

**DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS
NO DIREITO CONCORRENCIAL**

Ari Marcelo Solon*

1. Diferenciação de preços

O art. 21, inciso XII, da Lei nº 8.884 /94 contempla a figura da infração à ordem econômica consistente em **discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços ou condições operacionais de venda ou de serviços**. Trata-se de figura delituosa estruturada a partir daquela a que alude o artigo 2º, inciso IV, alínea a da Lei nº 4.137/62, já revogada, que previa a formação de grupo econômico por agregação de empresas em detrimento de livre deliberação dos compradores por meio de **discriminação de preços entre compradores**.

Para não responder pelos ilícitos acima tipificados, poder-se-ia considerar, em tese, admissível uma certa diferença de preços, atendendo a circunstâncias justificáveis que destacaremos a seguir, à luz da doutrina e jurisprudência do **direito comparado**. Utilizaremos, de início, a legislação norte-americana, na falta de precedentes balizadores análogos no direito pátrio.

O Robison-Patman Act que foi promulgada em 1936 como emenda à seção 2 do Clayton Act e que proíbe a discriminação de preços na legislação norte-americana deu origem a uma vasta casuística a seguir comentada que levou em conta aspectos como:

- A **contemporaneidade** das diversas vendas (a proibição só se aplica à vendas contemporâneas, ou seja, a discriminação poderia ser justificada por vendas em diversas épocas).
- A **similaridade** dos produtos ou sua diferença física (com especial ênfase à questão de commodities onde não existe a diferenciação).

* Professor assistente de Introdução ao Estudo do Direito junto à Faculdade de Direito (Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito) da Universidade de São Paulo desde 26 de outubro de 1989. Professor do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Mackenzie desde janeiro de 1999.

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS NO DIREITO CONCORRENCIAL

- A **categoria de compradores** (grandes revendedores, lojas de descontos ou varejistas).
- A **localização geográfica** do comprador (em que a diferenciação decorre de transportes e seus riscos).
- A **quantidade** adquirida (em que se limitou o desconto quantitativo apenas à economia de custos decorrente da venda em uma maior quantidade).
- **Serviços** prestados pelos adquirentes na **promoção** dos produtos, e outros muitos fatores justificadores de diferenciação de preços.

A Seção 2 a) da lei americana trata da discriminação **direta** de preços – que é o caso que nos interessa mais de perto – do vendedor fixar diferentes preços a distintos compradores (diferente da discriminação **indireta** quando os diferentes **termos e condições** de uma venda resultam em uma vantagem econômica para determinados compradores – objeto de outras seções da referida lei). Esta seção proíbe “discriminar preço, direta ou indiretamente, entre diferentes compradores de mercadorias da mesma classe e qualidade”, que, de maneira substancial, possa “diminuir a concorrência ou tenda a criação de um monopólio em qualquer ramo do comércio”. É certo, portanto, que a infração mencionada só se constitui se existem pelo menos duas vendas pelo mesmo vendedor a compradores diferentes com uma diferença de preços e que se tenha produzido um efeito anticompetitivo.

Uma **defesa absoluta** perante a acusação de discriminação de preços na legislação norte-americana é a prova de que *o preço mais baixo foi feito para cobrir a de outro concorrente* (“to meet a competitive price”). Tal disposição fundamenta-se no sistema da economia de mercado que as leis antitruste visam a proteger. Parece-nos de suma importância que a própria legislação americana, dentro do contexto da economia de mercado, deixou claro que **nenhuma proibição de diferenças de preços poderia impedir que o vendedor pudesse fazer uma oferta por preço mais baixo que outro vendedor concorrente de boa fé**, ou seja, é possível a diferenciação de preços desde que fundada na livre concorrência. Outrossim, acreditamos que esta também será a jurisprudência brasileira, uma vez que o contrário determinaria um total engessamento de preços e a não flexibilização feriria completamente o sistema de mercado e a livre concorrência.

Ademais, para efeito da proibição, a venda deve ser efetiva, não apenas potencial. Assim, uma mera cotação de preço discriminatório (por ex., uma comparação entre uma lista de preços e uma venda) não é suficiente para demonstrar o delito.

A seguir, detalharemos as exceções à proibição já enunciadas no parágrafo terceiro supra, tratando-se de saber se a diferenciação é ou não justificada, em especial, no caso de “commodities” ainda à luz da legislação norte-americana sobre a matéria.

1.1 Vendas em diversas épocas

A questão da oscilação das “commodities” pode servir de justificativa ligada ao aspecto da contemporaneidade das diversas vendas. Quando se faz uma acusação

de discriminação no preço contra uma indústria com preços flutuantes, como a de grãos, metais e alimentos perecíveis, costuma-se usar como defesa o fato – e, em cada caso, é uma questão de fato, – de que *as condições de mercado mudaram entre as vendas em questão*. “As condições de um mercado em mutação”, diz Carla Hills (in “Antitrust Adviser”), “podem claramente ser a causa de diferenças de preços, tanto quanto se possa discriminar num mercado flutuante”.

