

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

CARLOS HUMBERTO DE SOUZA FILHO

BUYER POWER: ANÁLISE ECONÔMICA E LEI ANTITRUSTE

CURITIBA

2010

CARLOS HUMBERTO DE SOUZA FILHO

BUYER POWER: ANÁLISE ECONÔMICA E LEI ANTITRUSTE

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Privado da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Paraná
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marcia Carla Pereira
Ribeiro

CURITIBA

2010

AGRADECIMENTOS

À minha família, por serem quem são e por terem me feito ser quem sou.

Aos amigos da Trupe, por me ensinarem o real valor da amizade que não se limita pela distância e nem pelo tempo. Agradeço a cada dia por ter vocês ao meu lado todos os dias.

Aos amigos da faculdade, por me ensinarem que laços de verdadeira amizade superam qualquer divergência ideológica e que nossas diferenças são justamente aquilo que nos une. Vocês fizeram de mim uma pessoa melhor e sem vocês eu estaria incompleto. Espero um dia ser capaz de retribuir tudo aquilo que vocês representam para mim.

Ao Partido Democrático Universitário, por me fazer acreditar na boa política, por me motivar a concluir o curso de Direito, por me permitir sentir tantas vezes o inigualável prazer da vitória e de se ter um trabalho reconhecido, por ser composto por amigos que levarei para toda a vida e por ser o maior, melhor e mais bonito partido acadêmico já visto na Faculdade de Direito da UFPR.

À minha orientadora, Prof^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro, por ter confiado em meu projeto, mesmo diante da minha incapacidade de cumprir prazos.

A todos que contribuíram de alguma forma para a construção deste trabalho, digo do fundo do meu coração: amo todos vocês.

RESUMO

O presente estudo foca-se na análise do abuso de poder de compra, conhecido na literatura como *Buyer Power*. Para tanto, desdobra-se em três momentos distintos:

Primeiramente, aborda os *fundamentos* da Lei Antitruste: seu desenvolvimento histórico, as correntes teóricas que a estudam e os objetivos da regulamentação da concorrência. Por fim, apresenta breve histórico de sua evolução legislativa no Brasil.

O segundo capítulo centra-se na análise econômica do *Buyer Power*. Expõe conceitos e definições, descreve o contexto mercadológico que propicia a adoção destas condutas e o modo pelo qual se configura este abuso de poder. Ainda, arrola as diversas formas pelas quais este abuso pode ser manifestado e os efeitos concorrenciais decorrentes da adoção destas condutas.

Em seguida, expõe a postura adotada pelo Direito Concorrencial frente às distorções concorrenciais ocasionadas pelo *Buyer Power*. Serve-se, para tanto, da análise da aplicabilidade da Lei Antitruste às restrições verticais à concorrência e das chamadas *regras de interpretação* e *regras de sancionamento* dos ilícitos antitruste. Destaca, ainda, a abrangência da Lei 8.884/94 e sua possível incidência aos casos de *Buyer Power*.

Por fim, enfatiza a relevância que este estudo possui no contexto econômico atual e a necessidade de aperfeiçoamento contínuo dos instrumentais da Lei Antitruste, a fim de torná-los mais próximos da realidade dos mercados e mais eficazes na eliminação de distorções concorrenciais.

ABSTRACT

This study focuses on the analysis of the abuse of the buying power, so-called Buyer Power. It is presented in three distinguished moments:

Firstly, it exposes the fundamentals of Antitrust Law: its historical evolution, its main theoretical approaches and the goals that the competition regulation ought to reach. Finally, presents a brief history of its legislative development in Brazil.

The second chapter focuses on the economic analysis of the Buyer Power. Exhibits its main concepts and definitions, describes the market context that facilitates the adoption of these conducts and the way that the abuse of power may be configured. Still, lists the various manners in which this abuse may be manifested and the competitive effects that may result from the adoption of this behavior.

Then, it sets the posture commonly adopted by the Antitrust Law against the competitive distortions caused by the Buyer Power. Serves itself of the analysis of its applicability on vertical restraints and the so-called *rules of interpretation* and *rules of sanctioning* of the illegal Antitrust acts. Still, it emphasizes the extent of the Law 8.884/94 and its possible incidence on cases of Buyer Power.

Finally, it highlights the relevance of this study in the current economic context and the need for continuous improvement of the Antitrust instruments, in order to make them closer to the market reality and more effective against competitive distortions.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Os Fundamentos da Política Antitruste.....	9
2.1. Origens da Legislação Antitruste	10
2.2. Objetivos da Legislação Antitruste	15
2.2.1. Escola de Harvard e a abordagem estruturalista	16
2.2.2. Escola de Chicago e a eficiência alocativa do mercado	17
2.2.3. A visão europeia: concorrência-instrumento	19
2.3. A concorrência no Brasil	21
3. <i>Buyer Power</i>, o Poder de Barganha do Comprador.....	24
3.1. Definição	25
3.2. Contextualização.....	27
3.3. Configuração	30
3.4. Formas de exercer o <i>Buyer Power</i>	33
3.5. Efeitos concorrenciais e econômicos decorrentes do <i>Buyer Power</i> ..	37
4. Análise Antitruste do <i>Buyer Power</i>.....	39
4.1. O <i>Buyer Power</i> e as restrições verticais	40
4.2. Ilícitude <i>per se</i> e a regra da razão.....	43
4.3. <i>Buyer Power</i> e a aplicabilidade da Lei 8.884/94	47
5. Conclusão.....	51
Referências Bibliográficas.....	54

1. Introdução

Durante o último século, a Lei Antitruste se desenvolveu conforme a evolução do capitalismo, de forma a acompanhar suas rápidas alterações e visando a sanar as frequentes deformações por ele provocadas no mercado. Sua abordagem tradicional, influenciada principalmente pelo pensamento das Escolas de Harvard e de Chicago, demonstrou-se eficiente até o final dos anos 80. Este período, marcado pelo advento do neoliberalismo, da globalização e pela rápida evolução da tecnologia da informação, deu novos contornos à economia mundial. Desta forma, novas distorções foram geradas no mercado e as concepções tradicionais da concorrência não mais pareciam contemplar as questões impostas pela nova realidade apresentada. Neste contexto, ganhou projeção a questão do abuso do poder de barganha pelos grandes varejistas, o *Buyer Power*.

