

O PODER DE COMPRA DO VAREJO E OS DESAFIOS DA CONCORRÊNCIA: UMA VISITA AO CHILE E À ARGENTINA

*Mauro Grinberg**
*Leonor Cordovil***
*Natália Figueiredo****

1. Introdução

Nas últimas décadas, o varejo alimentar sofreu alterações estruturais que se refletem em taxas crescentes de concentração. São inúmeras as operações de fusões e aquisições ocorridas no setor supermercadista, sobretudo a partir da década de 90.

A OCDE menciona as três principais causas desse alto nível de concentração atualmente observado:¹ (i) mudança de hábito dos consumidores, que desejam encontrar uma variedade de produtos em um só lugar (*one-stop-shopping*); (ii) alterações tecnológicas que criaram ou reforçaram economias de escala no setor;² e (iii) estratégias mais sofisticadas de marketing e capacidade das grandes redes de vender marcas próprias.³

O alto *market share* alcançado por certas cadeias, recentemente, tem feito o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE revisar sua posição no que diz respeito à análise dessas transações. Se a maioria dos atos era aprovada sem restrições, hoje é possível encontrar

* Advogado.

** Advogada.

*** Advogada.

¹ OCDE. *Policy roundtables: buying power of multiproduct retailers, background note*, Paris, 1999, p. 16.

² Nesse sentido, as redes supermercadistas passaram a controlar melhor seus estoques e ter acesso a informações valiosas sobre os consumidores (seu perfil de demanda).

³ Como se verá adiante, as marcas próprias têm a capacidade de aumentar, manter e reforçar o poder de mercado dos supermercados ou hipermercados.

as primeiras decisões contestando o poder de mercado alcançado pelas grandes redes varejistas.⁴

Contudo, ainda há muito a evoluir. Na última sessão de julgamento do ano de 2007⁵ quando da análise do ato de concentração entre a rede Bompreço e Carrefour⁶ a presidente do CADE, Elisabeth Farina, mencionou que o órgão tem de melhorar seu desempenho na análise do varejo.

Até o momento, todos os casos referentes ao setor varejista que passaram pela análise do Conselho dizem respeito a atos de concentração.⁷ Nenhuma consulta, averiguação preliminar ou processo administrativo foi iniciado a fim de contestar possíveis condutas anticompetitivas praticadas por redes de supermercados.

O poder de compra do varejo, todavia, é matéria debatida na literatura antitruste nacional (ainda que timidamente) e internacional.

Entre estas práticas, estão a imposição arbitrária de descontos sobre o preço de venda praticado pelo fornecedor, a redução das possibilidades de escolha pelo consumidor (com a restrição dos produtos em oferta ou com a inibição à inovação) e a recusa de negociação.

Este estudo tem por objeto a análise de alguns destes comportamentos à luz da doutrina nacional e internacional e, em especial, à luz de decisões proferidas por órgãos administrativos da América Latina. Pretende, ademais, trazer alguns elementos adicionais para as análises de casos no setor em questão, que poderão incrementar a apreciação feita até então pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

⁴ Nesse sentido, vide: Ato de Concentração nos. 08012.009247/98-79, 08012.005104/1999-51, 08012.009959/2003-34 08012 e 003972/2001-18.

⁵ 412ª Sessão Ordinária de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de 12 de dezembro de 2007.

⁶ Ato de Concentração n.. 08012.003972/2001-18

⁷ Deve-se ressaltar, todavia, o Processo Administrativo n.. 08000.020787/96-62, julgado em 22 de outubro de 1997, em que a Associação Brasileira de Supermercados foi denunciada pela Associação Brasileira de Indústria de Panificação sob a alegação de que os supermercados estariam praticando injustificadamente preços abaixo do custo na comercialização de pão francês e conduta uniforme. O processo, todavia, foi arquivado por falta de provas conclusivas.

2. O Poder de Compra no Varejo e o CADE

Em algumas análises de atos de concentração, conselheiros do CADE apontaram para a necessidade de se atentar às futuras modificações do mercado, tendo em vista o processo de concentração das redes varejistas.⁸ Entretanto, os problemas decorrentes do poder de compra no varejo só foram abordados mais profundamente no Ato de Concentração n. 08012.009576/98-16, julgado em 1999. Aliás, o Plenário, à época, determinou que cópia dos autos fosse remetida à Secretaria de Direito Econômico para que se instaurassem averiguações preliminares tendo por objeto a investigação de redes de supermercado no que se refere às práticas de imposição de descontos contratuais. Todavia, a recomendação não se consolidou.

