

Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste ¹

Léia Baeta Cavalcante ²

Fevereiro / 2004

¹ O presente trabalho foi apresentado como monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas - Núcleo de Brasília. Uma versão resumida recebeu o 1º lugar na categoria pós-graduação do IV Concurso Nacional de Monografias sobre Defesa da Concorrência - Prêmio IBRAC-Esso 2003. O trabalho expressa as opiniões pessoais da autora, não refletindo necessariamente as posições oficiais da Secretaria de Acompanhamento Econômico. A autora agradece aos comentários e sugestões de Bruno Carazza dos Santos e Cleveland Prates Teixeira.

² Coordenadora de Serviços Diversos – COSDI. E-mail: leia.cavalcante@fazenda.gov.br . Esplanada dos Ministérios, Bloco P, sala 222, Ed. Sede, 70048-900, Brasília-DF. Tel: (61) 412-2278. Fax: 412-1775

RESUMO

O trabalho versa sobre o exercício de poder de barganha do varejo supermercadista sobre a indústria. De modo geral, a preocupação está relacionada a possíveis abusos de grandes grupos varejistas que, atuando e realizando compras em grande escala, têm condições de impor preços e outros tipos de exigências sobre seus fornecedores (prazos de pagamento, condições de entrega, entre outras). Com base na literatura internacional sobre o tema, são apresentadas as práticas mais comuns exercidas pelo varejo, bem como as soluções para o problema já implementadas por alguns governos, como códigos de prática da relação varejo-indústria e legislações específicas, por exemplo. No Brasil, é possível observar que a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94) é capaz de abarcar possíveis abusos cometidos por varejistas contra fornecedores, o que poderia ser realizado por meio das previsões contidas nos artigos 20 e 21 da Lei. A questão é complexa e requer um esforço de investigação antitruste que caminhe lado a lado com um controle preventivo das estruturas de mercado.

INTRODUÇÃO

A relação entre varejo e indústria sempre foi marcada por conflitos. Os supermercados, tal como concebidos atualmente, originaram-se nos Estados Unidos, na década de 30, e chegaram ao Brasil nos anos 50. O sistema de auto-serviço adotado por eles e caracterizado pela ausência do vendedor, revolucionou não somente o varejo, quanto também a indústria. Em certa medida, essa assumiu para si a responsabilidade, antes nas mãos do vendedor, de convencer o cliente a consumir. Para tanto, desenvolveu estratégias de *marketing*, que incluíram a construção e a solidificação de suas marcas.

Na década de 70, eram raríssimas, no Brasil, as empresas supermercadistas detentoras de várias lojas. Ressalte-se que, em 1974, apenas 9 empresas possuíam mais que 20 lojas sob seu comando³. Com isso, de modo geral, o poder de barganha dos supermercados em suas negociações com a indústria era quase nulo, o que permitia à essa última ditar as regras de prazos de entrega, pagamento e, sobretudo, preços.

No Brasil, essa relação desbalanceada e favorável à indústria começa a se inverter na década de 90, fruto de uma série de fatores conjunturais, dentre os quais pode-se destacar a abertura da economia, que permitiu às empresas comercializarem produtos importados, a entrada de diversos grupos varejistas internacionais (exemplos: o norte-americano Wal-Mart e os portugueses Jerônimo Martins e Sonae) no mercado brasileiro e, principalmente, as fusões e aquisições ocorridas no setor, que levaram a um aumento de concentração. Apenas para se ter uma idéia, há que se recordar que, em 1995, as cinco maiores empresas varejistas atuantes no mercado brasileiro detinham 28% das vendas anuais do setor, enquanto que em 2001 referido índice já alcançava a cifra de 39%⁴.

Cabe indagar se esse novo cenário teve como consequência tão-somente a igualação das forças entre varejo e indústria. Em caso negativo, isso implica em uma nova situação desconfortável para a sociedade, para o mercado e para as relações do Direito: um jogo desbalanceado e agora favorável ao varejo. É fato que as recentes fusões e aquisições

³ Cf. Panorama Setorial Gazeta Mercantil: Supermercados, vol. I., 1998, p. 8-9.

⁴ Esse percentual é baixo, se comparado com determinados países. Na França, Canadá e Reino Unido, as cinco maiores empresas varejistas detinham, juntas, respectivamente, 83%, 69% e 68% do mercado. Por outro lado, há que se considerar as dimensões continentais do Brasil, sendo, portanto, mais razoável comparar o percentual brasileiro com o norte-americano, por exemplo, que é de 38%.

permitiram às empresas, dentre outras vantagens, obter ganhos de escala derivados do poder de barganha em suas relações com os fornecedores, bem como investir nas chamadas “marcas próprias”, as quais, além de servir para fixar a bandeira da empresa junto aos consumidores, passaram a representar um trunfo nas negociações com os fornecedores. Nesse contexto, é de se esperar que o poder do varejista, tanto em sua relação com os clientes, quanto na relação com os fornecedores, seja tão maior quanto mais concentrado o mercado.

Reforçando a atualidade e pertinência do tema, vale lembrar a constante troca de acusações entre as partes. Por um lado, a indústria argumenta que o varejo tem feito exigências cada vez maiores no que diz respeito a preços, prazos para entrega de mercadorias, qualidade dos produtos, descontos para vendas em datas especiais, contribuições para inauguração de lojas (os chamados “enxovais”), etc. Como consequência, a indústria alega ser forçada a reduzir suas margens de lucro, o que poderia levá-la, no curto prazo, à diminuição de seus gastos com publicidade e, no médio e longo prazos, à redução do ritmo natural de inovação. Por outro lado, nos últimos tempos, o varejo vem responsabilizando a indústria pelas remarcações de preços ocorridas. Justificam que, caso não aceitem os aumentos de preços propostos, haveria grande possibilidade de ocorrer ruptura de estoques, isto é, ausência de determinados produtos nas gôndolas. Essas acusações são apenas parte do embate travado entre varejo e indústria que, no caso brasileiro, tomou vulto a partir de meados da década de 90. Há que se destacar que, em todo o mundo, o problema vem ganhando espaço na pauta da agenda antitruste de diversos países, sendo recorrentes os estudos sobre o assunto no âmbito da OECD e da Comissão Européia.

A presente monografia buscará analisar o *buyer power* sob a ótica do Direito Antitruste. Nessa direção, a questão crucial que se coloca é: práticas verticais impostas pelo varejo à indústria se encontram no escopo da análise antitruste? Em outras palavras, os conflitos entre indústria e varejo devem fazer parte da preocupação dos órgãos de defesa da concorrência ou, de outro modo, devem ser solucionados pela justiça comum? Caso, por exemplo, uma grande rede de supermercados proíba que seu fornecedor de leite ofereça referido produto aos supermercados concorrentes, em que medida tal prática deveria ser julgada nos termos da lei 8.884/94 (Lei Antitruste)? A resposta a essa questão envolve a análise antitruste

do aspecto de ter referida prática o condão de prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência.

Deve-se, ainda, averiguar o impacto da prática sobre o bem-estar econômico da sociedade e não sobre um agente econômico específico. Outro exemplo é interessante para clarear tal afirmativa. Suponha-se que determinada rede de supermercados consiga, na negociação com um de seus fornecedores, um grande desconto no preço de certo produto. A princípio, pode-se supor que o poder desse supermercado sobre o fornecedor traria benefícios ao consumidor, na medida em que, em tese, lhe traria preços mais baixos. Contudo, é de se esperar que, caso o mercado varejista seja concentrado ou, no limite, tal rede de supermercados seja monopolista em seu mercado de atuação, não existam incentivos para que o varejista repasse o desconto obtido da indústria para o consumidor. Nesse caso, o poder do varejista como comprador estaria apenas reforçando seu poder como vendedor.

É importante destacar que não fazem parte da presente análise discussões acerca de conflitos entre quaisquer outros setores do varejo - que não os supermercados - e seus respectivos fornecedores, nem tampouco questões mais amplas, que envolvam um comprador forte e um vendedor supostamente em condição menos favorecida, pertencentes a setores diversos. Cabe lembrar, no entanto, que as questões aqui suscitadas podem – e devem, quando assim for conveniente – ser adaptadas para situações envolvendo setores que não o varejo supermercadista.

Antes de dar início à análise, ressalte-se que no presente trabalho tomou-se a liberdade de se utilizar o termo “poder do comprador” em inglês (“*buyer power*”), dado o seu emprego consolidado na literatura sobre o tema, a qual é predominantemente em língua inglesa. Isso, porém, não impede que em diversas ocasiões ao longo do trabalho, sejam usadas expressões em português como sinônimos do *buyer power*, a saber, “poder de compra do varejo”, “poder do comprador” e “poder de barganha”. Além disso, em vários momentos existem referências ao poder do varejo diante de seus **fornecedores**. Esclarece-se, por oportuno, que os termos “fornecedor” e “indústria” estão sendo usados de maneira indiscriminada. Sendo assim, não está se considerando as situações nas quais o fornecedor do supermercado é uma empresa atacadista, por exemplo.

Deve ser salientado, ainda, que apesar das notórias diferenças existentes entre “supermercados” e “hipermercados”, no que tange, principalmente, à área de vendas, ao

número de *check-outs* (caixas), ao *mix* de produtos vendidos e aos serviços adicionais ofertados aos consumidores, optou-se por utilizar a palavra “supermercado” de modo geral, apenas por simplificação. Nesse estudo, portanto, esse termo representa tanto lojas de pequeno e médio porte, quanto lojas maiores, com o ponto em comum de todas ofertarem produtos alimentícios, de higiene pessoal, limpeza e bazar, dispostos de maneira departamentalizada, na qual os próprios consumidores escolhem os produtos que desejam adquirir e efetuam o pagamento nos caixas.

A presente monografia é composta de três capítulos. No primeiro deles é apresentado o tema do *buyer power*, destacando-se o ambiente de mercado propício para sua ocorrência, as definições de mercado relevante fundamentais à análise antitruste, bem como uma lista não-exaustiva de práticas possivelmente abusivas, exercidas pelos varejistas sobre os fornecedores. No segundo capítulo, busca-se caracterizar as condutas de *buyer power* como práticas restritivas verticais e comentar alguns artigos da Lei 8.884/94, úteis ao enquadramento de questões acerca de *buyer power*. Na sequência, é sugerido um pequeno roteiro de perguntas a serem respondidas em uma suposta análise antitruste envolvendo o poder de compra do varejo. Por fim, o terceiro capítulo descreve um pouco da experiência internacional sobre o assunto.

CAPÍTULO 1 – APRESENTANDO O PODER DO COMPRADOR (*BUYER POWER*)

1.1 - PODER DE COMPRA DO VAREJO: DEFINIÇÃO E AMBIENTE PROPÍCIO PARA SUA OCORRÊNCIA

O “*buyer power*” é caracterizado por Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 5) como uma situação em que um comprador é capaz de obter condições mais favoráveis de seus fornecedores do que aquelas disponíveis aos outros compradores ou do que as vigentes em uma estrutura de mercado competitiva. A OECD (1998, p. 98), de maneira similar, define o *buyer power* como a habilidade do comprador de influenciar os termos e as condições nas quais ele realiza suas compras. Finalmente, o verbete “*Buyer power*”, presente no “*Glossary of terms used in competition related matters*”, da Comunidade Européia, além de ir ao

encontro das duas definições anteriores, acrescenta que referida vantagem do comprador está baseada em sua importância econômica no mercado em questão.

