade da demanda com relação ao produto (a possibilidade de substituição do sorvete por outros produtos, tais como iogurte, doces, tortas, bolos, chocolates, refrigerante, balas, gelatinas e frutas, é bastante elevada); (iv) o produto é supérfluo, de modo que a elevação excessiva dos preços resultaria, no curto prazo, na diminuição considerável das quantidades vendidas; (v) dispersão de preços; e (vi) clientes varejistas (padarias, lojas de conveniência) com relativo poder de mercado.

existência de dispositivos contratuais ou acordos que obrigassem os distribuidores a expor as tabelas ou seguir a política de preços da Kibon; e (iii) o comportamento dos preços não seguia uma tendência uniforme, ao contrário, apresentava significativa dispersão, evidenciando que o mercado era regido pelas forças da demanda e da oferta.<sup>292</sup>

É importante, ainda, observar que, no voto, o CADE afirmou que a sugestão de preço de revenda seria uma restrição vertical, e que deveriam ser analisados caso a caso para verificar se haverá abusividade. Não foi feito, porém, nenhum tipo de afirmação no sentido de que, se houvesse a obrigatoriedade de seguir o preço sugerido, ficaria caracterizada a fixação do preço de revenda e poderia ocorrer a condenação.<sup>293</sup>

A Ferrero do Brasil Indústria Doceria e Alimentar Ltda. formalizou uma consulta prévia ao CADE,<sup>294</sup> sobre sua política de preços que indicaria os preços sugeridos na embalagem do produto Kinder Ovo. Essa medida seria adotada em razão da alta do preço ocorrida no varejo, tendo em vista o aumento da procura pelo produto. No voto, proferido novamente pelo conselheiro Leônidas Xausa, entendeu-se que o ato praticado não atentaria contra a livre concorrência. O conselheiro Antônio Fonseca ratificou o posicionamento do relator:

[...] o preço máximo de varejo sugerido não oferece preocupação à concorrência, tendo em vista as condições que governam o mercado do produto em apreço. Devo ponderar que essas condições poderão até mudar, caso em que a sugestão ora discutida poderá ter outros efeitos. Detalhes operacionais da sugestão não podem ser negligenciados. Como especulação, essas considerações não devem ser levadas em conta, agora, a não ser para estabelecer que a solução dada à consulta não impede necessariamente o prosseguimento do processo de conduta já referido. A autoridade instrutora poderá apurar, adequadamente e à luz de fatos novos, que a sugestão nas condições atualmente vigentes no mercado gera ou poderá gerar efeitos adversos à concorrência. Assim, a qualquer tempo o CADE poderá determinar a interrupção da prática aqui descrita se ficar apurado, à luz de fatos novos, efeito adverso à concorrência dela decorrente.

No Ato de Concentração nº 122/97, novamente o CADE se deparou com a formação de uma *joint venture* no mercado de cerveja entre a Cervejaria Reunida Skol-Caracu S/A e a Carlsberg S/A.

---

<sup>292</sup> Resumo apresentado por Priscila Brólio Gonçalves (*Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*, p. 281).

<sup>293</sup> O caso Kibon foi utilizado como fundamentação no Processo Administrativo nº 149/94, sendo o mesmo conselheiro relator, os mesmos representantes e, como representada, a Indústria de Sorvetes Ltda. (INSOL).

<sup>294</sup> Consulta 20/97.

A *joint venture* tinha como intuito a prestação de cooperação e transferência de tecnologia e as condições de fabricação, distribuição, importação e exportação da cerveja Carlsberg Green Label Beer e Carlsberg Draft pela Skol. No contrato firmado entre os agentes econômicos, previa-se que o preço do produto da Carlsberg deveria ser superior em, no mínimo, 15% em relação ao preço dos produtos da Skol.

O CADE entendeu que o ato de concentração seria aprovado. No entanto, a cláusula referente à delimitação do preço de revenda não poderia ser aceita, haja vista que causaria prejuízos para a concorrência, ao estipular prazo de 30 dias para a adequação.