Chegou-se a afirmar que havia fortes evidências de que grandes varejistas estariam obrigando seus fornecedores a oferecer descontos desproporcionais e outros benefícios contrários à livre concorrência. Também se cogitou que pequenos e médios fornecedores eram vulneráveis às estratégias comerciais de supermercados e que as alternativas disponíveis aos fornecedores fora do setor supermercadista eram muito pequenas.

À época, o CADE solicitou informações de vários fornecedores no que diz respeito a práticas abusivas, mas apenas alguns deles responderam. Este comportamento levou o CADE à conclusão de que os fornecedores estavam numa posição mais frágil em relação aos supermercados e, em razão disso, estariam temerosos diante desses, uma vez que pertenciam a um mercado pulverizado, ao passo que os supermercados representavam um mercado muito concentrado.

O CADE, ao analisar o processo de concentração, ressaltou que a obtenção de economias de escala nem sempre beneficia os consumidores. Afinal, o alto grau de concentração pode levar a um comportamento monopolístico e, portanto, reduzir o nível de bem-estar. Ademais, os supermercados poderiam utilizar sua posição dominante para adotar práticas predatórias.

Atualmente, pouco se fala no Brasil sobre essas práticas comerciais abusivas, a despeito dos inúmeros casos noticiados em outros países envolvendo abuso de posição dominante por parte de grandes redes varejistas.

⁸ Veja, por exemplo, os Atos de Concentração nos. 08012.005766/1999-85 e 08012.009576/98-16.

3. Experiência Chilena

Ao contrário do que ocorre no Brasil, o problema do poder de compra no varejo foi amplamente debatido pelo Tribunal de Defesa da Livre Concorrência do Chile em consulta⁹ realizada pela *Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G.*, denominada AGIP, acerca de certas práticas conduzidas pela rede *Supermercados Líder*, integrante da maior cadeia de supermercados do Chile, a *Distribución y Servicio D&S S.A.*, denominada D&S, a qual possui, segundo dados apresentados na decisão, 32.92% do mercado relevante.

A consulta foi motivada pela realização de uma promoção de Natal por parte daquela rede de supermercados. No Natal de 2001, a rede Supermercados Líder teria realizado uma grande promoção de chocolates com 30% de desconto e teria obrigado diversos fornecedores a participarem da promoção. A empresa *Nestlé*, todavia, teria se recusado a participar, razão pela qual referido supermercado retirou todos os chocolates daquela empresa de seus estabelecimentos.

Ressalte-se, todavia, que os chocolates Nestlé fizeram parte da propaganda veiculada em razão da promoção. Entretanto, não puderam ser encontrados nos pontos de venda daquele supermercado ao preço normal de venda, tampouco ao preço anunciado pela cadeia de supermercados, o que representa um sério problema de direito das relações de consumo.

Diversas práticas foram analisadas na decisão. Porém, antes de discutir cada uma delas, importante mencionar o ponto de vista do Tribunal chileno acerca do mercado relevante em que essas práticas se desenrolaram, das barreiras à entrada e do grau de dependência do fornecedor em relação às grandes cadeias de supermercados, que reflete, na realidade, o poder de compra destas últimas.

3.1 Mercado Relevante

Conforme apontado por aquele órgão, é necessário, primeiramente, estabelecer a estrutura geral da chamada ‘indústria de produção, distribuição e venda ao público de produtos alimentícios e utensílios domésticos de uso corrente’. A esse respeito, constata-se a presença de três tipos de agen-

⁹ *Sentencia n. 9/2004*, proferida em 5 de outubro de 2004 pelo *Tribunal de Defensa de La Libre Competencia*, da República do Chile.

tes econômicos na indústria em questão: (i) os fornecedores e atacadistas, que produzem, elaboram ou distribuem, no atacado, produtos alimentícios ou utensílios domésticos de uso corrente; (ii) os varejistas, dentre os quais se encontram os supermercados e hipermercados, que adquirem ou distribuem os produtos elaborados pelos provedores com o objetivo de vendê-los posteriormente aos consumidores finais; e (iii) os consumidores, que compram referidos produtos dos varejistas.