Fenômeno característico das últimas décadas, em grande parte influenciado pelas ondas de fusões e aquisições mundo afora, que concentraram o poder econômico nas mãos das grandes redes varejistas, o *Buyer Power* constitui uma ruptura com os tradicionais conceitos de abuso de posição dominante, mercado relevante e da finalidade da concorrência. O tema, recente e complexo, vem ganhando destaque em publicações especializadas, principalmente nos Estados Unidos e nos países da União Europeia, porém, seu estudo ainda carece de fontes, e sua bibliografia, ainda é escassa.

É imperativo que, no novo contexto sócio-econômico que se impõe, as Políticas Antitruste se desenvolvam e que o Direito crie mecanismos eficientes na prevenção e correção das novas distorções de mercado e condutas anti-competitivas que surgem. Neste sentido, o presente trabalho buscará, através da retomada dos fundamentos do Antitruste e de uma análise jurídico-econômica do *Buyer Power*, demonstrar a importância de seu estudo ao Direito Concorrencial e, desta forma, contribuir com a evolução da legislação antitruste e com o aprimoramento da defesa da concorrência.

Para tanto, o trabalho é apresentado em três momentos distintos, representados pela divisão em três capítulos.

Primeiramente, são apresentadas as origens históricas, o desenvolvimento teórico e os fundamentos das Políticas Antitruste no Brasil e no mundo.

No segundo capítulo, faz-se uma análise econômica do *Buyer Power*, abordando seus variados conceitos, o contexto que propicia sua ocorrência, o modo pelo qual se configura a situação que permite o abuso do poder de barganha, as condutas tipicamente abusivas deste poder e os reflexos e distorções concorrenciais e econômicas que gera em determinado mercado.

Por fim, aborda-se a aplicabilidade da Legislação Antitruste às condutas típicas de abuso de poder de compra, observando-se as regras de interpretação e de sancionamento destas condutas, bem como os obstáculos encontrados em sua aplicação e a abrangência da Lei 8.884/94.

Deste modo, o objetivo deste trabalho é, em linhas gerais, analisar o *Buyer Power* sob a ótica da Legislação Antitruste. Para tanto, busca analisar se a adoção destas condutas pode ser prejudicial à concorrência, se estaria inserido no escopo das Políticas Antitruste e, posteriormente, de que forma a atividade legislativa pode contribuir para coibir estas condutas e defender a livre concorrência.

2. Os Fundamentos da Política Antitruste

O estudo da análise econômica do *Buyer Power*, bem como da aplicabilidade da Lei Antitruste a este fenômeno, deve ser precedido pela apresentação dos fundamentos desta legislação e da forma pela qual o ordenamento jurídico se porta frente às distorções concorrenciais. Para tanto, primeiramente, traçar-se-á breve contexto histórico que reflete o desenvolvimento do que hoje é conhecido como Direito Concorrencial.

Não é novo o intenso debate acerca da correlação e contradições existentes entre Economia, Direito e Mercado. As práticas e condutas restritivas à concorrência sempre existiram e acompanham a evolução histórica da economia mundial. O Direito, por sua vez, busca, em um primeiro momento, constatar a necessidade ou não de intervir no domínio econômico para, posteriormente, desenvolver o instrumental necessário para a manutenção destas complexas relações entre agentes econômicos e estabelecer diretrizes que mantenham a segurança do sistema econômico vigente.

Embora hajam diversos registros de violações ao livre comércio, bem como referências ao termo "concorrência" desde o período compreendido pela Antiguidade Clássica¹, e apesar de a primeira Lei Antitruste contemporânea ser o *Act for the Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraint of Trade*², de 1889, no Canadá³, o primeiro diploma legal relevante para o estudo do Direito Concorrencial foi promulgado apenas em 1890, nos Estados Unidos da América, estabelecendo diretrizes que até hoje norteiam a regulamentação da concorrência em seu país de origem e no restante do mundo.

Este diploma ficou conhecido como *Sherman Antitrust Act*.

¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 34-39.

² Tradução livre: Ato de Prevenção e Supressão de Combinações formadas em Restrição das Trocas.

³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224.

2.1. Origens da Legislação Antitruste

Antes de compreender o conteúdo legal no texto do Sherman Act, é necessário analisar o contexto sócio-econômico norte-americano do período.

O século XIX foi marcado por profundas alterações econômicas e sociais, decorrentes do pensamento iluminista europeu, da propagação dos ideais do liberalismo econômico e da gradual independência das colônias do "novo mundo".

Os Estados Unidos, grande símbolo deste período, vivia época de grande liberalização do comércio e de crescente desenvolvimento econômico - iniciado na década de 1870 – por meio de importantes transformações tecnológicas e do contínuo fortalecimento da economia industrial, tornando-se centro de atração de imigrantes e de capitais de todas as partes do mundo, devido ao seu intenso rigor produtivo.⁴

Embora inicialmente vista como sinal de "pujança econômica", sem que implicasse necessariamente em um malefício, esta tendência de concentração industrial paulatinamente permitiu a formação dos chamados "trustes", institutos tradicionais do direito anglo-saxão que, com a finalidade de evitar a instabilidade dos cartéis - que podiam ser facilmente desrespeitados -, consistiam na transferência, pelo empresário, de um *trustee* - o poder derivado de suas ações - recebendo em troca um *trust certificate*. Desta forma, possibilitavam uma administração centralizada dos diversos agentes atuantes em determinado mercado, impedindo que a livre concorrência se estabelecesse entre eles.⁵

A mão-invisível do mercado parecia não ser suficiente para evitar a centralização dos mercados e do capital e as barreiras concorrenciais postas frente à atuação de novos entrantes no mercado pareciam cada vez mais intransponíveis.

Neste contexto, a jurisprudência americana - fonte principal do Direito no "*common law*" - observava a necessidade de desenvolver instrumentos contrários a esta excessiva concentração.

⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224.

⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 25-26.

Calixto Salomão Filho⁶ aponta três fatores que motivaram as cortes norte-americanas a criar uma legislação específica para a regulação da atividade econômica, quais sejam: a) como consequência direta da Guerra Civil, verificou-se grande fortalecimento e uma contínua concentração industrial, em especial, nos setores de telégrafos e estradas de ferro; b) o descontentamento do setor agrário, especialmente no que tange à iminente monopolização das estradas de ferro - inicialmente financiadas pelos próprios agricultores - e fruto da recente derrota política do sul agrário diante do norte industrializado; c) a rápida transformação da economia americana a partir de 1865, decorrente do crescimento da produção em massa, que exigia enormes custos fixos, e da crescente concentração de capital.

No ano de 1890, após intensos debates na 50ª Sessão do Congresso Americano, o projeto de lei apresentado pelo Senador John Sherman instituiu o primeiro diploma legal de relevância para a regulamentação antitruste, o *Sherman Act*.