A situação mais evidente em que é possível observar a ocorrência do *buyer power* é aquela em que o varejo supermercadista encontra-se em posição privilegiada perante um determinado fornecedor. No limite, tal situação seria caracterizada pelo fato de o fornecedor possuir apenas um supermercado como possível comprador de sua produção; nesse caso, diz-se que o supermercado é **monopsonista**. Em um “**monopsônio puro**”, tem-se, de um lado, um único comprador (na presente análise, representado pelo varejista supermercadista) e de outro lado vários pequenos vendedores (fornecedores), atuantes em um mercado competitivo. As principais características decorrentes dessa situação são: (i) o monopsonista é quem define os preços que serão pagos aos fornecedores (eles são “tomadores de preços”); (ii) os preços pagos pelo varejista aos fornecedores são, em geral, menores do que aqueles vigentes em um mercado competitivo; (iii) como a curva de oferta dos fornecedores é positivamente inclinada, preços menores conduzem a uma redução da produção (menos produtos são ofertados).

Contudo, o que ocorreria se, ao invés de adquirir um determinado produto de vários pequenos fornecedores, o suposto varejista monopsonista se deparasse com um único fornecedor? Essa é a situação que a literatura econômica convencionou chamar de **monopólio bilateral**: um único comprador negociando com um único vendedor. Nesse caso, dado que as posições das partes são conflitantes e ambas possuem poder de barganha, nenhum dos lados estará, *a priori*, em condições de fixar preços; tal decisão deve resultar, portanto, de intensa negociação.

Vale lembrar, ainda, que Dobson (1999, p. 18) considera pouco provável, no varejo supermercadista, a situação anteriormente de monopólio bilateral. Segundo ele, mais comum seria a presença de um pequeno número de varejistas poderosos. Nesse sentido, é razoável também supor, ao invés de um único vendedor poderoso, um reduzido número deles. A estrutura de mercado daí decorrente seria caracterizada pela existência de um oligopólio (poucos vendedores) e um oligopsônio (poucos compradores).

Pode-se considerar que, de modo geral, o comprador obterá mais vantagens sobre o fornecedor quanto maiores forem as barreiras à entrada em seu mercado de atuação. No caso específico da presente análise, isso significa dizer que se outros supermercados, atraídos pelos ganhos logrados pelo supermercado já instalado, fossem capaz de entrar no

mercado, os fornecedores poderiam vender sua produção para essas novas empresas entrantes, o que enfraqueceria o suposto poder detido pelo supermercado já estabelecido. É interessante observar que somente a ameaça de entrada de novas firmas poderia ser suficiente para disciplinar o comportamento do supermercado acusado de exercer *buyer power*. Contudo, caso o mercado em que atua esse último supermercado fosse caracterizado por elevadas barreiras à entrada, pode-se considerar que os fornecedores estariam mais sujeitos às condições impostas por ele. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em pareceres⁵ emitidos envolvendo o setor supermercadista, tem identificado as seguintes barreiras à entrada no referido setor: (i) conhecimento de mercado pertencente às empresas estabelecidas; (ii) contratos com fornecedores; (iii) barreiras legais e regulatórias; (iv) localização das lojas (“ponto comercial”); (v) economias de escala; (vi) gastos com publicidade; (vii) fidelidade dos consumidores às redes estabelecidas e (viii) ameaça de reação das empresas instaladas.

1.2 - O BUYER POWER E AS ASSOCIAÇÕES DE COMPRAS

O *buyer power* pode também derivar de uma situação em que não exista um único comprador poderoso ou um pequeno número deles. Teria-se, nesse caso, as chamadas “associações de compras”, tendência mundial do varejo supermercadista. De maneira geral, essas associações são resultado da união de concorrentes, varejistas de pequeno e médio porte, que, sozinhos, não apresentariam condições de barganhar preços com os fornecedores, dada a reduzida escala de suas compras; juntos, entretanto, são capazes de negociar em melhores termos para si próprios.⁶

O modelo tradicional de associação varejista permite às redes filiadas, além dos ganhos de escala derivados das compras conjuntas, o rateio de despesas relativas a treinamento de funcionários e publicidade, a utilização de um cartão de crédito próprio e conjunto, além de, na maioria dos casos, a padronização de uniformes de funcionários, *lay-outs* de lojas, etc.

⁵ Entre eles, pode-se destacar os pareceres de nº 128/COGSE/SEAE/MF, de 12/06/2003; nº 390/COGSE/SEAE/MF, de 08/11/2002 e nº 258/COGSE/SEAE/MF, de 25/07/2002. As versões públicas desses e de outros pareceres encontram-se disponíveis na página eletrônica da Secretaria de Acompanhamento Econômico (<http://www.fazenda.gov.br/seae>).

⁶ Segundo a ABRAS (Associação Brasileira de Supermercados), existem, no Brasil, cerca de 84 associações dessa natureza, conforme reportagem veiculada na Revista Exame, de 12/06/02, intitulada “Vida de nanico”.

Vale mencionar que, na maioria das vezes, cada uma das empresas filiadas mantém-se independente uma da outra no que tange às políticas de preços ao consumidor final e, mais do que isso, é usual que as empresas permaneçam atuando como concorrentes, e não como parceiras comerciais. De acordo com Dobson (2002, p. 2), seria preocupante se a coordenação existente entre os varejistas membros, voltada para decisões de compra, fosse usada também para decisões relativas aos preços de varejo. Nesse sentido, os aspectos anticoncorrenciais daí decorrentes deveriam ser avaliados, podendo haver, no limite, a constatação de um cartel⁷ entre as partes.

É oportuno lembrar que embora o mais comum seja o modelo descrito, composto por associações de vários pequenos varejistas, na Europa tem ocorrido de um pequeno número de grandes varejistas realizar compras em conjunto, formando, dessa forma, uma associação cite-se como exemplo a associação francesa Opera, composta pelas redes Casino, Cora e Monoprix, e a italiana CF, formada pelas redes Finiper e GS/Carrefour.

Além disso, outra interessante tendência diz respeito às associações pan-européias, compostas por varejistas de diversos países. Dobson (2002, p. 11) conta que a estrutura típica desse tipo de associação, a qual ele chama de “*cross-border buying alliance*”, é a participação de uma rede varejista de cada país. Esse tipo de estrutura assegura que as redes não concorrem no mesmo mercado e, portanto, ficam afastadas preocupações de que as associações criariam um ambiente propício à colusão no mercado varejista. As maiores associações dessa natureza, na Europa, são a *European Marketing Distribution* (EMD) e a *Associated Marketing Services* (AMS).⁸

1.3 - PODER DE COMPRA E PODER DE VENDA DO VAREJO

Até o momento, foram expostas situações nas quais são maiores as possibilidades de o varejista, possuindo poder de barganha, exigir preços mais baixos nas negociações com os fornecedores do que aqueles vigentes na ausência de tal vantagem. Antes de prosseguir, vale

⁷ Por “cartel”, entenda-se qualquer tipo de acordo ou prática concertada entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas, a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública. É considerado infração à ordem econômica, pela Lei nº 8.884/94.

⁸ Cf. Dobson (2002, p. 11).

observar o seguinte aspecto: ainda que os conflitos entre varejo e indústria até aqui exemplificados estejam relacionados a preços, não é verdade que a natureza da disputa entre as partes seja sempre ligada a esse quesito, conforme será visto mais à frente.

Feita essa consideração e voltando ao clássico exemplo de exigência de preços baixos, a questão crucial que se levanta é: teria o varejista incentivos para repassar esses preços mais baixos ao consumidor final? Em outras palavras, isso significa dizer que, embora obtenha preços mais vantajosos com os fornecedores, em virtude de seu poder de compra, nada garante que tais preços serão repassados aos clientes. O que, em grande medida, determinará o comportamento do varejista é a estrutura de mercado vigente na outra ponta da cadeia – seu elo com os consumidores.

Nesse sentido, caso um determinado supermercado seja único em sua área de atuação (monopolista), de maneira que os consumidores somente possuam como opção para efetuar suas compras aquele estabelecimento, é pouco provável que os preços baixos obtidos nas negociações com os fornecedores sejam repassados.

Raciocínio inverso deve ser aplicado na hipótese de se imaginar que tal supermercado atue em um ambiente não-monopolista. Nesse caso, o fator fundamental a determinar se os preços mais baixos serão repassados diz respeito à efetividade da rivalidade entre as empresas concorrentes naquele mercado, isto é, a existência de outros supermercados capazes de fazer frente ao supermercadista detentor de *buyer power*.⁹

Pode-se considerar que a análise de *buyer power* deve sempre observar dois aspectos, estando cada um deles relacionado a um elo da cadeia produtiva. O primeiro aspecto diz respeito à parcela de mercado detida pelo varejista em seu mercado de atuação (se alta, é provável que o varejista detenha poder de barganha, dadas suas compras em grande escala). Já o segundo leva em consideração o grau de dependência dos fornecedores em relação ao varejista em questão (novamente, se alto, é provável que os fornecedores não tenham outras opções para escoar suas produções e, com isso, fiquem “reféns” de determinado varejista). É somente a partir da ponderação desses dois fatores que passa a ser possível tecer conclusões a respeito do assunto.

⁹ Raciocínio similar é desenvolvido por Teixeira (1997, p. 121-122), ao sugerir que na análise de possíveis efeitos competitivos gerados por fusões entre empresas devam também ser considerados os efeitos derivados de mudanças na cadeia produtiva como um todo (ex.: empresa fornecedora de matéria-prima – empresa intermediária – consumidor final). Em comum com o presente trabalho, observa-se a relevante preocupação com a **dinâmica da cadeia produtiva**.

Um terceiro aspecto, quase nunca abordado em análises de *buyer power*, chama a atenção para o fato de a alta parcela de mercado detida pelo varejista não ser uma condição necessária para abusos de *buyer power*. É essa, por exemplo, a posição das autoridades antitruste francesas. Em discussão promovida pela OECD sobre o assunto¹⁰, a delegação francesa afirmou que um varejista pode abusar de seu *buyer power* mesmo sendo detentor de uma baixa participação de mercado. Isso ocorreria porque caso ele excluísse o produto de um fornecedor do rol de produtos ofertados por sua loja e, ao mesmo tempo, oferecesse um produto substituto, seria pouco provável que o consumidor, dados os custos de mudança, trocasse de loja em busca daquele produto excluído. De modo geral, pode-se dizer que o mais provável seria o consumidor trocar de produto, e não de loja.

1.4 - PODER DO COMPRADOR, PODER DO VENDEROR E A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE

O espaço em que se observa a existência ou não de poder de mercado do supermercado perante o consumidor pode ser – e, de maneira geral, é – distinto daquele espaço em que é posto à prova o poder de mercado do supermercado frente aos seus fornecedores. Tal peculiaridade origina-se de um conceito central da análise antitruste, a saber, a definição de “mercado relevante.” Simplificadamente, constitui este o menor espaço econômico no qual uma suposta empresa monopolista seja capaz de exercer poder de mercado.