Dentre essas três categorias de agentes econômicos, ressaltou o Tribunal, produzem-se relações distintas. Cada uma delas está inserida em um âmbito determinado e específico. Deste modo, o conjunto de atos de comércio e de processos logísticos que se verifica entre os fornecedores e varejistas constitui um âmbito de ação ou uma relação específica distinta da que se produz entre varejistas e consumidores finais. Por conseguinte, no caso em questão, o Tribunal definiu o mercado relevante como aquele em que se desenvolvem as relações entre ‘fornecedores médio’¹⁰ e varejistas, em especial supermercados e hipermercados. Especificamente, apontou para a existência de um mercado de fornecimento, no atacado, de produtos alimentícios e utensílios domésticos não-alimentícios de consumo corrente, onde participam, do lado da oferta, os fornecedores e, do lado da demanda, os supermercados e hipermercados.¹¹

A decisão ora tratada destaca que o fornecimento a supermercados constitui um canal de distribuição que, da perspectiva do fornecedor, não é plenamente substituível por outras formas de distribuição pelas seguintes razões:

- a) os volumes de compra de supermercados representam, em muitos casos, uma parte relevante da demanda do fornecedor, o que

¹⁰ A expressão ‘fornecedor médio’ foi utilizada para designar um provedor com um ou vários produtos de marcas com algum grau de reconhecimento por parte do público, com capacidade de fornecimento limitada, mas suficiente em relação à sua curva natural de crescimento e que busca obter a distribuição de seus produtos em grande parte do território nacional. A referência à figura do ‘fornecedor médio’ fez-se necessária devido ao caráter genérico das condutas apontadas. Se se apresentassem demandas que aludissem a produtos ou fornecedores específicos, a definição de mercado relevante poderia ser diferente.

¹¹ Entendeu-se por supermercados e hipermercados os estabelecimentos de venda massiva dos produtos ora indicados, dentro do sistema de auto-atendimento (*self-service*), incluindo os formatos tradicional, econômico, de conveniência, hipermercado, com exclusão do formato de minimercado.

- o permite colocar seu produto de maneira mais ou menos estável através de um só canal de distribuição, o que o permite planejar, com maior grau de certeza, sua produção e suas entregas;
- b) os supermercados e hipermercados oferecem aos fornecedores um conjunto distintivo de condições particulares de administração, exibição e vendas de seus produtos;
 - c) o fornecedor, ao vender seus produtos através de um supermercado ou hipermercado, teria um maior controle sobre as condições de exibição e venda de seus produtos; e,
 - d) as condições particulares de logística, exibição e venda de produtos a supermercados e hipermercados, em alguns casos, podem obrigar o fornecedor a realizar investimentos específicos que não são necessários para operar em outros canais de distribuição.

Por esses motivos, o mercado relevante fica restrito às relações comerciais entre fornecedores, de um lado, e supermercados e hipermercados, de outro.

Todos esses fatores revelam certo grau de dependência do fornecedor em relação ao supermercado. Na maioria das vezes, os fornecedores de médio e pequeno porte fornecem com exclusividade para apenas uma rede de supermercados. Consequentemente, a sua produção é cativa, destinada integralmente para suprir as necessidades de uma empresa apenas. Qualquer problema decorrente dessas relações traria prejuízos enormes ao fornecedor. Ademais, percebe-se que, em muitos casos, o fornecedor é obrigado a realizar investimentos específicos, que representam, em realidade, custos idiossincráticos¹² que aumentam o grau de dependência do fornecedor em relação ao negócio.

Percebe-se, assim, que os custos idiossincráticos podem conduzir a um estado de dependência unilateral, uma vez que, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes da ruptura do contrato.

¹² Os custos idiossincráticos são aqueles concernentes a transações em que a identidade específica das partes produz relevantes conseqüências no plano dos custos; requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a operação (Forgione, Paula. *Contrato de Distribuição*. Ed. RT, São Paulo, 2005, p. 357-358).

Além desse fator, soma-se a crescente concentração no segmento de supermercados nos últimos anos, que diminui a possibilidade de atuação do fornecedor, já que este acaba por ficar submetido às condições impostas por um pequeno número de agentes econômicos, que representam, aliás, as únicas alternativas de compra para seus produtos. Outro fator que aumenta o grau de dependência dos fornecedores em relação às redes varejistas é a existência de fortes barreiras à entrada.