O conselheiro Ruy Santacruz, que foi voto vencido, afirmou que a delimitação do preço de revenda estipulado contratualmente não afeta a concorrência. Trata-se de uma estratégia de mercado da própria Carlsberg, ao estabelecer uma faixa de preço mais elevada e que tem por objetivo alcançar um consumidor específico. Após a marca Carlsberg ser reconhecida por consumidores específicos de renda mais alta, esse agente econômico poderá operar individualmente no Brasil, desatrelado da Skol.

Concordamos com o conselheiro Ruy Santacruz: a delimitação de preço de revenda ocorrida nesse caso é uma clara política de entrada paulatina, futura e com risco diminuído no mercado brasileiro. O mercado de cervejas populares necessita, obrigatoriamente, de uma distribuição extremamente capilarizada, tendo um custo extremamente alto. Nesses casos, a cerveja Brahma e a cerveja Carlsberg não são concorrentes, o público-alvo de cada um dos agentes econômicos é diferente.

Entendemos que a preocupação do CADE na diminuição da concorrência entre as duas marcas por causa da delimitação do preço de revenda não é plausível, pois a formação da própria *joint venture*, da forma como feita e aprovada, por si só diminui a concorrência entre as duas marcas, uma vez que fabricação, distribuição, importação e exportação da cerveja Carlsberg Green Label Beer e Carlsberg Draft seria realizada pela Skol.

O questionamento feito no caso se limitou ao aspecto horizontal, não sendo objeto de análise o aspecto vertical e, principalmente, qual o público-alvo das duas marcas.

A Averiguação Preliminar nº 08012.008443/2007-04 foi instaurada através de representação formulada pela Advocacia Geral da União, tendo em vista o tabelamento de preços impostos pelas Representadas (Adidas Brasil Ltda.; Asics Tiger do Brasil Indústria e Comércio; São

Paulo Alpargatas S/A [Rainha e Topper e Mizuno]; Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.; Vulcabras do Nordeste S/A).

No parecer, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) configurou esse caso como de delimitação do preço mínimo de revenda, e afirmou que essa restrição geraria efeitos positivos e negativos, se reportando ao caso *Leegin*, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana. Contudo, pugna pelo arquivamento da averiguação, tendo em vista a ausência de poder de mercado das representadas, pois nenhuma detinha sequer 20% de participação no mercado.

O CADE acatou a defesa apresentada pelas representadas, que alegaram se tratar de mera sugestão de preço de revenda. Assim, o relator, conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, entendeu que o preço sugerido não causaria efeitos negativos no mercado, determinando o arquivamento da Averiguação Preliminar.

O CADE ainda não se posicionou de forma concreta e clara em relação à delimitação do preço de revenda, em todas as suas formas. Essa inércia por parte do CADE poderá gerar insegurança no mercado ou a liberalização das abusividades que os agentes econômicos detentores de poder de econômico poderão gerar.

#### 4.5.3. O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

São poucas as decisões do Poder Judiciário diante da delimitação do preço de revenda, e esses raros julgados não analisam de forma mais efetiva tal restrição vertical, atendo-se as questões processuais ou ao ato jurídico perfeito do contrato.

No Recurso Especial nº 858.239/ SC, que teve como relator o ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 05 de outubro de 2006, o Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicação do artigo 21, inciso XI, da Lei nº 8.884/94, uma vez que:

(...) não obstante este vede a imposição, “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 relativas a negócios destes com terceiros”, não poderia ele ser aplicável a ato jurídico perfeito, anteriormente celebrado.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou o Recurso de Apelação nº 1.0024.01.585710-5/002, em que se discutia o contrato de distribuição entabulado entre a Incorporação das Indústrias de Bebidas Antarctica Norte/Nordeste e a Distribuidora de Bebidas Canada Ltda.