Na definição de João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷, "o Sherman Act tem como seu princípio informador a crença nos benefícios da livre concorrência e da liberdade econômica, mas deve ser visto também como a encarnação de um princípio moral e de uma filosofia", entendimento este que pode ser observado no caso *Northern Pacific Railway vs United States*, volume 356, de 1958:

The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality, and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions. But even were that premise open to question, the policy unequivocally laid down by the Act is competition.^{8 9}

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 68-70.

⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Leis de Proteção da Concorrência: Comentários à lei antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17.

⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Northern Pacific Railway vs United States*, vol. 356, 1958. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/356/1/case.html>.

⁹ Tradução livre: O *Sherman Act* foi desenvolvido para ser um compreensivo diploma da desejada liberdade econômica na preservação da livre e inafetada competição como regra da concorrência. Ele se funda na premissa de que a irrestrita interação entre forças competitivas vai resultar na melhor alocação dos nossos recursos econômicos, preços mais baixos, maior qualidade, e o maior progresso material, enquanto promove um ambiente

No mesmo sentido, nos termos de Calixto Salomão, "a preocupação principal (do Sherman Act) é, portanto, com o poder dos monopolistas exercido sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político".¹⁰

Ressalta-se que a aplicabilidade do disposto pela referida lei se dava através da regra *per se*, que, nas palavras de Sérgio Varella Bruna, consiste, na prática, em ser "considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente, que pode até ser nenhum".¹¹

Esta aplicação da regra *per se* adotada pelas cortes norte-americanas é claramente influenciada da interpretação literal feita a partir das *Section 1 e 2* do *Sherman Act*, que assim dispõem:

Section 1 - Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.^{12 13}

Section 2 - Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.^{14 15}

Após a promulgação do *Sherman Act*, os tribunais se depararam com sérias dificuldades em sua interpretação, especialmente no que tange às suas definições

propício para a preservação de nosso sistema democrático e instituições sociais. Mas esta premissa pode ser questionada, a política inequívoca promovida pelo Ato é a competição.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72.

¹¹ BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 154.

¹² Tradução livre: *Todo contrato, combinação em forma de truste ou similar, ou conspiração, em restrição da troca ou comércio entre vários estados, ou com nações estrangeiras, deverá ser declarado ilegal.*

¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Antitrust Act*. Chapter 647, Title 15 U.S.C., 1890. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000001----000-.html

¹⁴ Tradução livre: *Toda pessoa que tente monopolizar, ou tente monopolizar, ou combine ou conspire com qualquer outra pessoa ou pessoas, a monopolizar qualquer parte da troca ou comércio entre vários estados, ou nações estrangeiras, deverá ser considerado culpado por um crime. Sherman Act.*

¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Antitrust Act*. Chapter 647, Title 15 U.S.C., 1890. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000002----000-.html

terminológicas, como – por exemplo - o que significaria o termo "monopolizar". Conforme Calixto Salomão¹⁶, paradigmático para esta constatação foi o caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs United States*, que consistia em sucessivas aquisições de ações de companhias de petróleo feitas pela família Rockefeller, culminando na formação de um *trust* para a administração de todas as companhias que detinham mais de 90% do mercado. Neste caso, a Suprema Corte americana não poderia utilizar uma interpretação literal do contido no *Sherman Act*, pois os atos que desencadearam a formação deste truste eram anteriores à promulgação da lei. Desta forma, fez-se interpretação baseada na regra que mais tarde ficou conhecida como "*rule of reason*", ou "regra da razão", como pode se inferir na leitura do precedente 221 U.S. 1 (1911):

The Anti-Trust Act of July 2, 1890, should be construed in the light of reason; and, as so construed, it prohibits all contracts and combination which amount to an unreasonable or undue restraint of trade in interstate commerce.

The combination of the defendants in this case is an unreasonable and undue restraint of trade in petroleum and its products moving in interstate commerce, and falls within the prohibitions of the act as so construed.^{17 18}

Estas dificuldades geradas na aplicação do *Sherman Act*, deram origem a novos debates no congresso americano, culminando - no ano de 1914 - na promulgação de dois novos atos com finalidades concorrenciais, quais sejam, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*.

O primeiro visava a complementar e aperfeiçoar a legislação anterior, por meio de novas definições do que seriam práticas desleais, e enumerar, em sua redação, as condutas que tenderiam ao monopólio, consistindo em violações à concorrência. Para Calixto Salomão, a promulgação desta nova lei decorre de uma mudança de concepção, "a concorrência não deve ser apenas livre, ela deve ser,

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 72-73.

¹⁷ Tradução livre: O Ato Antitruste de 2 de Julho de 1890, deve ser observado sob a luz da razão: e, assim observado, proíbe todos os contratos e combinações que impliquem em restrições irrazoáveis à troca no comércio interestadual. A combinação dos citados neste caso é irrazoável e restringem a troca do petróleo e seu transporte no comércio interestadual, sendo cabíveis as proibições previstas por este Ato.

¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Standard Oil Co. Of New Jersey vs United States*, vol. 221, 1911. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/221/1/case.html>

também, leal, para garantir os interesses do próprio consumidor contra o poder econômico do mercado".¹⁹

Institui-se, desta maneira, um rol de possibilidades de aplicação da regra *per se* de ilicitude, tendo como finalidade a constatação de atos tendentes à conquista ilegal de fatias de mercado, sancionando-os desde cedo, para que se evitasse a formação de monopólios logo em sua origem. Define, em seu artigo 1º, o significado das expressões "leis antitruste", "comércio" e "pessoas". Ainda, estabelece quatro condutas típicas restritivas da concorrência, quais sejam: a) *primary-line discrimination*, a venda de um mesmo produto a compradores diferentes por preços diferentes, com o fim de eliminar concorrentes do mercado; b) *exclusive dealing*, contratos de exclusividades; c) *stock acquisition*, aquisição de totalidade ou parte das ações de empresas concorrentes, e; d) *interlocking directorates*, pertencer uma mesma pessoa ao conselho gestor de empresas concorrentes.²⁰

O *Federal Trade Commission Act*, por sua vez, determinou a criação de uma comissão responsável pela detecção e prevenção de condutas desleais que fossem prejudiciais a competição. Em sua *Section 45* define as finalidades que esta comissão deverá perseguir:

(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; (...)

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

(2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, (...) from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.^{21 22}

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

²⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Leis de Proteção da Concorrência: Comentários à lei antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 21.

²¹ Tradução livre: (a) Declaração de ilegalidade; poder de proibir práticas injustas; (...) Métodos injustos de competição em ou afetando o comércio, e atos ou práticas injustos em ou afetando o comércio, são declarados ilegais.