3.2 Barreiras à entrada

Diferentemente da análise feita pelas autoridades brasileiras, que entendem, na maioria dos casos, serem baixas ou inexistentes as barreiras à entrada no mercado analisado, o Tribunal chileno ressaltou que a magnitude das barreiras à entrada no mercado relevante é perceptível. ‘Se não existissem tais barreiras, o poder de compra dos supermercados tenderia a reduzir-se com a entrada de novos competidores. Todavia, a estratégia agressiva de crescimento dos principais supermercados constitui uma barreira estratégica para potenciais entrantes a este mercado. Assim, poder-se-ia desencorajar a entrada inclusive em localidades onde as principais cadeias não se instalaram, mas onde tenham efetuado compras de terrenos’.¹³

Outro fator apontado como barreira à entrada é o fato das diversas cadeias de supermercados terem diversificado os formatos de seus estabelecimentos, tendendo a cobrir os diferentes nichos do negócio. Ademais, o fato de nos últimos anos nenhuma nova cadeia ter entrado e permanecido no mercado torna notória a existência de barreiras à entrada.

¹³ O controle de terrenos estratégicos por parte de varejistas foi uma questão abordada no relatório da *Competition Commission* do Reino Unido, datado de 31 de outubro de 2007: *The Supply of Groceries in the UK market investigation. Provisional findings report*. De acordo com esse relatório, as quatro maiores redes de supermercados no Reino Unido possuem terrenos. Apontou o estudo que a compra e a posse de terrenos não é o único meio através do qual um supermercado pode controlar o uso da terra e, então, frustrar a entrada de um concorrente. Um supermercado poderia, por exemplo, comprar um terreno e alugá-lo para uma outra finalidade ou comprá-lo para vender a um terceiro com uma cláusula restritiva proibindo atividade supermercadista. Percebe-se, assim, que o controle de terrenos representa uma barreira à entrada muito significativa, que impõe custos e riscos a empresas ansiosas por entrar no mercado, impedindo também a expansão de redes existentes.

3.3 *Poder de Compra*

Esse aumento da concentração no setor supermercadista, bem como as altas barreiras à entrada, resultam uma alta dependência de muitos fornecedores em relação às grandes cadeias de supermercados, o que se pode denominar de ‘poder de compra’.

Se, por um lado, esse poder de compra permite as grandes redes beneficiarem-se de compras a menores preços, que incluem descontos não relacionados aos custos e que não prevaleceriam em um ambiente competitivo; por outro, pode reduzir a atratividade do negócio aos fornecedores, alguns dos quais só permanecerão no negócio enquanto suas receitas cubram os seus custos variáveis e sairão quando seus ativos fixos se depreciarem. Isto poderá reduzir a oferta de bens e o bem-estar dos consumidores e a probabilidade de sobrevivência do comércio de menor porte que não tem o poder de mercado necessário para impor descontos adicionais a seus fornecedores, o que, por sua vez, pode aumentar o poder de compra dos supermercados.¹⁴

Em razão dessa forte dependência dos fornecedores em relação às redes supermercadistas, diversas condutas anticompetitivas são praticadas por supermercados. Dentre elas, vale mencionar a venda de produtos abaixo do custo, a concorrência desleal na comercialização de produtos com marca própria, a imposição de participação em promoções, a prorrogação de pagamentos, aplicação de descontos não acordados, modificações unilaterais de condições de compra, dentre outros.

3.3.1 *As condutas resultantes do poder de compra*

Ao analisar referidas condutas, o Tribunal chileno, juntamente com o *Fiscalia Nacional Económica* (FNE), órgão semelhante ao Ministério Público brasileiro, distinguiram, de um lado, aquelas condutas praticadas por supermercados que tem poder de compra para reduzir o pagamento efetivo a seus fornecedores e, de outro, as condutas que tenderiam a aumentar sua participação de mercado e redundariam, provavelmente, em um maior poder de compra no futuro. Dentro do primeiro grupo, separaram-se as condutas unilaterais impostas ex post, as condutas impostas com conhecimento prévio do fornecedor e as condutas que alocam o risco de forma ineficiente.

¹⁴ Nesse sentido, v. *Sentencia n.. 9*, p. 20

No que se refere às condutas unilaterais impostas *ex post*, é comum o fornecedor deparar-se, após entregar seu produto ao supermercado, com taxas e descontos não acordados e com um tratamento inferior ao pactado. Ressaltou o Tribunal que, do ponto de vista de eficiência econômica, estes comportamentos tem o efeito de aumentar a incerteza do negócio do fornecedor afetado, o que pode produzir, a longo prazo, a sua saída do mercado e, dado o aumento do risco, pode dificultar a entrada de novas empresas. Com isto, a concorrência no setor formado por fornecedores poderia ser restringida àqueles que podem suportar um maior risco e não necessariamente àqueles mais eficientes na produção do bem.

