

Direito Concorrencial

[Mauro Grinberg](#) | [Jessica Ferreira](#)

## Fixação de Preço de Revenda no Brasil: O Paradigmático Caso da SKF

### I. INTRODUÇÃO

Os autores iniciam este pequeno artigo com dois avisos: (i) são suas posições pessoais e não contém necessariamente a posição do escritório em que são membros ou de qualquer entidade em que trabalham e (ii) o artigo é basicamente uma descrição (cuja escolha dos pontos trazidos e síntese dos fatos foram feitas pelos autores) de um caso e não tem como objetivo elogiar ou criticar a decisão do Cade.

Outro ponto que deve ser esclarecido aqui – principalmente para os leitores de países regidos pela *Common Law* – é que o Brasil é um país regido pela *Civil Law*, e aqui temos um sistema administrativo pelo qual os casos são decididos por uma “agência” chamada Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). As partes que não concordarem com as decisões do Cade podem recorrer ao Poder Judiciário; existe também a possibilidade de iniciar um processo diretamente perante o Poder Judiciário, mas a maioria dos casos começa no Cade devido à sua especialização.

Até a decisão do caso da SKF<sup>1</sup>, que ocorreu durante uma Sessão de Julgamento do Cade em 30 de janeiro de 2013, os casos de Fixação de Preço de Revenda (FPR) no Brasil foram em grande parte mal compreendidos, tratados como Sugestão de Preço de Venda (SPV) ou incentivo à conluíus. Diferentemente de outras práticas, como cartéis, a FPR pode gerar consequências mais complexas, por exemplo, para evitar o efeito carona (*free riders*). Ao contrário de práticas como cartéis, que são sempre considerados prejudiciais à concorrência, a FPR pode, em alguns casos, gerar consequências benéficas. De fato, nos mercados de luxo, podemos imaginar a FPR como uma maneira de posicionar as marcas. Como é impossível estabelecer uma regra que permite

---

<sup>1</sup> Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44.

inferir se os efeitos são positivos ou negativos – em outras palavras, pró-competitivos ou anticompetitivos – a análise antitruste deve ser feita caso a caso.

Deste modo, usar tais decisões como precedentes pode se tornar um desafio.

## II. O PARADIGMA

O caso da SKF começou em 2009, quando o Procurador-Geral do Cade emitiu sua opinião não vinculante de que não havia violação à Lei de Defesa da Concorrência brasileira, principalmente porque o mercado era muito competitivo e apenas a concorrência intramarca havia sido afetada. Aqui, estamos falando do mercado de rolamentos, no qual a SKF era a empresa líder no Brasil. Até então, o Cade era conhecido por investigar cartéis, mas raramente se concentrava em condutas individuais e/ou verticais.

O Conselheiro Relator César Mattos seguiu, em seu voto, a posição do Procurador-Geral, afirmando basicamente que (i) não havia evidências de que a prática era seguida pelos distribuidores, (ii) a SKF não detinha poder de mercado (o percentual mais alto era no mercado de rolamentos, no qual possuía 28%), (iii) não houve investigação significativa sobre o sistema de coerção, (iv) havia concorrência entremarcas (ou seja, os adquirentes poderiam evitar preços mais altos simplesmente mudando para outros fornecedores) e (v) nesse caso específico, a SKF se rendeu aos seus distribuidores, que supostamente tiveram que lutar mais contra as outras marcas do que entre si.

O Conselheiro Vinicius Carvalho, no entanto, tomou uma direção diferente, apresentando, primeiramente, as participações de mercado dos agentes (SKF: 28%, NSK: 23%, Fag/Ina 18%, Timken: 9%, NTN: 3%, outros: 19%) e afirmando que até agentes com baixa participação no mercado podem violar a Lei de Defesa da Concorrência pela prática de FPR. Ainda, alegou que (i) um cartel investigado no mesmo mercado na França poderia indicar uma possível coordenação no Brasil; (ii) como as participações de mercado eram estáveis, a concorrência intramarca não era alta; (iii) havia joint ventures entre a SKF e a Timken em outros países e elas poderiam produzir impactos no Brasil, pois os principais concorrentes são os mesmos no mundo e todos conhecem os detalhes do mercado; e (iv) não há necessidade de demonstrar efeitos concretos no mercado, uma vez que os efeitos potenciais são suficientes. Seu voto foi bastante notável, pois foram mencionados importantes precedentes americanos (de Dr. Miles a Leegin) e europeus. Ele pontou que a lei brasileira cria uma presunção de dominância se uma empresa possuir 20% ou mais de participação em um determinado mercado; obviamente (ele não disse, mas está claro), essa presunção é relativa. Outra característica de seu voto é o ônus da prova, que passa a ser invertido e recai sobre o representado.