A Comissão é direcionada e possui poderes para prevenir pessoas, parcerias e corporações de usar métodos injustos de competição em ou afetando o comércio e atos ou práticas injustos em ou afetando o comércio.

²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Trade Commission Act*. Section 45, 1914. Disponível em: http://www.ftc.gov/ogc/FTC_Act_IncorporatingUS_SAFE_WEB_Act.pdf

Isto é, este ato teve como finalidade criar uma comissão federal, responsável por fiscalizar práticas restritivas à concorrência, com poderes para prevenir, coibir e proibir quaisquer condutas que julgasse anti-concorrenciais.

Feita esta breve análise do histórico da Lei Antitruste, especialmente com relação à sua evolução nos Estados Unidos da América, abordar-se-á a evolução das suas teorias no decorrer do século XX, com particular atenção às escolas que buscam definir os objetivos a serem perseguidos pelo Direito Concorrencial, bem como sua aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

2.2. Objetivos da Legislação Antitruste

A definição de objetivos determinados e fixos para a legislação antitruste, preconizado pelas grandes escolas do pensamento concorrencial, em especial as chamadas *Escola de Chicago* e *Escola de Harvard*, é vista por muitos autores como inadequada e insuficiente para definir o desempenho da Lei Antitruste. Nas palavras de Paula Forgioni: "a Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistema jurídico, momento histórico, função diversa daquela desempenhada em outros sistemas, em outros momentos". Inference-se, portanto, que "as discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, (...) são, de certa maneira, estéreis".²³

Isto é, enxergar o Direito Concorrencial como *uno* e absoluto, ignorando sua natureza precípua de atuar como instrumento concretizador de determinado contexto sócio-econômico, não só limita sua abrangência, como pode torná-lo inócuo em determinados ordenamentos jurídicos.

Para tanto, deve-se fazer uma leitura ponderada das teorias que buscam determinar objetivos definidos para o complexo fenômeno da concorrência, adotando-se aquelas premissas que melhor se encaixem no ordenamento jurídico e na ordem mercadológica que devem regular.

²³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 163-164.

No entanto, é impossível compreender adequadamente as legislações Antitruste contemporâneas sem que se retorne aos ensinamentos destas escolas, abordagem que será feita a seguir.

2.2.1. Escola de Harvard e a abordagem estruturalista

A chamada Escola de Harvard, também conhecida como *escola estruturalista*, surgida em meados do século XX, teve como principais expoentes nomes como *Philip Areeda, D. Turner, C. Keyser e Sullivan*.

Suas teorizações têm origem nos ensinamentos de John M. Clark, que diagnostica que as imperfeições verificadas no mercado não são necessariamente danosas a longo prazo. Define, portanto, que a finalidade da concorrência não seria a eliminação de toda e qualquer imperfeição constatada no mercado, mas sim a busca por um modelo de "*workable competition*", isto é, uma concorrência que, mesmo com pequenas imperfeições, seja viável.²⁴

Em linhas gerais, esta escola enfatiza a necessidade de haver uma "estrutura pulverizada de mercado e a inexistência de barreiras à entrada, evitando-se as disfunções do mercado", acreditando que "as excessivas concentrações de poder de mercado devem ser evitadas mediante adoção de políticas públicas".²⁵

Em outros termos, nas palavras de Calixto Salomão Filho, a ênfase era dada ao:

estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste. Para esses autores, a estrutura do setor determina predominantemente a performance da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada, as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economia de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação de produtos.²⁶

²⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 168-169.

²⁵ BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 175-176.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 22-23.

Assim sendo, a Escola de Harvard preconiza que a função precípua do ordenamento jurídico concorrencial deve ser evitar as excessivas concentrações de poder de mercado. Esta *abordagem estruturalista*, segundo Paula Forgioni, pode ser identificada por uma máxima que sintetizaria o cerne de seu pensamento: "*small is beautiful*".²⁷

A partir do final dos anos 70, pode-se dizer que esta escola desaparece e perde sua relevância, considerando que a maioria de seus representantes passam a aceitar grande parte dos pressupostos da *Escola de Chicago*, hoje dominante da doutrina e nos julgamentos das Cortes.²⁸

2.2.2. Escola de Chicago e a eficiência alocativa do mercado

A Escola de Chicago, também conhecida como escola neoclássica, nasce nos anos 50 e atinge seu auge durante o governo de Ronald Reagan. Tem como principais expoentes nomes como *Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner*, e ostenta como principal fundamento a crença na *eficiência alocativa do mercado*, alcançada por meio do comportamento racional-maximizador que ocasiona primordialmente um benefício ao consumidor. Esse valor se sobrepõe, admitindo a existência de monopólios, salvo se resultar na redução da produção e consequente aumento de preços.²⁹

Esta escola, grande precursora da Análise Econômica do Direito, introduziu diversos conceitos da teoria econômica neoclássica à análise da legislação antitruste. Dentre estes conceitos, destaca-se a aplicação da teoria marginalista do valor, que serve de instrumento para explicar a formação dos preços a partir do valor

²⁷ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 169-170.

²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 22-23.

²⁹ BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 177.

dado ao bem pelo último consumidor, conectando, desta forma, produto e consumidor, e buscando antecipar como um todo o funcionamento do mercado.³⁰

Resumidamente, os paradigmas fundantes desta escola são: a aplicação da teoria econômica em todos os ramos do direito, colocando problemas relativos a *eficiência* do próprio ordenamento jurídico no centro de seus estudos, observando os custos gerados por seus instrumentos. Ainda, estabelecem como **único** valor social a ser considerado, a "eficiência alocativa" dos mercados, objetivando que todos os problemas jurídicos sejam solucionados por meio deste único princípio. Desta forma, subordinam o direito à sua análise econômica, reduzindo sobremaneira a complexidade do fenômeno jurídico.³¹

A Escola de Chicago foi, principalmente no desenrolar dos anos 80, amplamente aceita pelas Cortes norte-americanas, e influenciou grandemente a maior parte das legislações antitruste contemporâneas. Isto se deve, principalmente, à simplificação da questão, reduzindo-a ao objetivo de ser capaz de produzir a custos cada vez menores e de repassar estes benefícios ao consumidor por meio da redução dos preços das mercadorias. De acordo com Calixto Salomão:

O principal mérito da Escola de Chicago e, sem dúvida, a principal razão da aceitação pelas Cortes de suas teses está no fato ter sido capaz de adaptar objetivos tão claramente de política econômica a uma teoria econômica aparentemente preocupada exclusivamente com a defesa do consumidor - e, portanto, de grande apelo teórico e até político-ideológico.³²

Com o declínio do neoliberalismo nas décadas seguintes, a Escola de Chicago perde parte de sua força e capacidade de explicação do direito antitruste. As principais críticas a ela dirigidas referem-se à excessiva simplificação do complexo fenômeno jurídico a mero reflexo do sistema econômico. Ressalta-se que a crítica não reside no questionamento da utilização da análise econômica como instrumento para a explicação do Direito, mas sim na alegação de que as teorias econômicas seriam, por si só, suficientes para explicar o ordenamento jurídico.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência: (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 56-57.

³¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 178.

³² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev.e at. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 138.

O movimento denominado *Revisionismo Pós-Chicago*³³ - que se intensifica nos anos 90 - ao mesmo tempo em que aplaude a utilização da análise econômica introduzida pelos economistas de Chicago, critica sua concepção por ser demasiadamente simplista, julgando-a insuficiente para explicar o complexo fenômeno do antitruste, especialmente no que tange a sua condescendência com certas condutas anti-concorrenciais, como os acordos verticais. Desta forma, buscam os teóricos adeptos deste *revisionismo* não apenas questionar os dogmas estabelecidos pela Escola de Chicago, mas, sim, complementá-los e adaptá-los mediante as novas necessidades estabelecidas pelo mercado.

2.2.3. A visão europeia: concorrência-instrumento

A primeira experiência legislativa antitruste europeia foi o Tratado de Paris - também conhecido por instituir a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - firmado no ano de 1951, e claramente inspirado no disposto pelo *Clayton Act* norte-americano. Estabelecia - entre França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo - regras comunitárias de concorrência, que objetivavam um mercado único para o carvão e o aço. Preocupação esta, expressa, por exemplo, no art. 5º do CECA:

Art. 5º. A Comunidade desempenhará sua missão, nos termos do presente Tratado, por meio de intervenções limitadas.
Para o efeito: (...)
assegurará o estabelecimento, manutenção e respeito de condições normais de concorrência e só intervirá directamente na produção e no mercado quando as circunstâncias exigirem.³⁴

O Tratado de Roma, assinado em 1957, dá continuidade às iniciativas promovidas pelo CECA e cria a Comunidade Europeia, que enumera logo em seu artigo 2º, as missões e finalidades fundamentais que deverá perseguir:

³³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 180.

³⁴ Uniao Europeia. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*. 18 de abril de 1951. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_PT_0001.tif

A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, um elevado nível de emprego e de protecção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.³⁵

No mesmo tratado, prevê em seu artigo 3º, os *meios* a serem utilizados para atingir os fins supramencionados, citando, dentre eles, "um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno" e "o reforço da capacidade concorrencial da indústria da Comunidade", atribuindo, desta forma, um papel *instrumental* à concorrência, como *meio* de atingir suas finalidades contidas no art 2º.

Em outras palavras, aparentemente alheia à discussão doutrinária norte-americana - que buscava encontrar uma finalidade única a ser perseguida pela concorrência - a União Europeia (no período anterior a 1992, chamada de Comunidade Europeia) adotou uma abordagem iminentemente *instrumental*, diretamente relacionada aos fins da própria União, não sendo :

um fim em si mesma, mas um instrumento, um meio de atingir-se o fim maior perseguido pela própria União. Em termos práticos, a *concorrência-instrumento* significa que (i) a competição somente será protegida na medida em que propiciar a consecução dos objetivos lançados no art. 2º do Tratado CE e (ii) é possível o sacrifício da concorrência para atingir um fim maior.³⁶

Isto é, a concorrência europeia, muito além de buscar um modelo de "*workable competition*", tutelar os *interesses do consumidor*, ou buscar a *máxima eficiência alocativa do mercado*, é vista como um *meio* de alcançar os fins económicos estabelecidos pelos próprios países integrantes.

³⁵ União Europeia. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*. 18 de abril de 1951. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_PT_0001.tif

³⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 182.

Resumidamente:

o Direito Concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum. A principal preocupação do direito concorrencial de origem comunitária é a garantia das condições estruturais da concorrência, isto é, as condições de acesso e permanência dos agentes no mercado.³⁷

2.3. A concorrência no Brasil

A evolução histórica da disciplina da concorrência no ordenamento jurídico nacional pode ser vista como um reflexo das políticas econômicas adotadas pelo país e a perspectiva pela qual vislumbrava o papel do mercado em cada estágio. Esta evolução pode ser caracterizada por quatro momentos bastante distintos, quais sejam³⁸: a) a crença na "mão-invisível" do mercado e no papel meramente *garantidor* do Estado; b) a tentativa de corrigir distorções através de intervenções no domínio econômico; c) a atuação do Estado como agente e participante no mercado; d) a redução da atuação estatal, e a assunção do papel de agente normativo e regulador.

O primeiro momento, característico do período pós-independência, é corroborado nas Constituições de 1824 e 1891 - em seus artigos 179 e 72, respectivamente - através da garantia do direito à propriedade como absoluto, pleno e inviolável, bem como os direitos à livre iniciativa e às liberdades individuais, devendo o Estado, portanto, atuar como mero *garantidor* destes preceitos fundamentais. Para tanto, não haveria qualquer necessidade de regramento jurídico que disciplinasse a atividade do mercado.

O segundo momento, iniciado no fim da Primeira Guerra Mundial, é marcado por profundas inovações nos ordenamentos jurídicos mundo afora, com particular influência das Constituições do México e de Weimar - simbolizadas pela máxima "a

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev.e at. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

³⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Leis de Proteção da Concorrência: Comentários à lei antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42.

propriedade obriga" - e dos reflexos econômicos da Crise de 1929, que atribuíam ao Estado uma nova postura, de maior intervenção no domínio econômico.

As Constituições brasileiras de 1934 e 1937 são fruto desta peculiar conjuntura internacional, introduzindo importantes conceitos na ordem econômica nacional, atribuindo ao Estado novas funções, através de novas previsões constitucionais, como a de "promover o fomento da economia popular", e "coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado". Ainda, prevê que "a intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão indireta", conferindo ao Estado, portanto, uma função *corretiva* de distorções no sistema, sem que *conduzisse* quaisquer políticas econômicas.³⁹

Desta forma, o legislador brasileiro abre caminho para a formulação do primeiro diploma legal destinado a defender a livre concorrência - o Decreto-lei nº 869 de 1938 - que "surge com uma função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor".⁴⁰ Ressalta-se que, embora tenha sido o primeiro texto normativo antitruste do país - o decreto-lei carece de qualquer aplicabilidade - tendo sido registrado apenas um caso de sua aplicação.