Destacou-se que para realizar esse tipo de conduta não é necessário ter um grande poder de mercado no sentido de ser um ator dominante no setor, já que, uma vez que o produto tenha sido entregue ao supermercado, este pode adotar condutas oportunistas. No entanto, em um ambiente com razoável grau de concorrência, um supermercado jamais repetiria essa conduta, posto que o fornecedor optaria por vender seu produto a outro canal de distribuição. No mercado em questão, todavia, estas condutas tendem a se repetir e permanecer no tempo, o que indica a existência de poder de mercado por parte das cadeias varejistas.

Quanto às condutas unilaterais impostas *ex ante*, tem-se, como exemplo, o prolongamento do tempo médio de pagamento pelos produtos entregues pelos fornecedores. De acordo com relatório elaborado pela FNE, este lapso aumentou de 44 para 80 dias em apenas dois anos. Outras condutas fixadas unilateralmente, porém conhecidas, em geral, pelos fornecedores são as cobranças referentes à colocação de produtos nas prateleiras, aos investimentos realizados pelos supermercados, aos custos de reposição, dentre outras.

Do ponto de vista do Tribunal, em um mercado competitivo, em que os supermercados não têm poder de mercado, estas condições, se forem conhecidas pelo fornecedor, não tem nenhum efeito sobre a eficiência e o bem-estar social, posto que os fornecedores optariam pelo comprador que oferecesse melhores condições e, estes, por sua vez, competiriam para obter os produtos necessários para adequar a oferta de seu estabelecimento. Ao contrário, em um mercado em que o comprador tem poder de compra sobre o fornecedor, estas condutas tendem a ter efeitos similares àquelas impostas *ex post*.

Ademais, há uma série de condutas que levam a uma alocação ineficiente dos riscos, no sentido de transferir os riscos do negócio para os fornece-

dores, não sendo estes riscos totalmente controlados por eles. Neste grupo se encontram, por exemplo, os descontos em razão da deterioração do produto.

Segundo análise do Tribunal, estas condutas, além de reduzir a competitividade dos fornecedores, podem gerar ineficiências, uma vez que quem paga os custos de uma ação nem sempre é quem as conduz e quem poderia diminuir seus riscos. Desta forma, os supermercados não têm incentivo para reduzir os danos, já que podem cobrar integralmente seu custo dos provedores, que pouco ou nada puderam fazer para evitá-los. Note-se que este tipo de prática não sobreviveria em um mercado em que os compradores não tivessem poder de compra, já que a concorrência os faria adotar incentivos para que a produção seja eficiente em toda a cadeia.

Por fim, necessário indicar o posicionamento do Tribunal quanto às práticas destinadas a aumentar a participação de mercado ou poder de compra. A decisão chilena citou basicamente duas práticas principais tendentes a produzir esse efeito, a dizer, a venda de produtos abaixo do custo e a venda de marcas próprias.

a) Vendas abaixo do custo:

Para o Tribunal, os supermercados tenderiam a eleger ‘produtos ganchos’ para vender abaixo do custo. Eles estariam dispostos a assumir as perdas decorrentes dos produtos promocionais, porque assim aumentariam a demanda de outros produtos a partir dos quais obteriam margens suficientes para cobrir tais perdas.¹⁵ Em outros termos, os supermercados, através desta forma de ‘subsídio-cruzado’, se ressarciriam das perdas com os produtos promocionais, através de ganhos com outros. Esta estratégia só seria possível porque os supermercados são empresas multi-produtos.

De acordo com o Tribunal, esta prática, apesar de poder beneficiar algum consumidor em particular, poderia afetar a livre concorrência, pois tenderia a aumentar a concentração no mercado, já que teria o condão de destruir varejistas de menor porte, que não possuiria capacidade suficiente para valer-se de subsídios cruzados. Por conseguinte, afirmou aquele órgão que as vendas realizadas abaixo do preço de custo efetuadas a fim de promo-

¹⁵ Em geral, o consumidor não tem conhecimento do preço dos produtos, individualmente. Ele realiza suas compras naqueles estabelecimentos que transmitem a idéia geral de preços baixos. Daí a importância das promoções. Apesar de se aplicar a certos produtos, transmite a idéia de preços baixo, como um todo e incentiva a compra de outros produtos que estão sendo vendidos a preço normal por parte dos consumidores.

cionar um produto, desde que durem por um pequeno período de tempo, não seriam contrárias *per se* à livre concorrência. Todavia, quando realizadas de forma persistente ou com o intento de destruir concorrentes, representariam uma limitação à concorrência.