1.2 Similaridade e uso diferenciado

A legislação norte-americana fala em “mercadorias do mesmo grau e qualidade”. No que diz respeito, portanto, a eventual defesa baseada em requisitos de qualidade onde se releva a **utilização** do produto, é interessante a observação da autora acima referida de que “obviamente, se os itens da mercadoria em questão são inteiramente distintos quanto aos ingredientes, aparência e utilidade, não há razão de serem vendidos pelo mesmo preço”.

De um lado, ainda segundo Carla Hills, produtos de qualidade similar mas não fungíveis, de diferentes tamanhos ou de aparência diferente ainda são subsumidos pelas cortes norte-americanas no tipo legal “like grade and quality”. De outro lado, as mesmas diferenças físicas de tamanho, design, estilo e características “*que afetem a negociabilidade do produto*” apoiam a conclusão de que referida mercadoria não é de mesmo grau e qualidade. Aliás, esta parece ser a posição do FTC no sentido de que “diferenças físicas de boa-fé que afetam a “marketability” do produto, mesmo as pequenas e sem impacto nos custos do vendedor, fazem com que os produtos não sejam considerados de grau e qualidade similar”. De modo igual, no caso *Checker Motors Corp vs Chrysler Corp.* a corte entendeu que “se houver diferenças físicas substanciais nos produtos afetando o uso pelo consumidor, preferência ou negociabilidade, tais produtos não são de “grau e qualidade similar”, não importando os custos de produção”. Da mesma forma, se uma mercadoria é feita de acordo com as especificações do consumidor, sendo diferente do produto comum do fabricante, tal fato obsta a similaridade. Já diferenças de marcas em produtos fisicamente idênticos não precluem o citado enquadramento.

1.3 Categorias de compradores

A lei norte-americana não admite explicitamente a diferenciação de preços em razão da categoria dos compradores (distribuidores/atacadistas/utilizadores do produto como matéria-prima/varejistas). No entanto, “justificam-se descontos funcionais com base na ausência de prejuízo à competição”. “Sua legalidade não se fundamenta em justificação de custos mas no fato de que diferentes tipos de consumidores realizando diferentes funções não competem, e assim a diferenciação de preços entre tais classes não tem nenhum efeito negativo sobre a concorrência”.

1.4 Localização geográfica

Conquanto a posição da *Federal Trade Commission* não seja clara a respeito de discriminação por fatores geográficos, existe um princípio de que, numa venda efetuada para áreas distantes, o preço ofertado a um determinado consumidor após a consideração do elemento frete não pode exceder ao ofertado a um consumidor mais próximo.

1.5 Quantidade

Aceita-se como justificativa para diferenciação de preço a quantidade adquirida desde que vinculada a efetiva economia de custos decorrente de uma venda maior. A jurisprudência americana é muito rigorosa na correspondência custo/desconto, autorizando a concessão de descontos proporcionais às quantidades vendidas, desde que preenchidas as condições fixadas pela *Federal Trade Commission*.

1.6 Serviços

Ajuda para publicidade e promoção de vendas, equipamento para demonstrações são consideradas diferenciações "indiretas" de preço, também vedadas pela lei norte-americana.

2. Conclusão

À luz do exposto, pode-se concluir que, pela legislação norte-americana não haverá discriminação de preços se o vendedor provar que (1) o diferencial de preço é justificado por uma diferença no custo para o vendedor, (2) ou que surgiu para cobrir uma oferta por preço mais baixo de outro vendedor concorrente de boa fé (3) ou que a diferenciação resultou de uma resposta para condições em mudança afetando o mercado ou a negociabilidade dos bens em questão. As exceções contidas neste item 3, consubstanciadas nos aspectos 1.1 e 1.2 poderiam, em tese, justificar que um produtor eleja certos distribuidores para oferecer-lhes uma diferenciação de preço em razão dos fatores acima analisados, entre os quais, destacam-se a oscilação dos preços para acompanhar o mercado internacional e a utilização diferenciada do produto.

A *jurisprudência brasileira* sobre a questão anterior à atual lei e feita sob a Lei nº 4137, apenas examinou até agora um dos aspectos, permitindo *descontos quantitativos* no preço, ou seja, uma discriminação baseada na quantidade de produtos adquiridos, tendo porém deixado claro que tais descontos não poderiam ser de forma tal que impedissem a mais de um revendedor o acesso aos descontos maiores, ou seja, não se admitiu que apenas um concorrente, pelo seu domínio de mercado, pudesse ter acesso à descontos máximos. (A discriminação seria injustificada por não serem bastantes os compradores que se poderiam beneficiar do preço mais baixo).