O mercado relevante possui duas dimensões que sempre devem ser consideradas – a material (ou do produto) e a geográfica. Para a definição da primeira, há que se levar em conta a substitubilidade do produto (ou serviço) do qual se busca encontrar o mercado relevante. Assim, caso o consumidor esteja disposto a trocar um produto por outro, é razoável supor que ambos estarão no mesmo mercado relevante material – é a chamada *fungibilidade* ou *intercambialidade* dos produtos, sob a ótica do consumidor. Por outro lado, a dimensão geográfica está relacionada ao espaço físico em que são travadas as relações de concorrência. Para sua delimitação, é necessário, segundo Forgioni (1998, p. 205-207), que se observe: (i) os

¹⁰ A OECD, em outubro de 1998, promoveu uma mesa-redonda sobre o assunto, na qual participaram vários países-membros. Para acesso ao conteúdo das discussões ver: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Buying power of multiproduct retailers*. Roundtable on Buying Power, Paris, October 1998.

hábitos dos consumidores; (ii) a incidência de custos de transporte; (iii) as características dos produtos, tais como durabilidade, resistência ao transporte, etc; (iv) os incentivos de autoridades locais à produção ou comercialização; (v) a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado.

No caso específico do varejo supermercadista, a concorrência para atrair consumidores é travada entre supermercados, dado que esses, além de ofertar uma “cesta” de bens, e não produtos específicos, oferecem também uma série de serviços e comodidades não encontradas em outras categorias do varejo. Isso significa dizer que o pequeno comércio (padarias, açougues, quitandas, mercearias, etc) não constitui, de maneira satisfatória, uma alternativa aos consumidores, caso um determinado supermercado efetue um aumento de preços na cesta de produtos ofertada. Decorre daí a definição de mercado relevante do produto que deve ser considerada quando se pretende observar a relação entre supermercados e consumidores: é um serviço de venda integrada efetuado pelos supermercados.

A delimitação do mercado geográfico, por sua vez, necessita que se considere, primordialmente, a disposição do consumidor para se deslocar, com o intuito de efetuar suas compras de supermercado. Em geral, é razoável supor que tal deslocamento não ultrapasse os limites de um município, no caso de pequenas cidades, e de alguns bairros, em se tratando de médias e grandes cidades. Dobson & Waterson (1996, p. 26) atribuem a “natureza localizada da competição varejista” (*localised nature of retailing competition*) aos custos de busca incorridos pelos consumidores. Esses, em geral, tentam minimizar tais custos, decorrendo daí que o mercado geográfico assume uma dimensão extremamente localizada (ou regionalizada).¹¹

Por sua vez, a definição de mercado relevante, no que se refere à relação entre supermercados e seus fornecedores, é distinta da anteriormente exposta. Não há que se falar em um único mercado relevante, visto que a natureza da relação entre supermercados e fornecedores é vertical. Sendo assim, para cada produto oferecido pelo supermercado, existem dois mercados relevantes, um chamado “mercado de origem”, que é onde são travadas as

¹¹ No Brasil, as idéias aqui contidas acerca de mercado relevante do setor supermercadista já foram amplamente desenvolvidas nos pareceres relativos a fusões e aquisições envolvendo esse setor, emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda. Ressalte-se, ainda, que o CADE, em suas recentes decisões, tem adotado as definições de mercado sugeridas pela Seae. Para maiores detalhes sobre os pareceres, ver <http://www.fazenda.gov.br/seae> e <http://www.cade.gov.br>.

relações entre os fornecedores e os supermercados, e outro denominado “mercado-alvo”, onde se dão as relações entre os supermercados e os consumidores.

A delimitação do mercado geográfico “de origem” assume uma abrangência mais ampla do que aquela do “mercado-alvo” (local ou regional). Deve-se levar em consideração a extensão das negociações entre os fornecedores e os supermercados. Índícios da abrangência desse mercado são dados pelo fato de que, de modo geral, médios e grandes fornecedores são capazes de abastecer supermercados localizados em todo o território **nacional**. Além disso, é notório o fato de que empresas multinacionais (varejistas e fornecedores) negociam volumes de mercadorias em escala **internacional**.¹²

Na contramão desses argumentos, entretanto, existem dois aspectos que contribuem para a limitação do mercado geográfico no qual se inserem as relações entre varejo e fornecedores. O primeiro deles é a perecibilidade de alguns produtos, como hortifrutigranjeiros, por exemplo; o segundo é a preferência dos consumidores por produtos de marcas regionais ou locais, fato que pode ser creditado à tradição, confiança e apego que tais marcas despertam. Caso se tratem de produtos dessa natureza, portanto, há que se ponderar a dimensão localizada da relação entre o varejista e o fornecedor, o que implica em uma definição de mercado geográfico de origem mais restrita.

1.5 - FORMAS DE SE EXERCER O BUYER POWER: PARA ALÉM DA IMPOSIÇÃO DE PREÇOS

É de se esperar que uma das maiores fontes de conflito entre varejo e indústria esteja relacionada a preços. Afinal, o objetivo da indústria é vender seus produtos ao maior nível de preços possível, e o do varejo, comprá-los ao menor valor. Deve-se ponderar que nem sempre esse tipo de conflito tem como implicações maiores preocupações dos órgãos antitruste, dado que pode refletir, tão-somente, práticas normais de comércio. Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 27) lembram que é de se esperar que uma grande empresa, que compra grandes volumes de um produto, pague um preço mais baixo por unidade daquele produto do que aquele pago por uma

¹² Dobson (2002, p. 2) cita associações de compra cujos membros pertencem a diferentes países da Comunidade Européia, ressaltando seu aumento nos últimos anos. Segundo ele, as sete maiores associações supra-nacionais, juntamente com os três maiores varejistas independentes, respondem por mais da metade dos produtos comercializados em toda a União Européia.

empresa pequena. Isso se deve à exploração das economias advindas de compras em larga escala, bem como à segurança oferecida aos vendedores.

Além das exigências de preços, entretanto, existem outras práticas impostas pelo setor varejista de supermercados sobre seus fornecedores. No presente tópico, buscou-se, baseando-se nas descrições da London Economics (1997), OECD (1998, p. 123-126) e, principalmente, da Competition Commission (2000, p. 398-401)¹³, listar essas práticas. Vale ressaltar que não se trata de uma relação exaustiva e que é provável que algumas dessas práticas assumam nuances mais ou menos fortes dependendo do poder das partes envolvidas. Sendo assim, “pedidos” feitos por varejistas poderosos certamente devem soar para fornecedores fracos como “exigências”, embora não sejam assim interpretados caso se trate de um fornecedor significativo¹⁴. Dentre as principais práticas, destacam-se:

- i) Exigir (ou pedir) que o fornecedor não ofereça para varejistas concorrentes, por meio dos chamados contratos de exclusividade;
- ii) Demandar do fornecedor uma quantidade mínima de determinado produto, tendo como objetivo inviabilizar o fornecimento para outros varejistas (o que, na prática, poderia funcionar como um contrato de exclusividade);
- iii) Cobrar taxas dos fornecedores para exposição dos produtos em localização privilegiada dentro das lojas (como, por exemplo, nas prateleiras situadas à altura dos olhos do consumidor e nas “pontas de gôndola”, ou seja, espaços localizados nas “esquinas” dos corredores);
- iv) Exigir (ou pedir) que o fornecedor despenda um montante mínimo em publicidade, de maneira a divulgar determinado produto dentro da loja, por meio de promoções ou *merchandising*, por exemplo;
- v) Exigir (ou pedir) descontos dos fornecedores, em ocasiões como lançamentos e promoções de produtos, vendas em datas especiais, etc. Além disso, em certos casos, os

¹³ A Competition Commission, órgão antitruste britânico, publicou em outubro de 2000 um interessante estudo sobre o setor supermercadista, intitulado “*Supermarkets: a Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom*”. Dentre os vários objetivos do estudo, havia especial interesse sobre o *buyer power*. Após o recebimento de várias reclamações dos fornecedores em relação ao comportamento dos varejistas supermercadistas, a *Competition Commission* enviou questionários a esses últimos (24 grandes empresas), pedindo para que fosse confirmado se as práticas citadas pelos fornecedores haviam de fato ocorrido. A maneira como foram aplicados estes questionários, cujas respostas deveriam ser “sim” ou “não”, foi amplamente criticada pelos supermercados. Eles alegaram, de modo geral, que as relações com os fornecedores eram complexas e heterogêneas demais para serem respondidas por meio de um simples “sim” ou “não”.

¹⁴ Waitrose, um dos supermercadistas consultados pela *Competition Commission*, declarou-se insatisfeito com a equivalência dada pela Comissão aos termos “pedido” e “exigência” (*require and request*). A empresa disse não acreditar que um pedido seu fosse uma proposta ao estilo da Máfia, que não pudesse ser recusada.

varejistas, ao inaugurar uma nova loja, exigem dos fornecedores contribuições que se traduzem, em muitas vezes, na doação de lotes de mercadorias – são os chamados “enxovais”;

vi) Exigir (ou pedir) que os fornecedores reduzam os descontos concedidos aos outros varejistas;

vii) Manter uma lista, formal ou informal, dos fornecedores com os quais são realizados negócios, sendo que a presença do fornecedor em referida “lista” seria um pré-requisito para que aquele fornecedor ofertasse para o varejista. Em alguns casos, poderia ocorrer, inclusive, de o varejista cobrar do fornecedor para que este fizesse parte de sua lista;

viii) Cobrar do fornecedor uma determinada quantia para cobrir gastos relacionados ao desperdício de produtos (em geral, o desperdício é maior em se tratando de produtos perecíveis ou em lançamento);

ix) Exigir (ou pedir) que o fornecedor compre de volta produtos que não foram vendidos;

x) Deixar de ofertar produtos de marca para passar a ofertar produtos equivalentes de marca própria;

xi) Exigir (ou pedir) que o fornecedor se utilize de empresas pré-determinadas de transportes, embalagens, rótulos, etc, mesmo não sendo este um fornecedor de marca própria (em alguns casos, pode ocorrer do varejista receber uma comissão dessa terceira empresa);

xii) Exigir (ou pedir) que o fornecedor não ofereça um determinado produto ou similar para outros varejistas a preços mais baixos, sendo esta uma condição *sine qua non* para o fechamento do negócio;

xiii) Exigir (ou pedir) que o fornecedor financie grande parte dos custos de promoções do tipo “compre dois, pague um”, “leve três, pague dois”;

xiv) Exigir (ou pedir) uma compensação do fornecedor quando os lucros derivados de um determinado produto forem menores do que os esperados;

xv) Cobrar do fornecedor uma determinada quantia para melhorar a distribuição de certo produto (o que pode ocorrer, por exemplo, por meio da inclusão desse produto em um maior número de lojas da mesma rede);

xvi) Exigir (ou pedir) que o fornecedor mantenha um nível de preços mais baixo, resultante da compra de um vultoso volume de determinado produto, quando tal volume é posteriormente reduzido;

xvii) Exigir (ou pedir) pagamento de um fornecedor pelo fato de ele ter sido escolhido o “gerenciador de uma categoria de produtos”¹⁵;

xviii) Recusar-se a fornecer dados sobre vendas de determinados produtos a seus fornecedores, ao mesmo tempo em que disponibiliza tais informações aos fornecedores “gerenciadores de produtos”.

Mais uma vez é importante lembrar que a lista não é exaustiva. As práticas aqui elencadas foram selecionadas de um extenso rol exposto pelos órgãos anteriormente citados, com base na representatividade da prática para a análise antitruste e sua futura aplicabilidade em casos que venham a ensejar uma preocupação maior dos órgãos antitruste no Brasil.