Conclusão similar foi obtida já em 1999 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE em documento intitulado *Buying Power of Multiproduct Retailers*.¹⁶ Nele se afirma que, embora os consumidores possam beneficiar-se da prática de vendas abaixo do custo, ao menos dentro de um pequeno período de tempo, poderia trazer prejuízos à concorrência. O principal problema dessa prática, segundo o relatório da OCDE, é que ela tem o efeito de dissuadir os investimentos dos produtores destinados a criar produtos de alta-qualidade.

b) Venda de marcas próprias (*private labels*)

De acordo com a análise do Tribunal chileno, a presença de marcas próprias não poderia ser considerada, por si só, contrária à livre concorrência. Todavia, quando utilizadas para confundir o consumidor, representaria um ato de concorrência desleal. Nos casos de supermercados com poder de mercado, teria o efeito de atingir, manter ou incrementar uma posição dominante no respectivo mercado, o que contrariaria as normas que protegem a livre concorrência.

Note-se que, no Brasil, o problema relacionado à venda de marcas próprias por supermercados tem sido abordado em algumas decisões relativas a atos de concentração envolvendo supermercados, embora mereça ainda aprofundamento. Em geral, elas têm sido consideradas um fator competitivo na medida em que impedem, segundo o ponto de vista de alguns conselheiros do CADE, um exercício abusivo de poder de mercado por certos fornecedores/fabricantes, uma vez que os produtos de marca própria geralmente apresentam preços mais baixos que aqueles produzidos tradicionalmente por grandes fornecedores.¹⁷

O CADE, todavia, não previu a hipótese segundo a qual as marcas próprias poderiam ser um fator de fortalecimento do poder de compra de supermercados, como apontado na decisão chilena. Afinal, o supermercado passa a assumir uma função dupla: a de proprietário de marca e a de distribuidor de

¹⁶ OECD. *Buying Power of Multiproduct Retailers*. DAF/CLP(99)21. 1999

¹⁷ Nesse sentido, veja Atos de Concentração n.º 08012.007176/2002-35 e n.º 08012.000280/2004-61.

produtos para consumidores finais. Dentro do mercado, portanto, acaba por ter uma relação de concorrência com os fornecedores (afinal, ambos vendem produtos próprios), ao mesmo tempo em que apresenta uma relação de integração (é distribuidor dos produtos do fornecedor). Nesse sentido, os supermercados poderiam rejeitar a comercialização de produtos de outros fabricantes e até utilizar sua marca própria como forma de obter melhores condições do fornecedor/fabricante, uma vez que o supermercado teria seu próprio produto para oferecer, não dependendo da mercadoria de outros produtores.

Registre-se, aliás, que esta situação hipotética é exatamente o que ocorre, em concreto, no caso chileno, quando a rede D&S retirou todos os chocolates da Nestlé de suas prateleiras, após esta empresa ter se recusado a aceitar as condições abusivas propostas por aquela cadeia. O fato de esta rede possuir uma marca própria e vender chocolates por meio de fornecedores próprios lhe dá maior poder de barganha nas negociações com outros fabricantes, o qual pode ser utilizado de forma ilícita.

Recentemente, quando da análise de ato de concentração entre duas grandes varejistas, a Sendas e a Companhia Brasileira de Distribuição – CBD¹⁸ a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, reconheceu que os produtos de marca própria são vantajosos para os supermercados, pois estes não têm gastos adicionais com o desenvolvimento do produto, publicidade e suas embalagens têm um apelo visual menor, o que representa menores custos.¹⁹ Nesse sentido, as marcas próprias representam, segundo o entendimento da SEAE, uma vantagem competitiva e uma ótima oportunidade para os supermercados vincularem os consumidores a suas marcas.

A Secretaria também afirmou que tal espécie de produtos representa uma nova fonte de competição no mercado e no caso da concorrência ser efetiva, o resultado final poderá ser reduções de preço e melhoria na qualidade dos produtos à venda.

Outra possível face da marca própria é a concorrência desleal. A similaridade das embalagens dos produtos de marca própria com os produtos tradicionais pode representar um atentado às Leis de Propriedade Intelectual. De acordo com o artigo 195, incisos III e IV da Lei de Propriedade Industrial

¹⁸ Vide Parecer SEAE no Ato de Concentração n. 08012.009959/2003-34.

¹⁹ Estudos sugerem que as economias com publicidade, pesquisa, venda e distribuição de produtos de marca própria chegam a 25% do preço do produto (Nesse sentido, v. OECD, *Buying Power of Multiproduct Retailers*, p. 27). . .