Várias obrigações impostas pela Antarctica a seu distribuidor foram objeto de discussão no decorrer da demanda processual. Em relação à delimitação do preço o Tribunal, não se visualizou nenhuma ilicitude, tendo citado a SUNAB<sup>295</sup> na fundamentação do voto:

Isto porque, à luz do conjunto probatório, não se viu a manipulação de preços pela AMBEV com intuito de controlar os canais de distribuição conquistados pela apelada. Ao revés, com a imposição de preços de compra e venda de seus produtos, a apelante objetivava assegurar o retorno dos custos da produção, o lucro mínimo, bem como sua manutenção em determinado nível do mercado, o que é perfeitamente aceitável na atividade econômica desenvolvida. Providência que se enquadrava, outrossim, nas regras de controle de preços emitidas pela SUNAB.

Aqui, insta reafirmar que a limitação de preço foi aceita pela apelada e não sofreu qualquer insurgência enquanto era-lhe conveniente o negócio. Mostra-se, aliás, irrelevante se perfeitamente equânimes as cláusulas estipuladas no instrumento em testilha, mormente porque determinadas livremente por pessoas jurídicas no âmbito empresarial.

Por outro norte, ainda que o projeto “Excelência 2000” não tenha surtido os efeitos esperados, não pode a apelante arcar com as diferenças, consignadas em perícia, pelo adicional das despesas operacionais impostas. É que, ao aceitar a implantação de tal estratégia, que não se olvide gerou aumento da demanda e com isso de suas receitas, a apelada assumiu o risco do negócio. Com efeito, a conduta comercial da apelante, ao promover tal manobra de marketing na tentativa de fortalecer sua marca no mercado e, por conseqüência, aumentar as vendas de seus produtos, não se revestiu de qualquer ilegalidade ou balizou-se pela má-fé. Em verdade, estabeleceu-se, a época, metas e diretrizes reputadas necessárias para adaptar a distribuição à nova realidade do mercado, providência que se alinha à própria natureza das avenças em foco.

Observa-se a autonomia da vontade das partes de contratar, e de acordo com o seguimento empresarial em foco, as cláusulas convencionadas não ofenderam qualquer princípio de direito ou mesmo as normas relacionadas à atividade desenvolvida, muito menos afrontaram a ordem econômica.

Novamente, no Recurso de Apelação nº 1.0024.03.010002-8/001, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que se discutia o contrato de distribuição estabelecido entre a

---

<sup>295</sup> Conforme vimos anteriormente, a SUNAB tinha como função o tabelamento de preços. Após a promulgação da Constituição da República de 1988 e com a adoção da economia de mercado no Brasil, sua função se tornou claramente inconstitucional, uma vez que o preço deve ser estabelecido livremente pelo mercado; a SUNAB foi, portanto, encerrada e extinta.

Quacker Brasil Ltda. e Milton Carlos Aguiar, diversos pontos foram objetos de questionamento perante o Poder Judiciário. No contrato estabelecido entre as partes, entretanto, previa-se expressamente a delimitação de preço máximo pela Quacker.<sup>296</sup>

Nesse caso, o Tribunal acolheu a questão preliminar arguida de ilegitimidade ativa, porém, na fundamentação da decisão, é claro o posicionamento da teoria da *pacta sunt servanda*.

Constata-se que a aplicação do Poder Judiciário ainda é muito tímida, e os poucos casos que são debatidos judicialmente se atêm única e exclusivamente a questões contratuais; sendo assim, a concorrência não é objeto de análise.

Não só o Poder Judiciário é tímido em relação ao Direito Concorrencial, mas a própria sociedade brasileira. Não seremos ingênuos em acreditar que há poucas demandas que questionem a delimitação de preço de revenda, pois esta não ocorre no Brasil. Muito pelo contrário, essa restrição vertical ocorre, assim como a exclusividade, mas esta é mais comumente debatida.

Falta conhecimento da sociedade brasileira em relação ao Direito Concorrencial, principalmente à delimitação de preço de revenda, para questionar e levar tais questões ao Poder Judiciário, para este decidir.

---

<sup>296</sup> Previa o contrato: Preços de Revenda – O Distribuidor revenderá os produtos previstos neste contrato para seus clientes exclusivamente dentro de sua área, aos preços que vier livremente a determinar, observando os preços máximos e condições de venda e comercialização recomendadas pela Quaker.

