

## PODER DE COMPRA DO VAREJO SUPERMERCADISTA: UMA ABORDAGEM ANTITRUSTE<sup>1</sup>

*Léia Baeta Cavalcante*

### 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, como 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 comando<sup>2</sup>. Com isso, de modo geral, o poder de barganha dos supermercados em suas negociações com a indústria era quase nulo, o que permitia a 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 no mercado brasileiro (exemplos: o norte-americano Wal-Mart e os portugueses Jerônimo Martins e Sonae) 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%<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> O presente trabalho recebeu o 1º lugar na categoria pós-graduação do IV Concurso Nacional de Monografias sobre Defesa da Concorrência - Prêmio IBRAC-Esso 2003. Uma versão completa foi apresentada como monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas - Núcleo de Brasília.

<sup>2</sup> Cf. Panorama Setorial Gazeta Mercantil: Supermercados, vol. I., 1998, p. 8-9.

<sup>3</sup> Esse percentual é baixo, se comparado com determinados países. Na França, Canadá e Reino

Cabe indagar se esse novo cenário teve como conseqüência 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.

Destacando 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 conseqüência, 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 de seu 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?

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 do varejo”. Além disso, em vários

---

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%.

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 à luz da Lei 8.884/94. Por fim, o terceiro capítulo descreve um pouco da experiência internacional sobre o assunto.

## **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; o resultado final depende, portanto, de intensa negociação.

Vale lembrar, ainda, que Dobson (1999, p. 18) considera pouco provável, no varejo supermercadista, a situação anteriormente descrita 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).

### *1.2. Poder de compra e poder de venda do varejo*

Na presença de *buyer power*, são maiores as possibilidades de o varejista exigir preços mais baixos nas negociações com os fornecedores do que aqueles vigentes na ausência de tal vantagem. Antes de prosseguir, vale observar o seguinte aspecto: ainda que grande parte dos conflitos entre varejo e indústria esteja relacionado 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*.<sup>4</sup>

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.

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 assunto<sup>5</sup>, a delegação francesa afirmou que um varejista pode abusar de

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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).

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 substituir o produto, e não a loja.

### *1.3. Poder do comprador, poder do vendedor 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 é 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.

No caso específico do varejo supermercadista, pode-se considerar que o mercado relevante do produto é composto somente por supermercados. Essa afirmativa advém do fato 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,

---

*Buying power of multiproduct retailers. Roundtable on Buying Power, Paris, October 1998.*

decorrendo daí que o mercado geográfico assume uma dimensão extremamente localizada (ou regionalizada).<sup>6</sup>

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 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.<sup>7</sup>

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.

---

<sup>6</sup>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>.

<sup>7</sup>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.

#### 1.4. Formas de se exercer o buyer power: para além da imposição de preços

Além das exigências de preços<sup>8</sup>, 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)<sup>9</sup>, 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 significativo<sup>10</sup>. 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

---

<sup>8</sup> Deve-se lembrar que nem sempre exigências de preços por parte dos varejistas sobre os fornecedores devem ensejar maiores preocupações dos órgãos antitruste, dado que podem refletir, tão-somente, práticas normais de comércio.

<sup>9</sup> 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”.

<sup>10</sup> 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.

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 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) 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);

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

Mais uma vez é importante lembrar que a lista não é definitiva. 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.

### 1.5. 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.

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 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 por que os varejistas teriam incentivos para repassar os descontos.<sup>11</sup>

A conclusão a que se chega 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 um menor número de entrantes 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, consumidores e concorrentes.

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, 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.

---

<sup>11</sup> Em suas palavras: “*However, Galbraith does not explain why retailers would have incentives to pass cost-savings to consumers.*” (p. 15).

## 2. Análise antitruste do buyer power

### 2.1. O buyer power e as práticas restritivas verticais

As condutas elencadas no item 1.4 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’).”<sup>12</sup>

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: 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.<sup>13</sup> Nesse sentido, vale ainda destacar que Dobson (2002, p. 21) lembra que o guia de análise da Comissão Européia 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*.

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

---

<sup>12</sup> Definição constante na Resolução n° 20, de 09/06/1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

<sup>13</sup> A Resolução n° 20, de 09/06/1999, do CADE, dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei n° 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 exaurem 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.

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 juízes 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.<sup>14</sup>

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.

<sup>14</sup> 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.

### 2.3. Análise antitruste, Lei 8.884/94 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 8.884/94 (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?

#### 2.4. Aspectos gerais 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*?
- b) O *buyer power* é exercido contra fornecedores relativamente fracos?
- c) O varejista possui significativo poder em seu próprio mercado de atuação, ou seja, diante de seus consumidores?
- d) O varejista tenta influenciar outras ações de seus fornecedores ou deliberadamente criar uma relação de dependência?
- e) Existem significativos ganhos de eficiência associados à conduta de *buyer power*?