– LPI (Lei 9.279/96), comete crime de concorrência desleal quem ‘III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos’. Além disso, representa uma violação à legislação consumerista, que repudia qualquer forma de ato que tenha por objetivo induzir o consumidor a erro.

Outro aspecto das marcas próprias que deve ser considerado pelas autoridades concorrenciais diz respeito aos acordos verticais entre varejistas e fabricantes, que devem ser apreciados atentamente pelos órgãos antitruste. Há também de se verificar o nível de integração vertical entre esses agentes, pois ‘se o varejista realiza a maioria dos investimentos do produtor e toma a maioria das decisões por ele, então o varejista está agindo como se ele efetivamente detivesse o produtor. Não há diferenças patentes entre este comportamento e a integração vertical completa em termos de implicações para a política concorrencial’.²⁰ Se todos os grandes varejistas decidirem oferecer marcas próprias através de integrações verticais, poderá haver um efeito de fechamento de mercado cuja potencialidade anticompetitiva dependerá do número de barreiras à entrada levantadas. Afinal, os entrantes terão de atuar nos dois níveis da cadeia produtiva, como distribuidor e produtor.

3.4 A Decisão do Tribunal

Após analisar a conduta engendrada pela cadeia de supermercados D&S, o Tribunal chegou à conclusão de que ela era contrária à livre concorrência e se agravou após a D&S ter retirado os chocolates Nestlé de suas prateleiras, como represália àquele fabricante. Diante disso, ordenou que as cadeias de supermercados (i) se abstenham de realizar condutas que impliquem a alteração unilateral ex post do preço e demais condições das compras previamente acordadas com os fornecedores; (ii) estabeleçam de forma objetiva e não discriminatória as condições de compra e, por fim, (iii) e as entidades relacionadas, até as controladoras finais, consultem previamente o Tribunal quanto a qualquer negociação, operação, pacto, acordo de atuação conjunta, ato ou contrato que implique direta ou indiretamente sua integração ou fusão com empresas do mesmo ramo ou a aquisição destas.

É de se notar que este órgão adotou um posicionamento de controle ex post das condutas e atos praticados pelas empresas do setor varejista. Há

²⁰ London Economics, 1997, p. 41.

uma patente intervenção estatal sobre os atos realizados pelas empresas do setor. Todos eles deverão ser apreciados pelo Tribunal de Defesa da Livre Concorrência.

No entanto, outros países da América Latina, como a Argentina, buscaram meios de reduzir esse intervencionismo estatal, adotando uma estratégia de auto-regulação setorial através da edição de códigos de condutas.

4. Auto-regulação Setorial e a experiência argentina

A forte concentração no setor varejista, sobretudo a partir da década de 90, desencadeou uma série de práticas comerciais agressivas por parte das cadeias de supermercados em relação à indústria de fornecimento, o que fez surgir uma discussão acerca da necessidade de se eliminar essas condutas, que compreendem desde descontos e devoluções injustificadas de mercadorias até descontos unilaterais não acordados.

Neste ambiente, surge a discussão acerca da necessidade de regulação da atividade comercial. Na Argentina, a existência de alguns projetos de lei tendentes a regular a atividade comercial de grandes redes e a dificuldade de se aplicar a legislação antitruste, pois se considerava que ela não teria o escopo de dirimir conflito de interesses entre as partes, mobilizou os atores do mercado a abordar os pontos mais problemáticos de sua relação comercial através de um instrumento de auto-regulação setorial.

Trata-se do Código de Boas Práticas Comerciais (CBPC), um instrumento que tem por objetivo dar respostas aos conflitos entre as partes atuantes no mercado (fornecedores e varejistas), tratando de manter o equilíbrio de interesses e melhorar o desenvolvimento das relações comerciais através do estabelecimento de meios alternativos de soluções de controvérsias.

O CBPC surgiu a partir de uma série de reclamações feitas por fornecedores contra a indústria supermercadista, que estaria praticando condutas abusivas, exercidas de forma unilateral. Surge, assim, como um instrumento de auto-regulação setorial com a finalidade de estabelecer normas de conduta e regras de sobrevivência entre as partes, estabelecendo também um procedimento de soluções de conflitos.

Representa, em verdade, um instrumento de direito privado celebrado entre entidades representantes de fornecedores e distribuidores, tendo como alcance geográfico todo o território argentino. Sua finalidade precípua é diminuir o grau de intervenção estatal. Para tanto, prevê formas de soluções de conflitos

(mediação e arbitragem) que excluem as instâncias judiciais disponíveis, que acabam por representar meios mais onerosos de solução de conflitos.