## CONCLUSÃO

O contrato de distribuição, apesar de ser amplamente utilizado pelos agentes econômicos para escoar a produção, ainda é atípico. O Poder Judiciário brasileiro, quando se depara com uma demanda em que se questiona essa forma contratual, tem que decidir com base apenas nos princípios gerais do contrato, gerando insegurança jurídica. Apenas o contrato de distribuição firmado entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre é tipificado. Diversos mercados brasileiros utilizam essa forma contratual, porém, sem respaldo legal específico.

É importante que o Poder Legislativo tipifique o contrato de distribuição de forma geral e, para determinados mercados, por exemplo, distribuição de cerveja, legisle de forma específica.

O pensamento em relação à delimitação de preço de revenda mudou ao longo do tempo, e ainda não é um tema pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A delimitação de preço de revenda é uma restrição vertical que deve ser analisada pelos órgãos concorrenciais e pelo Poder Judiciário com extrema cautela, haja vista a possibilidade de gerar danos e benefícios ao mercado.

O preço sugerido não gera nenhum efeito anticoncorrencial, uma vez que não restringe a liberdade do distribuidor para estipular seu preço de acordo com a oferta e a procura, portanto, deve ser considerado lícito *per se*. Contudo, a utilização de estrutura jurídica ou fatores econômicos que têm como finalidade garantir a implementação dos preços que são apenas recomendados descaracteriza o preço sugerido e irá caracterizar a delimitação de preço fixo de revenda.

Se o fornecedor obriga seus distribuidores a seguir um determinado preço de revenda, esse ato não é “preço sugerido”, mesmo que o agente econômico utilize essa denominação.

Ultimamente, os fornecedores estão colocando, nas embalagens dos produtos (iogurtes, refrigerantes, etc.), os preços sugeridos. Esse ato pode ser caracterizado de duas formas. Primeiro, se há imposição para seguir o preço sugerido, este será caracterizado como delimitação de preço fixo de revenda, conforme visto anteriormente. Segundo, se o fornecedor não obriga seu distribuidor a seguir o preço, será caracterizada delimitação de preço máximo

de revenda. Nesse caso, a pressão exercida para cumprir o preço sugerido não será feita pelo fornecedor, mas sim pelo adquirente, que pressionará o distribuidor a seguir a recomendação exposta na embalagem, e, se o distribuidor revender o produto por preço inferior, o adquirente não questionará. Por isso, esta segunda hipótese deve ser caracterizada como delimitação de preço máximo de revenda.

A delimitação de preço máximo de revenda foi amplamente discutida pela doutrina, pela Suprema Corte Norte-Americana e pela Comissão Europeia, pois havia um entendimento de que os efeitos dessa restrição se equiparavam com a delimitação de preço mínimo de revenda.

Hoje, a delimitação de preço máximo de revenda é vista de forma mais branda, inclusive como geradora de eficiência no mercado, pois um de seus efeitos benéficos é a eliminação da dupla marginalização, que causa grande prejuízo ao adquirente.

Entendemos que não se pode aplicar à delimitação de preço máximo de revenda o mesmo entendimento que utilizamos para o preço sugerido, qual seja, a da legalidade *per se*. O eventual risco existente na delimitação de preço máximo de revenda consiste no fato de funcionar como um ponto de referência e, através de um acordo, ser seguido pela maior parte ou por todos os distribuidores, cartelizando o mercado.

Nos Estados Unidos, desde o caso *Khan*, a delimitação de preço máximo de revenda é analisada sob a ótica da regra da razão. Da mesma forma ocorre na União Europeia, desde que o fornecedor e/ou o distribuidor tenham participação superior a 30%, pois, caso a participação destes for inferior, eles estarão acobertados pela isenção conferida pelo Regulamento 330/2010.

No Brasil, a delimitação de preço de revenda, assim como em qualquer forma de restrição vertical, deve ser analisada aplicando a regra da razão, ou seja, analisando se os efeitos ou seus potenciais efeitos estão descritos nos artigos 20 e 54 da Lei nº 8.884/94.