1.6 - O BUYER POWER COLOCADO NA BALANÇA

De modo geral, os efeitos do *buyer power* sobre o bem-estar econômico são ambíguos e bastante difíceis de serem, *a priori*, definidos como positivos ou negativos, sem que seja efetuada uma análise criteriosa de seus impactos sobre os participantes da cadeia de distribuição: fornecedores, varejistas e consumidores finais.

À guisa de exemplo, imagine-se uma empresa supermercadista detentora de *buyer power*, atuante em um mercado em que existem competidores efetivos e que, após duras negociações com um de seus fornecedores, é capaz de obter descontos significativos em um lote de produtos, descontos esses não concedidos a nenhum de seus rivais. Nessa situação, é de se esperar que, com o intuito de atrair mais clientes das lojas concorrentes para suas próprias lojas, o suposto varejista repasse os descontos, o que se traduziria em preços mais baixos aos consumidores. À primeira vista, o *buyer power*, nesse caso, traria somente benefícios à sociedade.

Tan (2001, p. 15) lembra que o papel do *buyer power* foi primeiramente abordado em 1952, por J. K. Galbraith, em seu livro *American Capitalism: the Concept of the Countervailing Power*. Galbraith alegava que as grandes organizações varejistas eram capazes

¹⁵ O conceito de “categoria de produto” é curioso. Determinado produto é classificado como pertencente a uma mesma categoria de outro, caso esses sejam utilizados com um propósito específico pelo consumidor. Supondo que seja criada a categoria “café da manhã”, seria então possível abarcar desde produtos como pão, manteiga, leite e frutas, até outros como pratos, talheres, copos, guardanapos, toalhas de mesa, etc. Parente (2000, p. 17) conta que, por meio do gerenciamento de categorias, o varejista gerencia todos os produtos de uma categoria, o que envolve a gestão simultânea do preço, espaço na prateleira, esforços promocionais e outros elementos do comportamento de *marketing* dessa.

de exercer um “poder compensatório” (*countervailing power*) sobre seus fornecedores para reduzir os preços de atacado e que estariam dispostas a repassar esses descontos aos consumidores. Com isso, o *buyer power* seria socialmente desejável. Tan, porém, contesta essa tese, afirmando que Galbraith não explica **porque** os varejistas teriam incentivos para repassar os descontos.¹⁶

A conclusão a que se chega, por meio do exemplo anterior, é a de que a sociedade estaria melhor na presença do *buyer power* do que em sua ausência. Todavia, é fundamental que outros aspectos sejam observados. A Competition Commission (2000, p. 7) adverte para os efeitos que poderiam ser sentidos pelos fornecedores. Esses, ao sofrerem os impactos do *buyer power*, poderiam, no médio e longo prazos, reduzir sua capacidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, o que levaria a uma piora de qualidade dos produtos ofertados e menos opções de escolha ao consumidor. Prossegue a Competition Commission afirmando que é provável que o *buyer power* resultasse, também, em que um menor número de empresas entrasse no mercado do fornecedor.

Ainda em relação aos preços mais baixos pagos pelos varejistas aos fornecedores, Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 28) ressaltam outro aspecto interessante: em um primeiro momento, o varejista pode até repassar os preços mais baixos aos consumidores, o que aumentaria o movimento em suas lojas. Esse comportamento, entretanto, pode ser reflexo de uma conduta predatória, que, cumprindo seu intento, reduziria a competição no mercado, ao eliminar os concorrentes (os outros supermercados atuantes na região). Em consequência disso, o varejista aumentaria sua participação no mercado, o que reforçaria seu poder de barganha junto aos fornecedores e aumentaria suas vantagens competitivas perante os outros varejistas. Trata-se de um “círculo virtuoso” para o varejista ou um “círculo vicioso” para fornecedores e consumidores.

O reconhecimento de que qualquer uma conduta de *buyer power* é uma questão afeta ao Direito Antitruste, com a possível declaração da ilicitude de tal comportamento, nos termos da Lei nº 8.884, de 1994, deve ser ponderado, tendo-se em vista a averiguação dos danos causados à livre concorrência e à livre iniciativa. Portanto, no exemplo anterior, para que a prática fosse considerada ilícita, não bastaria que beneficiasse, no curto prazo, o consumidor,

¹⁶ Em suas palavras: “However, Galbraith does not explain why retailers would have incentives to pass cost-savings to consumers.” (p. 15)

trazendo-lhe preços mais baixos, se ela, por exemplo, lesasse o fornecedor, reduzindo-lhe sua capacidade de investimento. É na análise antitruste do *buyer power* que se deterá o próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 – ANÁLISE ANTITRUSTE DO *BUYER POWER*

2.1. O *BUYER POWER* E AS PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS

As condutas elencadas no item 1.5 foram expostas como exemplos de possíveis práticas exercidas contra os fornecedores por varejistas com considerável poder de barganha. Sob a ótica antitruste, essas condutas são enquadradas como **práticas restritivas verticais**, isto é, “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’).”¹⁷

De modo geral, a literatura especializada não tem dado a devida importância às práticas verticais impostas pelos distribuidores/revendedores (varejistas, na análise em tela) sobre os produtores. Viscusi, Vernon & Harrington (1995), em livro clássico sobre o antitruste, ao abordarem o tema das restrições verticais, exemplificam e analisam as quatro práticas consideradas mais comuns (são elas: fixação de preços de revenda, restrições territoriais, contratos de exclusividade e vendas casadas). Todas elas, entretanto, são impostas na direção inversa à focada nesse trabalho, ou seja, exercidas pelo produtor sobre o varejista.¹⁸ Nesse sentido, vale ainda destacar que Dobson (2002, p. 21) lembra que o guia de análise da Comissão Europeia sobre restrições verticais (*EC’s Vertical Restraints Guidelines*) trata quase que exclusivamente de restrições derivadas do poder do vendedor (*seller power*), com pouca ênfase naquelas originárias do *buyer power*.

¹⁷ Definição constante na Resolução nº 20, de 09/06/1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

¹⁸ A Resolução nº 20, de 09/06/1999, do CADE, dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94. Em seu Anexo I, são definidas e classificadas algumas práticas que podem ser consideradas como infração à ordem econômica. Ainda que referido anexo contenha somente exemplos, que, conforme a própria Resolução, “não exauzem o universo de práticas”, é interessante observar que, das seis práticas restritivas verticais elencadas, nenhuma delas se refere diretamente a imposições efetuadas pelos revendedores/distribuidores sobre os produtores.

Um dos motivos a serem considerados como responsáveis pelo citado descuido da literatura em relação às restrições impostas pelo varejo é a suposta ausência de poder de mercado detido pelos varejistas. Como bem ressaltam Dobson & Waterson (1996, p. 2), a visão que a Escola de Chicago e seus seguidores tinham do varejo era a de um mero distribuidor de produtos fabricados pela indústria. Nesse cenário, os varejistas operariam em competição perfeita, em um mercado onde coexistiriam vários competidores, inexistência de barreiras à entrada e amplo acesso às informações sobre as características do mercado. Os autores reconhecem, entretanto, que a literatura recente vem atribuindo ao varejo uma função maior do que a de somente distribuir; o varejo, ao ofertar inúmeros serviços ao consumidor, agrega valor aos produtos expostos nas gôndolas (cite-se como exemplos desses serviços: estacionamento, entrega em domicílio, galerias comerciais ao lado das lojas, fraldário, atendimento 24 horas, entre tantos outros). Além disso, o crescente poder de mercado obtido pelo varejo tem o colocado em posição de igualdade ou até mesmo superioridade perante os fornecedores.

2.2 - INSTRUMENTAIS DE INVESTIGAÇÃO ANTITRUSTE: A REGRA DA RAZÃO E A REGRA *PER SE*

Ainda que a preocupação específica com condutas impostas por distribuidores/revendedores sobre os produtores seja relativamente recente, é inegável que as práticas restritivas verticais, de modo geral, ocupem espaço na agenda antitruste de diversos países há algum tempo. Com o intuito de analisá-las, as autoridades antitruste em todo o mundo têm lançado mão de instrumentais de investigação, que ficaram conhecidos como “regras”: a Regra da Razão e a

Regra *Per Se*. Sobre elas, Schuartz (2002) esclarece que:

“Qualquer investigação no contexto de um procedimento de aplicação do direito (em qualquer área do direito) requer a existência de certas regras, por assim dizer ‘parajurídicas’ ou de ‘economia processual’, que nos digam que estamos autorizados a decidir pela ilicitude de uma prática no instante em que tivermos uma *certa* quantidade de informações e evidências a seu respeito.” (p. 15-16)

Segundo o mesmo autor, baseando-se em Hovenkamp, é justamente nesse “*quantum de informações*” necessário à conclusão de que uma determinada conduta anticompetitiva é ou não ilícita que reside a diferença entre uma investigação antitruste que adota a regra *per se* (menos informações são requeridas) de uma cujo referencial seja a regra da razão (mais informações são necessárias). Essa opinião parece ser compartilhada por Forgioni (1998), quando a autora afirma que **“a ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise** sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico (...)” (p. 186) (sem negritos no original).

Ainda conforme Schuartz, é errôneo concluir que a regra *per se* seja inferior, do ponto de vista de racionalidade e sofisticação técnica, à regra da razão. Com efeito, Bruna (2001), fundamentando-se também em Hovenkamp, afirma que “o emprego do critério de ilicitude *per se* será mais freqüente em relação a práticas em cuja análise os juizes já tenham longa experiência, que os tenha convencido da alta probabilidade de tais práticas produzirem maus resultados concorrenciais” (p. 156). Parece ser justamente baseando-se nessa “longa experiência” que as cortes norte-americanas têm considerado, dentre as práticas verticais mais comuns, somente aquelas cujas restrições se relacionem a imposições de preços como ilícitas *per se*.

No Brasil, a Resolução nº 20/99, do CADE, sustenta que embora as práticas verticais representem “em princípio, limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (‘eficiências econômicas’), que devem ser ponderados *vis-à-vis* os efeitos potenciais competitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade.”¹⁹ A partir disso, poderia-se concluir que, em se tratando de práticas restritivas, a legislação brasileira não contempla a aplicação da regra *per se*. Schuartz (2002) não concorda; segundo ele, não faz sentido imaginar uma “proibição” de se aplicar a regra *per se* ao nível do direito positivo. Nos dizeres do autor:

“A decisão de usar ou não tal regra de economia processual faz-se, exclusivamente, no contexto da *análise e interpretação de indícios* de práticas anticompetitivas, e sua aplicação está condicionada apenas ao menor ou maior

¹⁹ Vale lembrar que tal ponderação também é prevista para os casos de práticas restritivas horizontais, ou seja, aquelas que envolvem empresas atuantes em um mesmo mercado relevante.

grau de *racionalidade* (ou de funcionalidade) atribuída a essa regra, no referido contexto, *pelo aplicador.*” (p. 20)

No que tange especificamente ao *buyer power*, é importante destacar um exemplo de adoção da regra *per se* pelo direito norte-americano. Trata-se do *Robinson-Patman Act*, dispositivo legal publicado em 1936, o que por si só já o torna peculiar, representando, inclusive, um contra-argumento à noção exposta anteriormente de que o *buyer power* é um problema recente. Clark (1995, p. 2) conta que, naquela época, o Congresso norte-americano acreditava que (i) as grandes firmas poderiam dominar o mercado por meio de condutas predatórias e outras formas de estratégia econômica contra as pequenas empresas e (ii) os compradores poderosos, como por exemplo, os grandes varejistas, poderiam usar seu poder de mercado para obter descontos dos fornecedores, os quais não estariam disponíveis para os varejistas de menor porte.