Alguns anos mais tarde, sob iniciativa de Agamemnon Magalhães, então ministro de Getúlio Vargas, é elaborado o primeiro grande projeto objetivando regular a concorrência. Diferentemente das experiências antitruste mundo afora, esta possuía um caráter iminentemente nacionalista e protecionista, condizente com a crescente demanda por uma maior atuação estatal na garantia da livre concorrência. Como nota Paula Forgioni, "no Brasil, amalgama-se, desde o início, a repressão ao abuso do poder econômico com o nacionalismo e o protecionismo, assumindo nosso sistema, mais uma vez, particularidades não encontradas alhures".⁴¹

³⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 114.

⁴¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

Este projeto, que se transformou no Decreto-lei 7.666/45, sistematizava – pela primeira vez – a matéria antitruste contra o abuso do poder econômico, criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) - órgão responsável por conceder autorizações *prévias* à determinadas práticas de agentes econômicos – e possibilitava, ao Poder Executivo, o controle das atividades econômicas do país. Sérias críticas foram feitas ao decreto-lei, especialmente no que tange ao seu excessivo protecionismo, tendo sido revogado logo ao fim do governo Vargas, antes de completar três meses de vigência.

A Constituição de 1946 inova no ordenamento jurídico pátrio, ao prever em seu art. 148 que “a lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Desta forma, eleva à categoria de dispositivo constitucional a disciplina da concorrência no Brasil, abrindo caminho para a promulgação de um diploma legal que finalmente regulamentasse adequadamente a repressão ao abuso do poder econômico no país, qual seja, a Lei 4.137/1962.⁴²

Esta lei instituí importantes mudanças no ordenamento jurídico antitruste brasileiro, como a tipificação das formas de abuso do poder econômico em seu artigo 2º, a conceituação do que seria empresa e a efetiva criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – com a função de apurar e reprimir quaisquer abusos do poder econômico.

Relevante notar que esta lei carecia de eficácia material. Isto decorria, principalmente, da constante intervenção do Poder Judiciário sobre a atuação do CADE – por meio do julgamento de mandados de segurança impetrados pelas empresas anteriormente condenadas em esfera administrativa - sob o argumento de salvaguardar as garantias individuais dos cidadãos.⁴³

O quarto e último momento ocorre no início da década de 90 - período marcado pelo afastamento do Estado da atividade econômica e pela liberalização da economia – trazendo consigo a necessidade de um novo diploma antitruste,

⁴² FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Leis de Proteção da Concorrência: Comentários à lei antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 48-49.

⁴³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 136-137.

condizente com esta nova *política econômica*. A Lei 8.158 de 1990 surge neste contexto, criando a Secretaria Nacional de Direito Econômico, com a função de dar aporte administrativo ao CADE e fiscalizar e corrigir possíveis distorções no domínio econômico. Esta nova Lei Antitruste, porém, foi logo maculada pelo Governo Federal, que passou a utilizá-la como instrumento de ameaça de retaliação contra setores da economia.⁴⁴

Por fim, em 1994 é promulgada a Lei 8.884 que, dentre outras mudanças, transformou o CADE em autarquia federal e implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), possibilitando, ainda que de maneira tímida, maior aplicabilidade da legislação antitruste no Brasil.

Importante observar, por meio do breve histórico apresentado, o caráter iminentemente *instrumental* assumido pela concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Em um primeiro momento, seu caráter *instrumental* decorria de sua utilização como *meio* para atingir as finalidades estabelecidas constitucionalmente, como a *economia popular* e os direitos do *consumidor*. A disciplina da concorrência serve ainda, como *instrumento* de *efetivação* e *legitimação* de políticas públicas, em especial as políticas econômicas adotadas pelo governo federal.

Por fim, esta tendência de instrumentalidade da concorrência no Brasil – a exemplo da tradição europeia – é observada claramente na Constituição da República de 1988, que prevê a defesa da liberdade de concorrência como *meio* de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.⁴⁵

3. Buyer Power, o Poder de Barganha do Comprador

Feita esta exposição inicial acerca do histórico e dos fundamentos da Lei Antitruste e do Direito Concorrencial, passa-se à análise da prática abordada como

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 143.

⁴⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 191.

objeto central deste trabalho - o *Buyer Power*⁴⁶ - também conhecido como Poder de Barganha do Comprador.

Primeiramente, aponta-se que se trata de tema recente, ainda pouco trabalhado pela literatura - em particular no Brasil – razão pela qual utilizar-se-á bibliografia majoritariamente estrangeira.

Ainda, ressalta-se que, embora o setor supermercadista seja o mais emblemático para o tema - bem como o mais trabalhado pela literatura - o presente trabalho não pretende resumir sua análise a um único setor da economia. Abordar-se-á a prática do *Buyer Power* de maneira genérica, admitindo-se que sua ocorrência pode se dar em qualquer outro setor, desde que haja um desequilíbrio nas relações de poder exercidas entre compradores e fornecedores.

A presente análise terá como objetivo responder aos seguintes questionamentos acerca do *Buyer Power*: *o que é, por que ocorre, como se configura, quais os meios utilizados para exercê-lo e quais os efeitos concorrenciais e econômicos da adoção destas condutas.*

Para tanto, este capítulo – antes de apresentar os fundamentos jurídicos que determinam a aplicabilidade ou não da legislação antitruste a estas condutas - apresentará como se formam as estruturas de mercado propícias para o desenvolvimento da prática e de que maneira as condutas adotadas pelos agentes destes mercados afetam a concorrência e geram (ou não) a necessidade da intervenção do Direito. Para realizar esta análise de maneira mais adequada utilizar-se-á de instrumental teórico fornecido pela Economia, bem como de alguns conceitos da Teoria da Administração.

3.1. Definição

Em linhas gerais, o *Buyer Power* pode ser definido como a habilidade de um ou mais compradores, utilizando-se de sua importância econômica em determinado mercado, negociar e obter condições de compra mais favoráveis de seus

⁴⁶ Frise-se que será adotado o termo na língua inglesa por já estar consolidado na doutrina sobre o tema, sem que com isso haja prejuízo da utilização de sinônimos na língua portuguesa, como “poder de barganha do comprador” e “poder de compra”.

fornecedores.⁴⁷ Esta definição, encontrada no *Glossary of terms used in EU competition policy* é, de modo geral, a mesma adotada por outros autores, que acrescentam alguns novos elementos em seus próprios conceitos. Paul W. Dobson⁴⁸ define a prática como:

(...) the ability of particular buyers to obtain from suppliers more favourable terms than those available to other buyers, or which would otherwise be expected under normal competitive conditions.⁴⁹

Isto é, Dobson define que o poder de barganha do comprador não se dá apenas quando a empresa possui condições mais favoráveis que aquelas oferecidas a seus concorrentes, mas também quando obtém condições mais favoráveis do que aquelas que obteria em um mercado em condições normais de competitividade.