A delimitação de preço de revenda em sua forma fixa e mínima é considerada grave infrações à ordem econômica pela doutrina, jurisprudência e legislações internacionais.

A Comissão Europeia não inclui as delimitações de preço de revenda fixa e mínima nos blocos de isenção por categoria, e elas podem ser incluídas nas isenções individuais, aplicando-se a regra da razão em todos os casos – a mesma dos Estados Unidos, após o caso *Leegin*.

No Brasil, tendo em vista a falta de posicionamento do CADE e do Poder Judiciário, não há um entendimento pacificado de que a delimitação de preço de revenda em suas formas fixa e mínima devam ser consideradas uma infração grave. Em relação à doutrina, esta tem se posicionado da mesma forma que nos Estados Unidos e na União Europeia.

Há um grande volume de demandas no CADE referente aos atos de concentração em detrimento dos procedimentos administrativos. No ano 2010, foram distribuídos 660 representações referente aos atos de concentração, e julgados 683.<sup>297</sup> Nesse mesmo período, foram distribuídos ao CADE 20 processos administrativos, sendo julgadas 55 demandas. Em relação às averiguações preliminares, foram distribuídas 75, e julgadas 57. O CADE está assoberbado de casos de ato de concentração, e não sobra tempo para analisar profundamente os casos de restrição vertical.

As delimitações de preço de revenda fixa e mínima podem ser consideradas uma infração concorrencial, mas a ilicitude não deve ser aplicada *per se*, uma vez que estas podem gerar efeitos benéficos.

As possíveis ineficiências que pode gerar as delimitações de preço de revenda fixa e mínima (diminuição da concorrência intramarca, possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores e dos distribuidores, aumento unilateral do poder de mercado do fornecedor, aumento das barreiras à entrada) podem não ocorrer dependendo da estrutura do próprio mercado.

Para a configuração da licitude dessas duas formas de delimitação de preço de revenda, entendemos que o mercado de atuação dos agentes econômicos deve conter dois requisitos. O primeiro deles é a existência concreta de uma concorrência entremarcas, tanto nos mercados do fornecedor quanto no distribuidor. O mercado não pode ser oligopolizado. A ausência de um mercado concentrado, ou seja, com concorrência efetiva, entre os agentes econômicos que atuam com marcas distintas, acarretará significativa redução da possibilidade das ineficiências porventura geradas pela delimitação de preço de revenda.

A concorrência entremarcas efetiva inibe a cartelização no mercado dos fornecedores e dos distribuidores, bem como o aumento unilateral do poder de mercado. Para a caracterização de uma concorrência entremarcas efetiva, a participação dos agentes econômicos deve ser

---

<sup>297</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

analisada. Caso uma parcela substancial do mercado estiver em poder de uma única empresa, isso demonstrará que esse requisito não será preenchido.

Segundo requisito: as barreiras à entrada devem ser baixas. Novamente, devem ser analisados tanto o mercado do fornecedor quanto o mercado do distribuidor. Caso as barreiras à entrada sejam baixas, o agente econômico cometa abusos na prática da delimitação de preço de revenda, e os adquirentes fiquem insatisfeitos, novas empresas ingressarão no mercado, e aquelas que cometeram abusos terão suas vendas reduzidas e cessarão a atitude abusiva para se manter no mercado.

Um mercado com a concorrência entremarcas efetiva e barreiras à entrada baixas permite que um determinado fornecedor utilize a delimitação de preço de revenda junto a seus distribuidores, sem que essa restrição vertical cause danos ao mercado.

Caso o agente econômico utilize a delimitação de preço de revenda de forma abusiva, o adquirente poderá facilmente substituir pelo produto concorrente, uma vez que o mercado tem forte concorrência entremarcas. Por sua vez, a insatisfação dos adquirentes em determinado mercado, por abusividades praticadas por agente econômico, interessará a outras empresas para entrarem nesse mercado, uma vez que não haverá fidelização dos adquirentes à marca.

Entretanto, a ausência desses dois requisitos não deve ser visto como sinônimo de ilicitude da delimitação de preço de revenda, mas, apenas, que nesses casos os efeitos que a restrição vertical causará deverão ser rigorosamente analisados.