O *Robinson-Patman Act* surgiu da pressão realizada pelos *lobbies* de pequenos supermercados independentes e farmácias (*independent grocers and drug store lobbies*), segundo Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 28-29). Resumidamente, ele busca proibir que os fornecedores ofereçam condições especiais para compradores “selecionados”, proibindo a discriminação de preços (com isso, ele impede que os grandes varejistas exerçam seu poder de barganha para obter descontos nas negociações de grandes volumes de mercadorias). Cabe ressaltar, ainda, que o *Robinson-Patman Act* tem sofrido duras críticas de economistas e autoridades antitruste, sendo acusado de: (i) beneficiar os pequenos varejistas, ao padronizar as condições em que são efetuadas as transações com os fornecedores (com isso, ele poder estar, de certa maneira, fortalecendo formas menos eficientes de distribuição); (ii) enfraquecer a competição existente no mercado de fornecedores, ao desincentivar possíveis disputas entre eles em busca de varejistas.

2.3 - ANÁLISE ANTITRUSTE, LEI 8884/94 E AS CONDUTAS DE *BUYER POWER*

Um dos maiores desafios das autoridades antitruste diante de conflitos entre empresas diz respeito à caracterização e ao enquadramento do referido conflito no escopo do Direito Antitruste. Em relação a conflitos entre varejo e indústria, o desafio não é menor. Nesse

sentido, a questão crucial que se coloca é: práticas verticais impostas pelo varejo à indústria se encontram no âmbito da análise antitruste? Em outras palavras, os conflitos entre varejo e indústria devem fazer parte da preocupação dos órgãos de defesa da concorrência ou, de outro modo, devem ser solucionados pela justiça comum, sendo, então, conduzidos pelo Direito Comercial?

No Brasil, o diploma legal que guia a análise antitruste é a Lei 8884/94 (Lei de Defesa da Concorrência). Com efeito, caso uma empresa supermercadista estabeleça determinada exigência a seu fornecedor, e tal comportamento seja considerado anticoncorrencial (ou anticompetitivo), é a Lei 8884/94 que estará sendo ferida. A esse respeito, vale citar a existência de recorrentes críticas ao fato de o Brasil não contar com uma legislação específica sobre *buyer power*, ao contrário do que acontece em alguns outros países como França e Portugal. Aceitar essa crítica é, contudo, concordar com o argumento de que a Lei 8884/94 não é capaz de prever possíveis abusos cometidos por varejistas aos fornecedores, o que não é verdade. Os artigos 20 e 21 da citada lei, ao tratar das infrações da ordem econômica, são bastante abrangentes.

De acordo com o art. 20,

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

- I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

O art. 21, por sua vez, elenca vinte e quatro condutas que são caracterizadas como infração da ordem econômica e, mesmo assim, não esgota o assunto, dado que em seu *caput* consta que: “as seguinte condutas, **além de outras**, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)”. (sem negritos no original)

Para fins do presente trabalho, dois incisos do art. 20 da lei 8.884/94 fazem-se especialmente relevantes. Conforme visto, de um deles (inciso I), depreende-se que um ato

cujo objeto ou efeito, ainda que não alcançado, seja limitar, falsear, ou qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa constitui infração da ordem econômica. Por meio do outro (inciso IV), tal infração é causada por ato cujo objeto ou efeito seja exercer de forma abusiva posição dominante.

Enquadrar determinada exigência de *buyer power* em um ou outro inciso é responder afirmativamente às seguintes questões: (i) essa exigência tem como efeito ou objeto o prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa? (ii) essa exigência constitui abuso de posição dominante por parte da empresa supermercadista? A seguir, buscou-se realizar uma breve análise dos dois incisos anteriormente citados, sem perder de vista, é claro, a questão do *buyer power*.

2.3.1 - O BUYER POWER E O INCISO I DO ART. 20 DA LEI 8884/94

Primeiramente, deve-se inquirir a respeito do significado dos princípios tutelados pelo inciso I do art. 20 da lei 8884/94, ou seja, os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Segundo Forgioni (1998), baseando-se na obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, de Eros Roberto Grau, um princípio implica no outro:

“... aos agentes é assegurada liberdade de desenvolvimento de uma atividade econômica, e, para garantir a manutenção do sistema e das regras do jogo, colocam-se limites à atuação desses mesmos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado. *A disciplina da concorrência, então, coloca-se como correlata à livre iniciativa*” (p. 227).

Diante disso, a autora observa que não seria necessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando apenas o da livre iniciativa.

Quando é, afinal, que uma conduta de *buyer power* teria o condão de prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência? O procedimento a ser seguido para resposta a essa questão deve ser orientado pela análise, em primeiro lugar, da existência de efeitos anticompetitivos, reais ou potenciais, intencionais ou não, da conduta sobre o mercado. Caso esses existam, o segundo passo estará relacionado à adoção de uma das duas regras de investigação antitruste já descritas nesse trabalho: a regra da razão e a regra *per se*. Caso, porém, não existam efeitos

anticompetitivos derivados da conduta, a questão remontará, tão-somente, ao Direito Comercial.

Com fins elucidativos, tome-se como exemplo uma empresa supermercadista que exija que um certo fornecedor **não** ofereça para varejistas concorrentes, impondo a ele um “contrato de exclusividade”. Caso se constate que, em consequência dessa prática, os supermercados concorrentes naquele mercado tiveram diminuída sua capacidade de exercer rivalidade, dado que o *mix* de produtos por eles ofertado passou a ser menor, é razoável supor que a exigência acima descrita tenha o condão de trazer prejuízos à livre concorrência ou à livre iniciativa. Contudo, se apesar de o *mix* ter sido reduzido, ficar demonstrado que os supermercados concorrentes podem contar com fornecedores de produtos substitutos, não há que se falar em prejuízos à livre concorrência ou à livre iniciativa. Esse exemplo, ainda que elementar, tenta demonstrar que o enquadramento de uma prática de *buyer power* no inciso I do art. 20 da lei 8.884/94 requer uma acurada análise de uma ampla gama de fatores relacionados ao ambiente em que ocorre tal prática.

2.3.2 - O BUYER POWER E O INCISO IV DO ART. 20 DA LEI 8884/94

O inciso IV, ao caracterizar como infração da ordem econômica o abuso de posição dominante do agente econômico, traz a seguinte dificuldade à análise antitruste: distinguir o simples uso de posição dominante de seu abuso. Nas palavras de Forgioni: “... a linha que separa o *abuso* de posição dominante de seu *exercício normal* é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os *efeitos anticoncorrenciais* da prática analisada (p. 233)”.

O parâmetro sugerido pela autora para distinguir o **uso** do **abuso** diz respeito ao ditame constitucional da proteção à livre concorrência e à livre iniciativa. Nesse sentido, considerar-se-ia que um agente abusou de sua posição dominante caso tenha prejudicado a livre concorrência ou a livre iniciativa.²⁰ Portanto, não há que se falar em abuso de posição dominante sem prejuízos à livre concorrência ou à livre iniciativa.

²⁰ Outro aspecto a ser observado está relacionado ao aumento arbitrário de lucros. Assim, um agente também abusa de sua posição dominante quando aumenta arbitrariamente seus lucros.

A Lei 8884/94, no parágrafo 3º de seu art. 20, estabelece como parâmetro para presunção de posição dominante o controle de 20% do mercado relevante. Forgioni (1998) alerta, entretanto, para o fato de que nem sempre um percentual de mercado alto implica na existência de posição dominante, assim como um percentual baixo pode não significar a ausência de poder.²¹ Destaca a autora:

“... é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite *independência e indiferença* em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais.” (p. 285)

É oportuno ressaltar, em se tratando do exame de condutas de *buyer power*, que os citados “outros agentes” podem ser também fornecedores, ou seja, não se trata somente de “independência e indiferença” em relação a concorrentes. É também nesse sentido que Bruna (2001) afirma:

“Para as finalidades de sua disciplina jurídica, o conceito de poder econômico, assim, abrange aqueles produtores cuja participação na oferta global lhes confira a capacidade de reduzir a oferta com o objetivo de, aumentando os preços, maximizar seus lucros, **ao mesmo tempo em que também compreende as situações de monopólio e oligopólio, onde o controle se dá pelo lado da procura, cuja retratação pode ensejar uma redução forçada de preços** (p. 104) (sem negritos no original).”

A empresa supermercadista do exemplo concedido no item anterior (item 3.3.1) exigia de seu fornecedor um “contrato de exclusividade”. Conforme visto, os critérios observados na análise antitruste diziam respeito aos impactos de tal prática sobre a livre concorrência ou a livre iniciativa, não tendo sido levado em consideração a parcela de mercado detida pela empresa. Isso advém do fato de que, no Brasil, caso ficasse comprovado que a empresa, mesmo não possuindo 20% do mercado, detivesse e abusasse do poder que lhe garantisse a

²¹ Tal parâmetro de participação de mercado, contudo, deve ser relativizado, dado que, em certos setores, ele não necessariamente implica em poder de mercado. A própria lei, ainda no parágrafo 3º do art. 20, alerta que “este percentual pode ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

posição dominante, seu comportamento poderia ser sancionado²². Note-se, entretanto, que, conforme tendência vigente no Brasil, para que sua conduta fosse considerada ilícita, a existência da posição dominante deveria ser comprovada. Destaque-se, por fim, que tal comprovação é desnecessária. Um suposto abuso de posição dominante poderia ser sancionado tão-somente por trazer prejuízos à livre concorrência ou à livre iniciativa, o que o enquadraria no inciso I do art. 20.²³

2.4 - ASPECTOS A SEREM OBSERVADOS NA ANÁLISE ANTITRUSTE DO *BUYER POWER*

Como forma de auxiliar as autoridades antitruste em sua decisão de prosseguir ou não com uma investigação de uma suposta conduta de abuso de *buyer power*, Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 31) propõem que sejam observados determinados aspectos. Para tanto, os autores elaboram cinco questões, que se seguem:

a) *A empresa supermercadista detém significativo buyer power?*

Os autores definem **significativo buyer power** como a habilidade dos varejistas de causar um efeito material nos preços estabelecidos ou negociados, nas quantidades comercializadas ou na viabilidade dos negócios dos agentes em um dos estágios do ciclo de produção/distribuição. Como evidência disso, há que se observar, por exemplo, se uma proporção significativa da totalidade de determinado produto é comprada pela empresa supermercadista;

b) *O buyer power é exercido contra fornecedores relativamente fracos?*

Em caso afirmativo, é provável que as implicações decorrentes desse tipo de situação devam fazer parte das preocupações dos órgãos antitruste. Do contrário, caso o *buyer power* seja exercido contra fornecedores igualmente fortes, pode ocorrer desse ser considerado até socialmente desejável, por representar um poder compensatório diante dos fornecedores.

²² Nesse sentido, Dobson (2002, p. 24) ressalta a importância da análise antitruste não se deter somente à participação de mercado do varejista, mas também ao grau de dependência do fornecedor. Isso quer dizer que é mais provável que os varejistas abusem de suas posições dominantes quando os fornecedores não possuírem um leque considerável de alternativas economicamente viáveis para escoar sua produção.