Três anos depois, após os votos de outros Conselheiros (todos os quais concordaram com o Conselheiro Carvalho, com exceção de um), o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo emitiu outro voto notável, alegando que a regra per se e a regra da razão são apenas pontos diferentes em uma escala de presunções. Esclareceu, então, que o ônus da prova passa a recair sobre o representado exatamente quando ele possui 20% ou mais de poder de mercado (de acordo com a Lei 8.884/94, art. 20, parágrafo 3, existe a presunção de posição dominante), considerando que, a partir desta posição e em relação à FPR, o representado deve provar as eficiências da prática. Assim, o Conselheiro entendeu que, como a conduta restringe a concorrência e, sendo a presunção de domínio do mercado o *market share* a partir de 20%, o representado tinha a obrigação de refutar a ilegalidade, mas não obteve êxito.

### III. O QUE APRENDEMOS

O primeiro ponto digno de destaque diz respeito ao ônus da prova; a visão clássica é de que a autoridade acusadora deve provar os fatos que sustentam a acusação, e o representado provar os fatos que podem impedir a acusação. Nesse caso, no entanto, não houve discussão acerca dos fatos – uma vez que a conduta não foi negada – mas nas consequências sobre os fatos: seus efeitos eram pró ou anticompetitivos? Portanto, a tradição permanece sólida: os fatos precisam ser comprovados por quem os menciona, seja como acusação ou defesa.

As consequências dos fatos – se e quando consideradas reais – são a principal questão aqui. E, então, chegamos às eficiências: o Conselheiro Veríssimo se utilizou da presunção legal relativa de 20% como o limite para que um representado deva provar a eficiência de uma determinada conduta de FPR. Embora o Conselheiro Carvalho não tenha mencionado a referida presunção legal relativa, é bastante claro que ele se referiu tacitamente a ela. De qualquer forma, entende-se que não é necessário ter uma alta participação de mercado para prejudicar o mercado. Como um adendo, o novo Código de Processo Civil do Brasil não estava em vigor na época, mas agora se soma ao argumento o artigo 373, parágrafo 1º, que permite ao juiz inverter o ônus da prova quando a outra parte puder apresentá-la de maneira mais fácil.

Caso as empresas sejam as mesmas no Brasil e em outros lugares, condutas ilícitas praticadas em outras jurisdições podem ter consequências no Brasil (ou pelo menos trazer alguma suspeita). Isto é algo óbvio, mas, como foi claramente mencionado pelo Conselheiro Carvalho como parte de seu raciocínio, achamos que é um aspecto importante deste precedente de FPR.

Outra importante questão trazida por esse caso é que não há necessidade de comprovar efeitos no Brasil; efeitos potenciais de danos à concorrência são suficientes.

## IV. O MERCADO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO (AFTERMARKET)

Uma consulta da Continental<sup>2</sup> – empresa de pneus – foi respondida positivamente pelo Cade, de forma que pode ser considerada como uma consequência do caso da SKF. A Continental criou uma política segundo a qual seus revendedores concordavam em não impor limitações ao preço de revenda de pneus para veículos de passageiros e comerciais leves, com exceção ao preço anunciado. Segundo a Continental, a política visava preservar seu modelo de negócios, contando com os revendedores que investiam em mão de obra e serviços qualificados.

O Conselheiro Relator Paulo Burnier relatou que essa conduta causa efeitos ambíguos no bem-estar do consumidor, mas não era ilegal devido a três elementos: (i) a Continental não detinha poder de mercado (pois nem ela e seus revendedores possuíam, conjuntamente, 20% do mercado), (ii) a política foi desenvolvida unilateralmente pela Continental, sem o envolvimento dos revendedores, que não tiveram nenhuma influência sobre ela, e o Cade considerou que esse era um argumento contra qualquer possível acordo colusivo ou comportamento lesivo por parte dos revendedores, e (iii) a política da Continental seria aplicada a todos os revendedores em todo o país, fornecendo um tratamento igual e não discriminatório a todos os agentes.

A decisão, no entanto, não foi unânime. A Conselheira Cristiane Schmidt considerou tal conduta um ilícito per se porque estabeleceu unilateralmente um nível mínimo de preço para todos os revendedores, gerando preços uniformes. Os demais Conselheiros seguiram o Conselheiro Burnier.

## IV. CONCLUSÃO

Os autores esperam ter fornecido algumas orientações quanto ao tratamento da FPR pelo Cade no Brasil. No entanto, como o Judiciário pode mudar as decisões do Cade ou decidir de forma independente, essa jurisprudência, embora muito útil, ainda pode ser considerada relativa.

Artigo publicado na edição de abril da revista do *Pricing Conduct Committee* da *American Bar Association*. Disponível em <https://bit.ly/3boJuTN> (artigo disponível para assinantes).

---

<sup>2</sup> Consulta n. 08700.004594/2018-80