Outro conceito, mais completo e abrangente - de grande relevância para este estudo - é aquele da *Organization for Economic Co-Operation and Development* (OECD), que produziu um dos primeiros trabalhos sobre o tema, em 1981:

Buying power may be defined as the situation which exists when a firm or a group of firms, either because it has a dominant position as a purchaser of a product or a service or because it has strategic or leverage advantages as a result of its size or other characteristics, is able to obtain from a supplier more favourable terms than those available to other buyers.^{50 51}

Nota-se que a OECD utiliza um sinônimo para se referir à prática, denominando-a *Buying Power*, termo que é igualmente aceito, porém menos utilizado pela doutrina. Ainda, traz em seu conteúdo duas diferenças em relação às definições anteriores. A primeira é a utilização da expressão “empresa ou grupo de

⁴⁷ EUROPA. European Commission. *Glossary of terms used in competition related matters*. Disponível em: http://eu.int/comm/competition/general_info/b_en.htm.

⁴⁸ DOBSON, Paul W. *Buyer-Driven Vertical Restraints in The Pros and Cons of Vertical Restraints*. Suécia: Konkurrensverket, 2008. p. 105.

⁴⁹ Tradução livre: (...) a habilidade de alguns compradores de obter de seus fornecedores condições mais favoráveis que aquelas disponíveis para outros compradores, ou que aquelas esperadas em condições normais de competitividade.

⁵⁰ Tradução livre: *Buying power* pode ser definido como a situação em que uma empresa ou um grupo de empresas - ou por possuírem uma posição dominante enquanto compradores de um produto ou serviço ou por possuírem uma vantagem estratégica como resultado de seu tamanho ou outras características - consegue obter de um fornecedor condições mais favoráveis que aquelas disponíveis para outros compradores.

⁵¹ OECD. *Buying power: The exercise of market power by dominant buyers*. Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices. 1981. p. 10.

empresas”, inserindo no conceito o poder exercido pelas associações de compras. A segunda é a inclusão dos *meios* pelos quais este poder pode ser exercido, sendo eles: a obtenção de posição dominante como comprador de um produto ou serviço ou a existência de uma vantagem estratégica em relação aos outros competidores, decorrente de seu tamanho ou de outras características.

Abordagem um pouco diversa é feita por Zhiqi Chen⁵², que trabalha com o conceito de poder monopolista, invertendo-o para definir o poder monopsonista, definindo a conduta como:

the ability of a buyer to reduce the price profitably below a supplier's normal selling price, or more generally the ability to obtain trade terms more favourable than a supplier's normal trade terms.⁵³

Observa-se que Chen resume o conceito à mera obtenção de condições de compra diversas daquelas normalmente oferecidas pelo fornecedor. Desta forma, abarca na definição do *Buyer Power* toda e qualquer vantagem obtida pelo comprador, ainda que decorram de fatores que não uma manifestação de abuso de poder econômico e que não sejam prejudiciais ao desempenho econômico do fornecedor.

3.2. Contextualização

Registros históricos demonstram que o abuso do poder de compra não é novidade do capitalismo moderno. Apontam que na Idade Média, na região da Lombardia, já ocorria uma espécie de *Buyer Power* primitivo, garantido pelo monopólio estatal do cunho da moeda, em que “aqueles que procuravam ouro nas areias dos rios do Vale Padano eram obrigados a vender todo o metal à câmara real

⁵² CHEN, Zhiqi. *Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy*. Research in Law and Economics, Volume 22. Elsevier: 2007. p. 19.

⁵³ Tradução livre: a habilidade de um comprador de reduzir o preço lucrativamente abaixo do preço normal oferecido pelo fornecedor ou, de maneira mais geral, a habilidade de obter condições de compra mais favoráveis que aquelas normalmente oferecidas pelo fornecedor.

de Pavia por um preço estabelecido pelo próprio comprador, ou seja, tinha-se o autêntico monopólio de compra do produto”.⁵⁴

Ainda que esta prática fosse encontrada em alguns setores econômicos, sua influência não era motivo de grande preocupação por parte das legislações antitruste, que durante grande parte do século XX - período de seu maior desenvolvimento – tiveram como sua maior preocupação a regulação dos abusos de poder econômico e das práticas anticoncorrenciais promovidas “de cima para baixo” na cadeia produtiva. Isto é, as condutas e estruturas vistas como anticompetitivas eram apenas aquelas em que os fornecedores ostentavam posição dominante em relação aos seus compradores. A preocupação com as relações de poder “de baixo para cima” só tiveram início nos anos 70, com a intensificação do poder de grandes distribuidores – em especial no setor supermercadista – e passaram a figurar como elemento das legislações antitruste nos anos 90.

O setor mais emblemático de constatação do *Buyer Power*, e também o mais trabalhado pela literatura, é o de supermercados. Fruto, principalmente, das grandes fusões e aquisições ocorridas no mundo todo nas últimas décadas.⁵⁵ Situação conjuntural assinalada, por exemplo, no Livro Verde sobre as Restrições Verticais da União Europeia:

Os fabricantes dependem cada vez mais dos distribuidores e da venda a retalho de produtos alimentares para colocar os seus produtos à disposição dos consumidores. Uma vez que o espaço dos expositores de venda para novos produtos é limitado, surgem conflitos entre o crescente número de iniciativas de lançamento de novos produtos e o objectivo de optimização dos lucros por parte dos retalhista. Este conflito levou a que os retalhistas solicitassem uma compensação pecuniária (comissão de vendas) ou regimes de desconto que excedem por vezes as possíveis reduções de custos dos fabricantes. Dada as pressões existentes a nível dos expositores de venda, os produtos que não se encontram em primeira ou segunda posição correm cada vez mais o risco de serem eliminados da lista de produtos vendidos, sendo substituídos pelas marcas próprias dos retalhistas. Em consequência, em vários segmentos de mercado, a posição do primeiro e segundo fornecedores tem sido,

⁵⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 40.