²³ Cf. Forgioni (1998, p. 234).

Para responder à presente questão, deve-se procurar saber: (i) o grau de concentração no mercado relevante do fornecedor (se baixo, é mais provável que a conduta enseje uma acurada análise antitruste); (ii) evidências de como são negociados os termos dos contratos entre as partes (se o varejista dita as regras, são flagrantes os indícios da “fragilidade” do fornecedor);

c) *O varejista possui significativo poder em seu próprio mercado de atuação, ou seja, diante de seus consumidores?*

Caso possua, o *buyer power* pode servir para reforçar o poder do varejista diante dos consumidores, o que implica em efeitos perversos para os consumidores e para os outros varejistas concorrentes (trata-se do “ciclo vicioso”, já descrito nesse trabalho na seção 1.5). Caso não possua, é provável que o *buyer power* seja socialmente desejável. Ressalte-se que a autoridade antitruste deve estar atenta para qual dos dois efeitos é mais forte: se o derivado do poder de compra do varejo ou se aquele derivado de seu poder de venda.

Para inferir se o varejista detém ou não poder de mercado diante dos consumidores, a análise antitruste deve lançar mão das medidas usuais de cálculo de participação de mercado (no Brasil, tal cálculo é, de modo geral, efetuado a partir dos faturamentos auferidos por todas as empresas supermercadistas atuantes em um dado mercado relevante).

d) *O varejista tenta influenciar outras ações de seus fornecedores ou deliberadamente criar uma relação de dependência?*

Em caso afirmativo, tratariam-se de restrições verticais impostas pelo varejista, (por exemplo, um acordo de exclusividade) que deveriam ser analisadas levantando-se os possíveis ganhos e as prováveis perdas de bem-estar social, com o intuito de se obter o efeito líquido total.

e) *Existem significativos ganhos de eficiência associados à conduta de buyer power?*

A análise desse aspecto específico é fundamental para se estimar o impacto de uma fusão entre dois varejistas importantes ou o comportamento de uma associação (cooperativa) de compras. Ressalte-se que, caso fique comprovado que existam ganhos de eficiência associados ao *buyer power* decorrente de uma fusão ou de uma cooperativa de compras, esses devem superar os possíveis efeitos anti-competitivos existentes. Exemplifique-se que ganhos

de escala podem ser obtidos por meio das economias de escala advindas de uma cooperativa de compras que, ao adquirir grandes lotes de uma determinada mercadoria, é capaz de os negociar em melhores termos do que aqueles vigentes quando cada empresa integrante da cooperativa realizava compras individualmente.

CAPÍTULO 3 - ALGUNS ASPECTOS DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL RELACIONADOS AO BUYER POWER

3.1 - O BUYER POWER , A POSIÇÃO DOMINANTE PRESUMIDA E AS LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS

O abuso de posição dominante é, em geral, reprimido pelas legislações antitruste em todo o mundo. Como forma de presumir a existência de posição dominante, é usual que as legislações estabeleçam determinados parâmetros, sendo o mais comum deles o de participação de mercado²⁴. Assim, se a empresa ou o grupo ao qual ela pertence detiver uma parcela de mercado igual ou maior do que aquela pré-estabelecida pela lei, é presumida sua posição dominante. Do contrário, uma empresa detentora de participação de mercado inferior ao parâmetro citado não possui posição dominante e, sendo assim, não pode abusar daquilo que não tem.²⁵

Nesse sentido, Forgioni (1998) explica:

“... é fato que as autoridades antitruste mantêm uma vigilância maior sobre o comportamento das empresas que detêm posição dominante. Essa postura se justifica porque é o comportamento do agente econômico ‘mais forte’ que, com maior probabilidade, poderá afetar (e prejudicar) a concorrência. Seu ato, na medida em que ele próprio tem capacidade para determinar o ambiente concorrencial,

²⁴ Esse fato não exclui, no entanto, outros fatores que também devem ser analisados para se concluir a respeito da existência de posição dominante de um agente econômico. Forgioni (1998, p. 283-299) chama esses fatores de “indicativos da existência de posição dominante” e os elenca. Além do critério de participação de mercado, devem ser considerados, dentre outros destacados pela autora, a concorrência potencial de novos agentes e o comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores.

²⁵ Conforme exposto no capítulo anterior, parece ser essa também a tendência da legislação antitruste brasileira.

coloca em risco, de forma mais acentuada, a segurança do mercado. Ou, como diz Hovenkamp: ‘In general, the more market power a firm has, the more damaging its exclusionary practices might be.’

Por essa razão, em outros países, algumas vezes, as condutas somente são consideradas ilícitas se praticadas por agente econômico detentor de posição dominante.” (p. 300) (sem negritos no original)

Como procederiam, então, as autoridades antitruste diante de um suposto abuso de *buyer power* cometido por uma empresa varejista cuja participação de mercado fosse inferior ao parâmetro legal pré-estabelecido, ou, dito de outra forma, por uma empresa que não possuísse a presumida posição dominante legal? Isso poderia ocorrer, por exemplo, em um caso em que a empresa não detivesse *seller power* diante de seus consumidores, mas fosse detentora de *buyer power*, frente aos fornecedores.

Estudo efetuado pela OECD (1998, p. 128-129) sobre o *buyer power* relata como a França, Portugal e Alemanha enfrentaram esse problema: as leis de abuso de posição dominante passaram a prever também proibições de abuso de **dependência econômica**²⁶, o que ocorreu primeiro na Alemanha, em 1973, e, posteriormente, na França (1986) e Portugal (1993). O exemplo desse último país, relatado no citado estudo da OECD ilustra bem a situação. Em Portugal, o conceito de “abuso de dependência econômica” foi incluído no capítulo da Lei de Defesa da Concorrência relativo às “práticas restritivas”. O objetivo principal dessa medida era reequilibrar as relações entre fornecedores e varejistas, sancionando certas práticas exercidas pelo varejista sobre a indústria. O que ocorria é que, muito embora esse varejista não possuísse posição dominante no mercado, as práticas por ele exercidas sobre o fornecedor demonstravam sua clara dominância sobre o fornecedor. Daí a necessidade de se sancionar práticas que representassem um abuso de dependência econômica, ao invés de um abuso de posição dominante.

Os efeitos dessas alterações nas legislações não foram, contudo, os esperados, quais sejam, conseguir abarcar os conflitos derivados de possíveis abusos de *buyer power*. De modo geral, um dos maiores obstáculos ao sucesso dessas mudanças estava ligado ao medo de

²⁶ A OECD define o que seria um agente econômico dependente, na relação varejo-fornecedor: “In the manufacturer-retailer context, a supplier is considered economically dependent if it has no equivalent alternative to a certain retailer as an outlet for its goods, or if the retailer is an inescapable partner for it.” (p. 129)

represálias, enfrentado pelos fornecedores, em denunciar práticas de *buyer power* cometidas pelos varejistas. Dobson (1999, p. 35) lembra que mesmo que houvesse a denúncia, os fornecedores enfrentariam uma grande dificuldade para mostrar e provar: (i) dependência; (ii) abuso e (iii) efeito no mercado. Posteriormente, os três países levaram a cabo novas alterações em suas legislações. Posteriormente, os três países levaram a cabo novas alterações em suas legislações.

De acordo com a OECD (1998, p. 131-132), a Alemanha introduziu presunções de dependência, de maneira a simplificar, para o fornecedor, sua prova de dependência de um varejista. A França adotou postura semelhante, definindo situações de dependência nas quais não mais era exigido provar que o abuso havia gerado um efeito restritivo no mercado. Por fim, Portugal implementou, por meio de uma legislação específica, uma série de proibições *per se* contra práticas abusivas de *buyer power*, tais como obter, de um fornecedor, preços, condições de venda e de pagamento exorbitantes.

3.2 - ALTERNATIVA BRITÂNICA: O CÓDIGO DE PRÁTICA DOS SUPERMERCADOS EM SUAS RELAÇÕES COM OS FORNECEDORES

Uma interessante alternativa para lidar com a questão do *buyer power* foi proposta pela *Competition Commission*, órgão antitruste britânico, em outubro de 2000.

Naquela ocasião, foi publicado um extenso estudo sobre o setor supermercadista²⁷, o qual, dentre outras conclusões, constatou que as cinco maiores empresas varejistas do Reino Unido (eram elas: Asda, Safeway, Sainsbury, Somerfield e Tesco), cada qual detentora de pelo menos 8% de participação de mercado²⁸, possuíam *buyer power*. Ao investigar as práticas levadas a cabo pelos supermercados em suas relações comerciais com os fornecedores, a *Competition Commission* concluiu que 30 delas, se exercidas pelas 5 maiores empresas citadas, afetavam alguns fornecedores, dado que era provável que esses investiriam e gastariam menos com desenvolvimento e inovação de produtos. As práticas também trariam

²⁷ O estudo, intitulado "*Supermarkets: a Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom*", já foi mencionado em momento anterior dessa monografia. V. nota nº 12.

²⁸ Dobson (2002, p. 21) lembra não haver consenso em relação à participação de mercado que deve ser detida pela empresa para lhe assegurar *buyer power*. Assim, a *Competition Commission* trabalha com o patamar de 8%, a OECD sugere 15%, enquanto que recentes decisões da Comunidade Européia, envolvendo fusões do setor, citavam 22%.

aos grandes varejistas vantagens não alcançadas pelos pequenos, cujo poder de competição, em consequência, ficaria bastante ameaçado.

A *Competition Commission* ponderou se as práticas poderiam ter, por outro lado, um resultado líquido positivo sobre o mercado e, por fim, concluiu que, das 30 práticas, 27 delas operavam contra o interesse público (ou seja, possuíam um resultado líquido negativo).

Foi então recomendado que se elaborasse um “Guia de Prática” (*Code of Practice*), que deveria ser seguido pelas 5 maiores empresas supermercadistas²⁹. Para tanto, haveria a colaboração conjunta dessas empresas e de representantes dos fornecedores, além da aprovação final pelo Diretor-Geral do *Office of Fair Trading*.

Em 17 de março de 2002, o Código entrou em vigor³⁰. Com fins meramente ilustrativos, são relacionados a seguir alguns dos pontos abordados:

- (a) Os termos nos quais são efetuadas as transações entre a empresa supermercadista e o fornecedor devem ser feitos por escrito e devem, além disso, estar disponíveis para os outros fornecedores daquela categoria de produtos;
- (b) Não deve haver excessivo atraso nos pagamentos ao fornecedor;
- (c) A empresa supermercadista não pode requerer que o fornecedor reduza o preço previamente acordado ou aumente o desconto anteriormente concedido, a menos que um motivo razoável para tanto seja dado ao fornecedor, por escrito, antes da entrega do produto;
- (d) O fornecedor não pode ser obrigado a contribuir com os custos de *marketing* do supermercado, tais como aqueles derivados de abertura ou reforma de lojas, pesquisas de mercado ou de consumidor, despesas com as visitas efetuadas por funcionários do supermercado a novos fornecedores, etc;
- (e) O supermercado não pode requerer que o fornecedor efetue nenhum tipo de pagamento quando as vendas do produto ofertado por aquele determinado fornecedor ficarem abaixo do esperado, a menos que as bases de tal pagamento sejam previamente acordadas entre as partes, por escrito, antes da entrega do produto;

²⁹ À época da publicação do estudo da *Competition Commission*, cinco empresas detinham mais que 8% de participação de mercado. No entanto, com a venda de algumas de suas lojas, a empresa Somerfield passou a deter uma participação inferior a 8%, o que a excluiu da obrigação de participar do Código de Prática.