A delimitação de preço de revenda tem a possibilidade de gerar danos ao mercado, principalmente em suas formas fixa e mínima. Contudo, eficiências também poderão ocorrer.

Outro ponto que deve analisado, nos casos de delimitação de preço de revenda, é a existência da concorrência pelo não preço. Conforme visto, a delimitação de preço de revenda diminui a concorrência pelo preço naquele determinado mercado, porém, ainda existirá a concorrência pelo não preço.

A concorrência pelo não preço não abrange todos os mercados. Essa forma concorrencial é comum nos mercados em que os produtos exigem conhecimento especializado, por exemplo, o mercado de informática. Nesses mercados, os serviços pré e pós-venda são extremamente importantes. Os adquirentes, além de procurarem pelo menor preço, almejam também informações detalhadas sobre produto e serviços pós-venda qualificados.

Não deve ser considerada como obrigatória para a caracterização da licitude da delimitação de preço de revenda a existência da concorrência pelo não preço, pois entendemos que uma forte concorrência entremarcas e barreiras à entrada baixas são suficientes para anular qualquer ineficiência gerada por essa restrição vertical. A análise da concorrência pelo não preço, porém, é de extrema importância caso o mercado sob exame não tenha um ou os dois requisitos citados anteriormente.

O grande problema que encontramos no Brasil é a falta de posicionamento do CADE e do Poder Judiciário em relação à delimitação de preço de revenda. Não estamos alegando a ausência de punição dos agentes econômicos que praticam essa restrição vertical, mas apontamos a lacuna existente pela falta de informação sobre como as empresas devem atuar para praticar a delimitação de preço de revenda sem que haja a possibilidade de serem punidas.

O pensamento no sentido de que a delimitação de preço de revenda é uma infração à ordem econômica grave deve ser abrandado. Essa restrição vertical, muitas vezes, gera eficiências significativas para o mercado, beneficiando, de uma forma ampla, a própria coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Concorrencial brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; *Antitrust Analysis – Problems, Text and Cases*. 5. ed. New York: Aspen Law and Business, 1997.
- AZEVEDO, Paulo Furquin de. Integração vertical e outros arranjos: Polêmica e esquecimento na defesa da concorrência. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 26., *Anais...* Vitória: AMPEC, 1998, p. 481.
- BADIN, Arthur, Venda Casada: Interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 5, p. 51-86, jan.-mar. 2005.
- BANCO MUNDIAL; OCDE. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Washington-Paris, 1999. Disponível em [http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en\\_2649\\_34535\\_1916760\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html).
- BATISTA, Luiz Olavo. Origens do direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo*, São Paulo, n. 91, jan.-dez. 1996.
- BENTHAM, Jeremy. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BISHOP, Simon; WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law: Concepts Application and Measurements*. London: Sweet and Maxwell, 2002
- BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1993.
- BUENO, J. Hamilton; MARTNS, Sandro G. (Coord.). *Representação Comercial e Distribuição: 40 anos da Lei n. 4.886/65 e novidades do CC/02 (Arts. 710 a 721). EC 45/04. Estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião*. São Paulo: Saraiva, 2006
- CALKINS, Stephen. *Wrong Turns in Exclusive Dealing Law*. In: PITOKSFY, Robert (Org.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Saraiva: Rio de Janeiro, 1998.
- CHAMPAUD, Claude. La Concession Commerciale. *Revue Trimestre de Droit Commercial*, 24/453, 1963.
- COASE, Ronald. The Nature of The Firm. *Economica*, 4, 1937.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial*, 16/15, maio-jun. 1995.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*. European Commission. Brussels. 2002.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Projeto de Código Civil*. RDM, São Paulo, ano XIV, n. 17, 1975, p. 177-178.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Ed. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1988.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FOX, Eleanor M., SULLIVAN, Lawrence. *Cases and Materials on Antitrust*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1989.
- FRANKENA, Willian K. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *Venda casada de produtos e serviços no sistema financeiro*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC. v. 5. 2002, pág. 99.
- GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002.
- GONDIM, Cláudia Gama. *A fixação de preço máximo e mínimo de revenda sob a ótica da regra da razão*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.
- GOYDER, D. G. *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- GRIMES, Warren S. *Free rider explanation for vertical agreements*. In: PITOKSFY, Robert (Org.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HICKS, John Richard. *The Foundations of Welfare Economics*. *The Economic Journal*, v. 49, n.196, p. 696-712, dez. 1939.

- HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul: West Publishing Co., 1993.
- HOVENKAMP, Herbert. *Economics and Federal Antitrust Law*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice*. Saint Paul, Minnesota: West Group, 1999.
- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law*. Third Edition. Oxford University Press. 2008.
- KALDOR, Nicholas. *Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*. The Economic Journal, vol. 49, n° 145 (Sep. 1939), pág.549-552.
- KAUPER, Thomas E. *Influence of Conservative Economic Analysis on the Development of the Law of Antitrust*. In: PITOKSFY, Robert (Org.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KORAH, Valentine; O'SULLIVAN, Denis. *Distribution agreements under EC competition rules*. Portland: Hart Publishing, 2002.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual: uma abordagem pela análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli, ALVIM, Fernanda Ribeiro, VIGIL, Giovanna Morillo. *Acordos de exclusividade: casos brasileiros, europeus e americanos*. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org.). *Temas de Direito da Concorrência*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2005.
- MARTINS, Arthur Villamil, ANDRADE, Hugo Frederico de Pádua, SANTOS, Paula Márcio Reis. *Venda casada no direito da concorrência*. In: *Temas de Direito da Concorrência*. João Bosco Leopoldino da Fonseca (Org.). Faculdade de Direito da UFMG: Belo Horizonte, 2005.
- MATTOS, César. Fixação de preço de revenda (*resale price maintenance-RPM*): elementos para um roteiro de investigação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 4.
- MCCONNELL, Campbell, BRUE, Stanley, FLYNN, Sean. *Economics*. McGraw-Hill/Irwin; 18th edition, 2008.
- MELO, Claudineu. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 3, ago.-out. 2005.
- NARAYAN-FOURMENT, Hélène. *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix – dans les ventes commerciales et les contrats-cadres*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille: Aix-En-Provence, 2003.
- OCDE. *Resale Price Maintenance: Competition Policy Roundtables*. Paris, 1997.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O direito da concorrência e o poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. Napoli: Jovene Napoli, 1979.

PITOFISKY, Robert. *Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: A US Perspective*. 24<sup>th</sup> Annual Conference in International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/fordham7.htm>>.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law & Business. 7<sup>a</sup> ed. 2007.

POSNER, Richard A. The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per se Legality. *University Chicago Revue*, v. 48, 1981.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*. Rio de Janeiro. Forense, 1983.

REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade. *RDM*, São Paulo, ano XI, n. 7, p. 17-45, 1972.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do Direito: uma introdução*. Almedina: Coimbra, 2007.

ROSS, Stephen F. *Principles of Antitrust Law*. Westbury: The Foundations Press Inc., 1993.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Apresentação*. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. Análise do Cartel das Produtoras de Papelões na Comunidade Européia. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org.). *O Cartel*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SCHULTE, Emmanuel. *France – Franchising*. Internacional Bar Association: London, 2006.

SICHES, Luís Recanséns. *Tratado general de filosofia del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do contrato de agência e distribuição no Novo Código Civil*. Artigo publicado no Mundo Jurídico ([www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)) em 02.05.2003. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=645](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=645)>. Acesso em: 24 mar. 2011.

TURRA, Leonardo Canabrava. *Da condição discriminatória como forma de abuso do poder econômico*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

TURRA, Leonardo Canabrava. *Infrações concorrenciais no contrato de franquia*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. *Economics Regulation and Antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2005.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 5. ed. London: Butterworths, 2005.

WIJCKMANS, Frank; TUYTSCHAEVER, Filip; VANDERELST, Alain. *Vertical Agreements in EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.