Veja-se, bem a propósito, o seguinte trecho de decisão proferida pelo CADE no processo administrativo nº 3 (in DOU de 19 de setembro de 1969, Seção I, Parte I, pp. 7.925 e ss.):

“Aliás, a tabela de descontos em função dos volumes de compras é uma prática difundida, de há muito, no comércio de todo o mundo ocidental, constituindo, mesmo, uma das praxes mais arraigadas em nossas praças comerciais, e não só nas grandes, mas também nas pequenas do interior. Os próprios peritos que funcionaram no presente Processo Administrativo, só verberaram a tabela de descontos adotadas pela VIDROBRÁS, única e exclusivamente, pela enormidade da distância que, no seu entender, separava, então, a CVB do grosso dos demais compradores.”

Comentando tal julgamento NEIDE MALARD em seu estudo “Práticas Verticais Restritivas à Concorrência” afirma que o Conselho entendeu, ainda, que tabelas de descontos quantitativos são uma prática comercial difundida, sendo razoável uma diferenciação de 19,5% entre os tetos máximo e mínimo de desconto”.

Já na representação dos revendedores de pneus contra as indústrias de pneumáticos (processo administrativo n. 10, DOU de 27 de maio de 1976, Seção I, Parte I, pp. 7.545 e ss.), o CADE decidiu que:

“É certo que podiam usar da faculdade de conceder descontos variáveis a revendedores, mas não ao ponto de concessão de descontos discriminatórios e altamente elevados, causando prejuízos a um considerável número de empresas revendedoras, criando dificuldades ao seu funcionamento, tanto que muitas foram levadas à falência ou a encerrar suas atividades.”

No processo nº 8, o CADE assim se pronunciou (Cf. DOU de 29 de julho de 1971, Seção I, Parte I, pp. 5.967 e ss.):

“A mera existência de escala de descontos em função de quantidades compradas, por si só, não basta ao reconhecimento de discriminação de preços, máxima quando as bonificações sejam razoáveis e conseqüentes da própria concorrência do mercado. Os aspectos de cada caso concreto é que indicam a existência de conduta condenável ou não, devendo ser repelida, como regra geral, a tabela que tenha o efeito de criar a razoável possibilidade de prejudicar a concorrência ou que tenda para a criação de um monopólio.”

Assim, temos que a existência de descontos quantitativos não bastariam, por si só, para configuração do ilícito de que trata a lei brasileira. Como vimos nos casos em análise, só se admite a punição se a *discriminação de preços objetivasse a eliminação da concorrência, dominação do mercado ou aumento arbitrário dos lucros*, o que nos parece uma interpretação apropriada e também conforme à Constituição Federal ora em vigor.

O que se pode concluir a respeito de preços diferenciados em nossa legislação é que o Brasil terá um longo caminho a percorrer até encontrar uma jurisprudência que nos forneça **guide lines** mínimas para os agentes econômicos, no que diz respeito a fixação de preços diferenciados.

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Entretanto, se recebida entre nós a forma pelo qual o direito norte-americano trata a matéria, serão válidas as seguintes recomendações que devem ser examinadas em cada caso concreto:

1. Em princípio, é ilegal fazer discriminação de preços entre compradores de mercadorias da mesma classe e qualidade.
2. Essa proibição não impede diferenciação feita para cobertura de oferta de preços de outro concorrente desde que *fique documentado o preço do concorrente* semelhante ao praticado pelo vendedor (por ex., solicitando-se ao comprador fax ou carta informando que recebeu oferta que o vendedor teve de cumprir)
3. Se as diferenças forem resultantes do uso que as mercadorias estão sujeitas (uso humano/uso não humano, por exemplo), exigindo métodos de controle de qualidades diferenciados que repercutam nos custos de fabricação, venda ou entrega, as mesmas devem ser diferenciadas através de embalagens que justifiquem através do *controle de qualidade* tais diferenciações. O uso humano sendo mais nobre, envolve uma responsabilidade maior do fabricante no que diz respeito a sua qualidade, devendo-se admitir uma diferenciação de preço para essa utilização do produto, a qual será justificada pelo fato de se assumir maior responsabilidade por problemas futuros, maior controle de qualidade, armazenagem especial e embalagem especial, com o que se terá maiores justificativas para explicar a diferenciação.
4. Diferenciações feitas com base em fatores geográficos justificam-se no Brasil, onde condições peculiares aumentam os riscos de transportes, atrasos de pagamento, grandes distâncias de determinadas regiões
5. É importante que uma tabela progressiva de descontos não impeça o acesso de terceiros aos maiores descontos com a evolução de suas vendas.