³⁰ Em 15/08/2003, o Código estava disponível no seguinte endereço: <http://www.warmwell.com/feb18supermarkertcc.html>.

(f) O supermercado só pode solicitar o apoio do fornecedor para realizar uma promoção de seu produto caso lhe seja dado, por escrito, um motivo razoável.

Dobson (2002, p. 25) lembra das dificuldades em se implementar e, posteriormente, monitorar um código dessa natureza. Além disso, pode ocorrer de um varejista descumprir os dispositivos do código e, mesmo assim, não ser denunciado pelo fornecedor, que teme represálias. Desse modo, o conjunto de medidas governamentais necessárias para se fazer cumprir o código faz-se fundamental (*enforcement system*).

Outra crítica de Dobson (2002, p. 26) à elaboração de um código de prática é a de que proibir os varejistas de exercer determinadas práticas não ataca o cerne do problema. Ao serem impedidos de agir de uma certa forma, os varejistas teriam incentivos para desenvolver outras práticas, diferentes daquelas que foram banidas pelo código, mas cujo efeito sobre os fornecedores seria o mesmo. Segundo o autor, isso poderia gerar um “jogo de gato e rato”, onde o código teria que ser continuamente atualizado de forma a incluir as novas práticas que naturalmente surgiriam.

Por fim, o autor sugere que o código funcionaria tão-somente como um importante complemento de uma política maior, que deveria atacar as causas do *buyer power*. Por meio dela, seriam aplicados remédios estruturais, que assegurassem o funcionamento de um ambiente concorrencial efetivo, como, por exemplo, a obrigação de alienação de ativos quando uma fusão entre duas empresas varejistas conferisse excessivo poder de mercado (com conseqüente *buyer power*) à empresa adquirente. Concomitantemente, poderiam ser aplicados remédios comportamentais, como, por exemplo, o código de prática.

3.3 - O BUYER POWER E AS FUSÕES E AQUISIÇÕES NO SETOR SUPERMERCANDISTA

Em todo o mundo, fusões e aquisições no setor supermercadista têm sido uma constante há cerca de uma década. As empresas, em busca de ganhos de escala, conquista de novos mercados ou domínio de mercados já explorados, vêm adquirindo as concorrentes em um movimento sem precedentes na história do setor.

Dobson (1999, p. 165) alerta que as autoridades antitruste na Europa têm se mantido impassíveis diante da concentração ocorrida por meio de fusões e aquisições no setor supermercadista. Ele credita tal postura à crença de que uma maior concentração poderia

trazer uma redução de custos cujas conseqüências seriam preços mais baixos para os consumidores finais. Esse raciocínio seguiria a linha da tese do poder compensatório, segundo a qual uma empresa varejista forte seria capaz de obter descontos dos fornecedores e, então, repassá-los aos consumidores.

Essa idéia é controversa e perigosa, conforme já discutido nesse trabalho. É sabido que, caso não exista um ambiente concorrencial efetivo no mercado onde atua o varejista, é muito pouco provável que os benefícios decorrentes do citado poder compensatório sejam compartilhados. Pelo contrário, pode-se afirmar que o poder diante dos fornecedores apenas serviria para reforçar o poder perante os consumidores, principalmente ao elevar as barreiras à entrada de novas empresas supermercadistas.

Na contramão dos argumentos da suposta condescendência da Comissão Européia com as fusões varejistas, está a fusão entre as empresas finlandesas Kesko e Tuko.

Essa foi proibida pela Comissão em 20 de novembro de 1996 e representa um marco nas decisões envolvendo o setor. Para melhor compreensão do caso, proceder-se-á a uma breve síntese da análise efetuada pela Comissão Européia.³¹

3.3.1 - O CASO KESKO – TUKO

A operação, ocorrida na Finlândia, envolveu a aquisição de Tuko, pela Kesko, duas empresas com estruturas bastante peculiares. Ambas são companhias atacadistas controladas por diversos varejistas independentes (os chamados *K-retailers* e *T-retailers*, respectivamente). Além de atuar no setor atacadista, Kesko e Tuko realizam de modo centralizado as compras de todos os seus varejistas-controladores, além de prover serviços como *marketing* e informática de forma unificada. Vale destacar, ainda, que os varejistas atuam de modo padronizado em termos do *lay-out* das lojas e apresentam-se aos clientes com os logotipos da Kesko e da Tuko. Apesar de cada varejista vinculado às redes possuir certa independência para definir suas estratégias comerciais (como preços, por exemplo), a padronização das lojas e a unificação de políticas de compras e *marketing* levou a Comissão

³¹ A decisão encontrava-se, em 29/08/2003, disponível no seguinte endereço: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sqa_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277

Européia a analisar os grupos Kesko e Tuko como atuantes nos setores de atacado e varejo, desconsiderando a sua estrutura societária.

A Comissão Européia, em sua análise, definiu três mercados relevantes: (i) varejo de bens de consumo diário (alimentos, bebidas, material de limpeza e higiene, etc.); (ii) *cash-and-carry*³²; e (iii) compras de bens de consumo diário.

No mercado de varejo de bens de consumo diário, a operação resultou numa concentração de 55% no mercado da Finlândia. Em níveis regionais, a participação conjunta da Kesko e Tuko varia entre 40% e 90%, enquanto em nível local observam-se somas ainda mais elevadas. De acordo com a Comissão Européia, esses elevados percentuais levantam suspeitas de dominância no mercado finlandês, que são comprovadas por diversos outros fatores. Três deles estão relacionados ao escopo desse trabalho (a questão do *buyer power* em si, bem como os aspectos relativos às marcas próprias e redes de distribuição). Os outros dois (controle dos imóveis disponíveis e cartões de fidelidade) foram citados nesse trabalho, dada a complexidade e relevância do caso. Além disso, o mercado de compras de bens de consumo diário é de especial interesse para o presente trabalho, conforme será visto posteriormente. A seguir, são relatados os fatores que comprovam as suspeitas de dominância no mercado varejista finlandês:

a) Marcas próprias: As marcas próprias da Kesko e da Tuko são responsáveis por 20% a 30% das suas vendas totais de determinadas categorias de produtos, além de serem comercializadas inclusive em outras redes de supermercados (como a Stockmann, por exemplo). Para a Comissão Européia, as marcas próprias representam um diferencial de competição nesse mercado (pois constituem uma marca que não é encontrada em redes concorrentes), além de representarem muitas vezes uma alternativa mais barata de produto (sem necessariamente implicarem uma menor margem de lucros para o supermercadista). Mais do que isso, as marcas próprias também podem ser utilizadas como instrumento de negociação sobre os fornecedores (um aspecto do *buyer power*). Para a Comissão, portanto, a união das marcas próprias da Kesko e da Tuko pode conferir-lhes vantagens em termos de

³² O “*cash and carry*” ou atacado de auto-serviço funciona como o supermercado do pequeno varejista. Nesse sistema, o varejista realiza suas compras na loja de atacado, escolhendo as mercadorias nas prateleiras, pagando-as e transportando-as em seu próprio veículo. De modo geral, tal tipo de loja atende também aos consumidores finais.

lealdade dos clientes, assim como permitir às redes elevar seus preços sem precisar levar em conta a possível reação de seus competidores.

b) Redes de distribuição: Ambas as empresas possuem redes de distribuição que respondem, conjuntamente, pela totalidade dos alimentos congelados transportados na Finlândia. A operação, portanto, aumentará a dependência de produtores e outros varejistas em relação aos sistemas de transporte da Kesko/Tuko.

c) Buyer power: O fato de representarem 55% do mercado varejista finlandês, aliado à força de suas marcas próprias, conferiria à empresa resultante um poder de mercado muito elevado que poderia ser utilizado para inibir a concorrência e dificultar a entrada de outros competidores no mercado. A Comissão concluiu que após a fusão, a Kesko seria capaz de obter preços mais baixos de seus fornecedores do que aqueles disponíveis aos competidores. Isso seria, então, um desincentivo para que os rivais de Kesko competissem em preços, além de representar uma barreira à entrada de novos concorrentes.

d) Controle dos imóveis disponíveis: De acordo com a Comissão Européia, as cidades finlandesas possuem legislações bastante restritivas no que se refere à permissão de instalação de supermercados e hipermercados. Em áreas onde já existe plano urbanístico de ocupação de solo, são necessárias diversas autorizações governamentais. Para áreas mais afastadas, onde não foram traçados planos diretores, as permissões para construção de hipermercados, por exemplo, só acontecem depois de elaborado um plano de ocupação para toda a região – num processo que leva, em média, três anos. Essas dificuldades regulatórias dificultam bastante a instalação de novas lojas nas cidades finlandesas, e representam uma importante barreira à entrada. A operação em questão gera preocupações devido ao fato de que muitas das áreas próprias para a instalação de supermercados e hipermercados já são de propriedade das redes Kesko e Tuko – essa última, inclusive, é proprietária de 19 imóveis alugados a redes concorrentes. A operação, portanto, eleva as dificuldades para a instalação de concorrentes, pois reforça a posição das redes no que se refere ao controle das áreas disponíveis para a construção de novas lojas.

e) Cartões de fidelidade: A rede Kesko possui um cartão de crédito (utilizado para crédito e débito) com mais de 600.000 usuários. De acordo com a Comissão Européia, além de contribuírem para a fidelização dos clientes, os cartões são importantes ferramentas de *marketing*, pois oferecem informações sobre os hábitos de compras de seus clientes. Na

opinião da Comissão, a operação de compra da Tuko pela Kesko eleva a cobertura dos cartões dessa última, o que poderá ampliar seu potencial de obter informações sobre seus clientes e, assim, aumentar sua vantagem sobre os concorrentes.

Em relação ao mercado de *cash and carry*, observou-se que a participação combinada das empresas, pós-operação, era de 80% do mercado finlandês. Em nível regional, a aquisição tornou a empresa a única atuante em 7 das 16 regiões do país. Em nenhuma das demais a participação ficou abaixo de 50%.

Em sequência, foi definido o mercado de compra de bens de consumo diário, (estritamente relacionado ao escopo dessa monografia). De acordo com a Comissão Européia, os principais canais de venda de produtos de consumo diário são supermercados/hipermercados (em que as empresas Kesko/Tuko, após a operação, possuiriam 55% do mercado nacional) e *cash-and-carry* (em que a participação conjunta seria de 80%). Como alternativas como farmácias e quiosques são irrelevantes, o poder de negociação decorrente da operação é muito elevado. A maioria dos fornecedores de Kesko, aí incluídas várias empresas multinacionais, comunicaram à Comissão que dependiam de Kesko/Tuko para aproximadamente 50 a 75% de suas vendas totais na Finlândia. Em relação aos pequenos e médios fornecedores, o efeito da fusão seria ainda maior.

Além disso, a Comissão Européia constatou que o poder de venda dos grandes fornecedores não se compara ao poderio de compra da Kesko após a operação. Segundo a Comissão, na maioria dos casos, a Kesko sempre encontra um fornecedor alternativo, instalado na Finlândia ou no exterior, com capacidade suficiente para atender às demandas da Kesko caso um concorrente se recuse a negociar ou exija preços maiores. Outros fatores que aumentam o poder de negociação da Kesko são a presença de marcas próprias fortes e os cartões de fidelidade (que oferecem aos varejista informações sobre hábitos de consumo que não são captados pelos fornecedores).