O CBPC permitiu, de certa maneira, o estabelecimento de regras de jogo específicas para as transações comerciais entre as partes, assim como também estabeleceu certos limites, a fim de que os acordos escritos entre fornecedores e varejistas fossem respeitados, proibindo, assim, a realização de débitos não autorizados, a publicidade ou exibição de produtos abaixo do preço legal de venda, etc..

Assim, o código buscou abarcar as principais situações objetos de conflito entre fornecedores e varejistas, estipulando, por exemplo, que os contratos entre eles devem contemplar o prazo de vigência, a necessidade de acordos para modificar as condições gerais, prazos de entrega, de pagamento de mercadorias e de vigência de lista de preços; que os supermercados não poderão vender os produtos dos fornecedores abaixo do preço de compra, exceto em situações excepcionais como necessidade de eliminação de estoque, produtos de vencimento iminente, entre outras; que os contratos não podem ser terminados imotivadamente sem notificação prévia, dentre outras condições.

Desde a promulgação do Código em 2000, houve 147 reclamações de empresas do setor entre os anos de 2000 e 2002. No caso das mediações, a maioria encerrou-se com acordo entre as partes e somente 4% foram à Justiça. Dentre os casos de arbitragem, por sua vez, 63% foram encerrados no âmbito do CBPC, ao passo que 37% buscaram solução jurisdicional.²¹ Estes números refletem uma boa aceitação do código e de sua proposta pelas empresas do setor, o que contribui para o melhor desenvolvimento das relações comerciais.

Registre-se, todavia, que a auto-regulação setorial pode ser combinada com o controle de atos e contratos executados pelos agentes do setor varejista. Se, de um lado, a auto-regulação setorial tende a diminuir o grau de conflitos entre varejistas e fornecedores, equilibrando o poder de compra alcançado por diversas cadeias de supermercados e impedindo a ocorrência de práticas abusivas; de outro, o controle estatal dos atos de concentração neste mercado faz-se necessário para impedir que integrações horizontais e verticais tornem inócuas as disposições de um instrumento privado, como este código de boas práticas comerciais.

²¹ Estatísticas extraídas do artigo: *Autorregulación Sectorial: El Código de Buenas Prácticas Comerciales*. Temas del Consumidor, p. 134, disponível no site <http://www.mecon.gov.ar/secdef/revista/rev77/buenaspracticass77.pdf>.

5. Conclusões

O quadro geral indica uma forte tendência à concentração no setor varejista. Este fenômeno traz consigo diversas preocupações associadas ao comportamento dos agentes do mercado e seus efeitos sobre a concorrência.

Inúmeros relatórios elaborados por entidades internacionais como a OCDE e a *Competition Commission* do Reino Unido apontam para a intensificação do poder de compra dos supermercados e as condutas anticompetitivas decorrentes desta posição.

Em diversos países da América Latina, em especial Argentina e Chile, reclamações explícitas foram feitas por fornecedores que sofreram com o fenômeno. No Brasil, todavia, a situação ainda não foi alvo de julgamento e reflexão aprofundados.

Diante disso, cabe às autoridades competentes adotar uma postura mais atenta em relação à análise dos atos envolvendo o mercado em questão. As abordagens relativas especialmente às barreiras à entrada e ao papel das marcas próprias devem ser atualizadas tendo em vista as modificações pelas quais o setor tem passado.

Além disso, as diversas concentrações no setor, analisadas quase semanalmente pelo CADE, demandam atenção e merecem ser tratadas com cautela, para o aproveitamento de suas eficiências, mas, ao mesmo tempo, impedir qualquer abuso de poder econômico.

6. Bibliografia

Autorregulación Sectorial: *El Código de Buenas Prácticas Comerciales*. Temas del Consumidor, p. 134, disponível no site <http://www.mecon.gov.ar/secdef/revista/rev77/buenaspracticas77.pdf>, consultado em 26 de dezembro de 2007.

FORGIONE, Paula. *Contrato de Distribuição*. Ed. RT, São Paulo, 2005.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política Antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

OECD. *Buying Power of Multiproduct Retailers*. DAF/CLP(99)21. 1999.

OCDE. *Policy roundtables: buying power of multiproduct retailers, background note*, Paris, 1999.

Sentencia n. 9/2004, proferida em 5 de outubro de 2004 pelo *Tribunal de Defensa de La Libre Competência*, da República do Chile.