As questões acima, portanto, representam um breve guia a ser seguido pelas autoridades antitruste diante de um abuso de *buyer power* por parte de um suposto varejista.

### 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 mercado<sup>15</sup>. Assim, se a empresa ou o grupo ao qual ela pertença 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.<sup>16</sup>

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, 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

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Conforme exposto no capítulo anterior, parece ser essa também a tendência da legislação antitruste brasileira.

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<sup>17</sup>, 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 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 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.

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

---

<sup>17</sup> 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).

*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 supermercadista<sup>18</sup>, 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 mercado<sup>19</sup>, 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 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 supermercadistas<sup>20</sup>. 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*.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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%.

<sup>20</sup> 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.

Em 17 de março de 2002, o Código entrou em vigor<sup>21</sup>. 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.

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,

---

<sup>21</sup>Em 15/08/2003, o Código estava disponível no seguinte endereço: <http://www.warmwell.com/feb18supermarkertcc.html>.

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 supermercadista: o caso Kesko-Tuko*

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.<sup>22</sup>

A operação, ocorrida na Finlândia, envolveu a aquisição de Tuko, pela Kesko, duas empresas com estruturas bastante peculiares. Ambas eram companhias atacadistas controladas por diversos varejistas independentes (os chamados *K-*

<sup>22</sup> A decisão encontrava-se, em 29/08/2003, disponível no seguinte endereço:

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277)

*retailers* e *T-retailers*, respectivamente). Além de atuar no setor atacadista, Kesko e Tuko realizavam 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 atuavam 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 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*<sup>23</sup>; e (iii) compras de bens de consumo diário. No mercado de varejo de bens de consumo diário<sup>24</sup>, a operação resultou numa concentração de 55% no mercado da Finlândia. Em níveis regionais, a participação conjunta da Kesko e Tuko variava entre 40% e 90%, enquanto em nível local observavam-se somas ainda mais elevadas. De acordo com a Comissão Européia, esses percentuais levantavam suspeitas de dominância no mercado finlandês, comprovadas por diversos fatores. Três deles estava a questão do *buyer power*.

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. Além disso, constatou-se que o poder de venda dos grandes fornecedores não se comparava ao poderio de compra da Kesko após a operação. Segundo a Comissão, na maioria dos casos, a Kesko sempre encontrava um fornecedor alternativo, instalado na Finlândia ou no exterior, com capacidade suficiente para atender às suas demandas caso um concorrente se recusasse a negociar ou exigisse preços maiores. Outros fatores que aumentavam o poder de negociação da Kesko eram 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). Por esses motivos - e também outros, não

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> A análise da Comissão Européia sobre os outros dois mercados relevantes definidos, ainda que extremamente interessante, não foi comentada nesse trabalho, por não estar diretamente relacionada às questões aqui discutidas sobre o poder de compra do varejo.

relacionados estritamente ao escopo do presente trabalho -, 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 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. BLECHER, Nelson. A ditadura do varejo. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 44-52, 12 jun. 2002.
2. \_\_\_\_\_. Eu tenho a força. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 53-55, 12 jun. 2002.
3. 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.
4. 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.
5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10.DOBSON, Paul and WATERSON, Michael. *Vertical Restraints and Competition Policy*. Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 12, London, december 1996.

11.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.

12.. 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](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277). Acesso em: 29 ago. 2003 .

13.EUROPA. European Commission. *Glossary of terms used in competition related matters*. Disponível em: [http://eu.int/comm/competition/general\\_info/b\\_en.htm](http://eu.int/comm/competition/general_info/b_en.htm). Acesso em: 24 abr. 2003.

14.FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

15.FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

16.FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

17.\_\_\_\_\_. O mercado do grande varejo e a encruzilhada mundial. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30 ago. 2002.

18.LONDON ECONOMICS. *Competition in Retailing*. Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 13, London, september 1997.

19.ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Buying power of multiproduct retailers*. Roundtable on Buying Power, Paris, October 1998.

20.PANORAMA SETORIAL: Supermercados, vol. I. São Paulo: Gazeta Mercantil, set. 1998.

21.PARENTE, Juracy. *Varejo no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

22.REBOUÇAS, Lídia. Vida de nanico. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 57-58, 12 jun. 2002.

23.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.

24.SUPER HIPER. Revista da Associação Brasileira de Supermercados. Ano 29, nº 331, São Paulo, mai. 2003.

25.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](http://strategics.ic.gc.ca/pics/ct/tan_e.pdf) > Acesso em: 17 mai. 2003.

26.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.

27.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](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm#full)>. Acesso em: 18 jun. 2003.

28.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.

29.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.

30. VISCUSI, W.K.; VERNON, John M.; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2 nd. ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1995.

31. 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](http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/wen_e.pdf) > Acesso em: 17 mai. 2003.

32. Code of Practice on supermarkets' dealings with suppliers. Disponível em: < <http://www.warmwell.com.br/feb18supermarketcc.html> > Acesso em: 15 ago. 2003.