Pelas razões expostas, e dado que a concentração poderia levar à posição dominante nos mercados de varejo e de *cash-and-carry*, a Comissão considerou que o maior *buyer power* da Kesko poderia reforçar tal situação nesses mercados. Por fim, a Comissão declarou que a operação era incompatível com o Mercado Comum, proibindo-a.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo discutir a questão do poder de compra do varejo supermercadista diante de seus fornecedores (*buyer power*). Conforme observado, o tema é bastante complexo pois envolve as relações quase sempre conflituosas entre o varejo e a indústria. Uma das perguntas às quais esse estudo buscou responder disse respeito ao fato de esses conflitos estarem ou não no escopo da análise antitruste. Como na maioria das questões envolvendo a defesa da concorrência, não existem respostas prontas. No entanto, os órgãos antitruste devem ficar atentos para coibir possíveis práticas abusivas cometidas por varejistas contra os fornecedores, desde que essas tragam prejuízos ao ambiente concorrencial do mercado, prejudicando a livre concorrência.

Com efeito, o tema do *buyer power* tem despertado interesse acadêmico e também das autoridades antitruste em diversos países do mundo. De modo geral, a preocupação está relacionada a possíveis abusos de varejistas poderosos que, atuando e realizando compras em grande escala, têm condições de impor preços e outros tipos de exigências sobre seus fornecedores (prazos de pagamento, condições de entrega, dentre várias outras listadas no decorrer desse trabalho). Os efeitos finais sobre a concorrência, e sobre os consumidores, dependem essencialmente da estrutura de mercado em que o varejista atua.

Caso se considere que os varejistas enfrentem um ambiente onde exista competição, é razoável imaginar que o *buyer power* possa trazer um efeito líquido positivo sobre o bem-estar, dado que há incentivos para que, por exemplo, os descontos obtidos junto aos fornecedores possam ser repassados ao consumidor, com o objetivo de atraí-lo para suas lojas com a oferta de preços menores. É essa a “teoria do poder compensatório”, que durante vários anos, foi determinante para o não aprofundamento de possíveis malefícios trazidos pelo *buyer power*. De acordo com essa corrente, o poder de compra dos varejistas contribuía para o bem-estar do consumidor.

Deve-se ponderar, contudo, que caso existam poucos varejistas concorrendo no mercado, nada garante que o varejista irá repassar os descontos obtidos. Na ausência de concorrência, o varejista não teria incentivos para oferecer preços aos consumidores que refletissem os ganhos derivados de seu maior poder de barganha em relação aos fornecedores

o resultado final, portanto, seria uma elevação de lucros indevida dos varejistas, derivada de uma prática anticoncorrencial.

A análise antitruste do *buyer power* deve, portanto, abranger os efeitos sentidos ao longo de toda a cadeia produtiva, de maneira a se obter um “resultado líquido final”.

Observa-se que diversos países do mundo têm procurado lidar com o assunto, seja por meio de legislações específicas, como é o caso da França, seja por meio da introdução de um código de prática entre fornecedores e grandes varejistas, como foi o caso do Reino Unido. No Brasil, é possível observar que a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94), é capaz de abarcar possíveis abusos cometidos por varejistas contra fornecedores, decorrentes de seu *buyer power*. Isso poderia ser realizado por meio das previsões contidas nos artigos 20 e 21 da Lei, conforme análise efetuada no presente estudo.

Autoridades antitruste internacionais, em suas análises de fusões e aquisições entre empresas varejistas, também têm se preocupado com a questão do *buyer power*.

Isso acontece porque a constituição de grandes empresas varejistas pode ter como consequência, além de um aumento do poder de mercado indesejável do ponto de vista dos consumidores, possíveis impactos negativos sobre os fornecedores. A questão é delicada e tem implicações práticas: de modo geral, a análise de *buyer power* pode ser bastante dificultada pela não-cooperação dos próprios fornecedores, que temem represálias dos varejistas.

A matéria é complexa e requer, portanto, um esforço de investigação antitruste que caminhe lado a lado com um controle preventivo das estruturas de mercado.

Referências Bibliográficas

1. BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *O poder econômico perante o direito: estudos de direito econômico*. São Paulo: Editora LTr, 1996.
2. BLECHER, Nelson. A ditadura do varejo. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 44-52, 12 jun. 2002.
3. _____. Eu tenho a força. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 53-55, 12 jun. 2002.
4. BRASIL. Lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de junho de 1994.
5. BRASIL. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94. Diário Oficial da União, 28 de junho de 1999.
6. BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
7. CANADA. Competition Bureau. *The abuse of dominance provisions (sections 78 e 79 of the Competition Act) as applied to the canadian grocery sector*, dec. 2002. Disponível em: < <http://strategics.ic.gc.ca/SSG/1/ct02465e.html> >. Acesso em: 13 mai. 2003.
8. CLARK, Donald S. *The Robinson-Patman Act: general principles, commission proceedings, and selected issues*. Speech before the Ambit Group Retail Channel Conference for the Computer Industry. San Jose, California, June 7, 1995. Disponível em: < <http://ftc.gov/speeches/other/patman.htm> >. Acesso em: 17 jul. 2003.
9. CORREA, Cristiane. Pão de Açúcar descobre acordos favoráveis ao Sé. *Valor Econômico*, São Paulo, 22 jul. 2002.
10. DOBSON CONSULTING. *Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the Europe Union*. Prepared for the European Commission, May 1999. Disponível em: < <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs> >. Acesso em: 15 abr. 2003.
11. DOBSON, Paul. *Retailer buyer power in european markets: lessons form grocery supply*. Loughborough University, Business School Research Series, Paper 2002:1, June 2002. Disponível em: < <http://www.lboro.ac.uk/departments/bs/research/2002-1.doc> > Acesso em: 26 jun. 2003.

-
12. DOBSON, Paul and WATERSON, Michael. *Vertical Restraints and Competition Policy*. Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 12, London, december 1996.
 13. DOBSON, Paul; WATERSON, Michael and CHU, Alex. *The welfare consequences of the exercise of buyer power*, Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 16, London, september 1998.
 14. . EUROPA. European Commission. *Commission Decision of 20 November 1996 declaring a concentration to be incompatible with the common market (Case No IV/M.784 - Kesko/Tuko)* . Disponível em: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277. Acesso em: 29 ago. 2003 .
 15. EUROPA. European Commission. *Glossary of terms used in competition related matters*. Disponível em: http://eu.int/comm/competition/general_info/b_en.htm. Acesso em: 24 abr. 2003.
 16. FACCHINI, Claudia. Varejo tenta empurrar custo de sistema antifurto para indústria. *Valor Econômico*, São Paulo, 16 out. 2000.
 17. FERRIS, J. Stephen. *Alternative approaches to vertical restraints: theoretical models and current practices*. Prepared for the Competition Bureau, Canada. Ottawa, 03 october, 2001. Disponível em: < http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/ferris_e.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2003.
 18. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
 19. FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.
 20. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
 21. _____. O mercado do grande varejo e a encruzilhada mundial. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30 ago. 2002.
 22. HÁFEZ, Andréa. Grandes indústrias vão atrás do pequeno varejo. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 15 ago. 2000.
 23. LEXECON LTD. *Buyer Power*. Disponível em: < http://www.lexecon.co.uk/publications/media/2001/buyer_power.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2003.
 24. LONDON ECONOMICS. *Competition in Retailing*. Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 13, London, september 1997.

-
25. MALTA, Christiane Bueno. Indústria baixa os preços de alimentos para atender varejo. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. A4, 03 jul. 2000.
 26. MANO, Cristiane. Quem vai se dar bem? *Revista Exame*, São Paulo, pp. 64-67, 20 ago. 2003.
 27. MATTOS, Adriana. Varejo resiste a aceitar reajuste da indústria. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 out. 2001.
 28. _____. Guerra entre comércio e indústria vai além de preço. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 04 nov. 2002.
 29. NORMANN, Hans-Theo, RUFFLE, Bradley and SNYDER, Christopher. *Do large buyers get lower prices? Experimental evidence*. Disponível em: < <http://www.ucl.ac.uk/~uctpgla/Noramm03.doc> > Acesso em: 08 mai. 2003.
 30. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Buying power of multiproduct retailers*. Roundtable on Buying Power, Paris, October 1998.
 31. PANORAMA SETORIAL: Supermercados, vol. I. São Paulo: Gazeta Mercantil, set. 1998.
 32. PARENTE, Juracy. *Varejo no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
 33. PEREIRA, Daniel. Inflação mobiliza órgãos antitruste. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. A10, 04 dez. 2002.
 34. _____. Disputa com a indústria preocupa o Cade. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 16 ago. 2002.
 35. REBOUÇAS, Lídia. Vida de nanico. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 57-58, 12 jun. 2002.
 36. SHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes*. In: Reunião da ANCHAM (Câmara Americana de Comércio), 08 nov. 2002, Brasília. Barbosa, Müsnich & Aragão Advogados, nov. 2002.
 37. SUPER HIPER. Revista da Associação Brasileira de Supermercados. Ano 29, nº 331, São Paulo, mai. 2003.
 38. TAN, Guofu. *The economy theory of vertical restraints*. Prepared for the Competition Bureau, Canada. Vancouver, october 9, 2001. Disponível em: < http://strategics.ic.gc.ca/pics/ct/tan_e.pdf > Acesso em: 17 mai. 2003.
 39. TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo de atos de concentração: a experiência brasileira em 1994-1996*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 1997.

-
40. UNITED KINGDOM. Competition Commission. *Supermarkets: a report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, october, 10, 2000. Disponível em: <http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm#full>. Acesso em: 18 jun. 2003.
41. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. April 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2003.
42. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION. *Non-Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2003.
43. VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 2. ed. original de Luciane Melo. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
44. VISCUSI, W.K.; VERNON, John M.; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2 nd. ed. Cambrigde, Massachusetts: The MIT Press, 1995.
45. WEN, Jean-François. *Market power in grocery retailing: assessing the evidence for Canada*. Prepared for the Competition Bureau, Canada. Calgary, september 25, 2001. Disponível em: <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/wen_e.pdf> Acesso em: 17 mai. 2003.
46. Abusos devem ser combatidos, afirma Palocci. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2003.
47. Briga explícita com fornecedores. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30 out. 2002.
48. Code of Practice on supermarkets' dealings with suppliers. Disponível em: <<http://www.warmwell.com.br/feb18supermarketcc.html>> Acesso em: 15 ago. 2003.
49. Competition Commission: findings on supermarkets. Disponível em: <<http://www.news.bbc.co.uk/1/hi/business/965773.stm>>. Acesso em: 13 ago. 2003.
50. Empresas pressionam por reajuste de preços. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2003.
51. Governo checará se reajuste de líderes é abusivo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 abr. 2003.
52. Pão de Açúcar anuncia acordo comercial com Nestlé. *Valor Econômico*, São Paulo, 27 jun. 2002.
53. Safeway merger inquiries: issue statement. Disponível em: <http://www.competition-commission.org.uk/press_rel/latest/2003/may/html/15-03.htm>. Acesso em: 13 ago. 2003.
54. Unilever diz que se for necessário vai dar aumento "responsável". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2003.