⁵⁵ No Brasil, decorre principalmente da abertura da economia promovida no início dos anos 90, que possibilitou a entrada de diversos grupos varejistas internacionais, como o norte-americano Wal-Mart e o português SONAE, e das diversas aquisições e fusões ocorridas no setor, como a consolidação do Grupo Pão de Açúcar.

em muitas instâncias, "institucionalizada" o que dificulta cada vez mais o acesso ao mercado por parte de outros fornecedores.⁵⁶

Porém, não só neste setor observa-se a crescente tendência de concentração de poder na mão de poucos grandes varejistas e redes de distribuição. Para entender, de forma genérica, o contexto que favorece a ocorrência do *Buyer Power* em determinado setor, utilizar-se-á um dos conceitos fundamentais da economia, a Lei da Oferta e da Demanda. A lógica - bastante simples - determina a existência de uma relação inversamente proporcional entre as variáveis preço e quantidade. Isto é, determina-se que quando a demanda for maior que a oferta, os fornecedores podem estabelecer preços mais elevados, e quando a oferta for maior que a demanda, para que consiga vender seus produtos, o fornecedor tem de reduzir os seus preços em relação aos concorrentes.

A situação hipotética mais simples em que se pode conceber a prática do *Buyer Power* é a de *monopsônio puro*. Isto é, havendo um único comprador para o produto de diversos fornecedores que atuem em condições normais de concorrência, ou seja, em um mercado em que a oferta é superior à demanda. Nesta situação:

(i) o monopsonista é quem define os preços que serão pagos aos fornecedores; (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.⁵⁷

Repise-se, a situação descrita acima é hipotética, pouco provável em uma economia capitalista moderna. Conforme Dobson⁵⁸ a situação mais plausível de ser encontrada em mercados reais seria a presença de um pequeno número de varejistas poderosos e de um reduzido número de vendedores poderosos. A

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp.568-569.

⁵⁷ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. p. 7.

⁵⁸ 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. p. 18.

estrutura de mercado daí decorrente seria caracterizada pela existência tanto de um oligopólio quanto de um oligopsônio. Frisa ainda, que a detenção de grande fatia do *market-share* não é condição essencial para que haja o *Buyer Power*, bastando que o volume de compras dos varejistas seja suficientemente grande para afetar a economia de escala de seu fornecedor.

Outra situação bastante comum em que há exercício do *Buyer Power* decorre da formação das chamadas associações de compras⁵⁹, união de concorrentes - em geral varejistas de pequeno e médio porte - que sozinhos, não apresentariam condições de barganhar preços com os fornecedores, dada a reduzida escala de suas compras; juntos, entretanto, são capazes de negociar em melhores termos para si próprios, permitindo-se competir no mesmo patamar de preços dos grandes varejistas. Importante frisar que estas associações devem resumir-se a decisões de compra ou compartilhamento de informações e de técnicas, mantendo suas políticas de preço independentes, atuando em regime de concorrência perante seu mercado consumidor. Caso contrário, recaem no risco de adotar práticas iminentemente anticoncorrenciais, como a formação de cartel.

3.3. Configuração

Antes de adentrar no mérito da configuração do *Buyer Power*, há de se distinguir dois sentidos distintos que o termo pode assumir. Caso a referência seja feita ao *Buyer Power* tal qual definido pelo conceito de Zhiqi Chen – toda e qualquer vantagem econômica, financeira ou não, obtida por um comprador mediante seus fornecedores – se terá uma configuração mais ampla, que pode se dar inclusive em decorrência de situações cotidianas de negociação e como fruto de bons relacionamentos empresariais, sem que haja necessariamente a utilização ostensiva de um *poder de barganha* por parte do comprador.

O outro sentido dado - mais relevante para o presente trabalho - refere-se às práticas e condutas abusivas praticadas por empresas que ostentam condição de se

⁵⁹ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. pp. 8-9.

utilizarem do *poder de barganha*. Para que se configurem estas situações em que o *Buyer Power* efetivamente interfere nas relações empresariais e nas condições normais de competitividade, devem ser analisadas as variáveis estruturais e conjunturais específicas do mercado em que estão inseridas. O método de identificação desta variáveis mais recorrente na literatura sobre o tema baseia-se em dois pressupostos principais, quais sejam, o *mercado relevante* detido pela empresa e o grau de dependência econômica de seus fornecedores.^{60 61} Feita esta breve introdução, apresentam-se os modos pelos quais se configura o *Buyer Power*.

Ao se utilizar o sentido amplo dado pelo conceito de Zhiqi Chen, observamos que a configuração do *Buyer Power* dependerá de apenas uma variável, qual seja, o exercício ou não de um poder por parte do comprador que resulte em termos - financeiros ou não-financeiros - mais favoráveis do que aquelas que obteria em condições normais. Assim sendo, constata-se que este poder de barganha não seria privilégio de setores monopsônicos e oligopsônicos, podendo ocorrer em praticamente qualquer atividade econômica, desde que a empresa detenha um *market-share* razoável que lhe atribua importância suficientemente grande para os seus fornecedores. Desta forma, a capacidade de obter vantagens seria diretamente proporcional à representatividade de seu volume de compras em relação à capacidade produtiva total de seu fornecedor, abarcando assim - no conceito de *Buyer Power* - toda e qualquer concessão de benefícios, ainda que resulte unicamente de fatores normais de competição.

Estas práticas não são necessariamente vistas como prejudiciais pelo Direito Antitruste, consistindo - via de regra - em mero reflexo de boa capacidade gerencial e de adequada alocação de recursos, sendo, desta forma, aplaudidas pelos adeptos da Escola de Chicago, que a veem como benéfica para o mercado, e como reflexo da atuação das forças mercadológicas em defesa da própria concorrência. Efeitos benéficos estes que serão abordados no ponto 3.5. deste trabalho.

Em seguida, passa-se à análise do *Buyer Power* objeto de preocupação do Direito Concorrencial: aquele exercido além dos limites das condições normais de competitividade.

⁶⁰ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. p. 10.

⁶¹ Conceitos abordados nas páginas 26 e 27 do presente trabalho.

Conforme entendimento adotado pela maior parte da literatura, duas são as condições que devem ser analisadas para que se configure o *Buyer Power* em determinado mercado, o *mercado relevante* e o grau de dependência econômica de seus fornecedores.

Antes de apresentar o conceito de *mercado relevante*, assinala-se que na análise da configuração do *Buyer Power* - considerando sua natureza de restrição vertical - deve se levar em conta duas faces deste mercado, o chamado *mercado de origem*, constituído pelas relações comerciais entre a empresa detentora de poder de barganha e seus fornecedores, e o chamado *mercado-alvo*, onde ocorrem as relações entre a empresa e seus consumidores. Cada qual se inserirá em um *mercado relevante* diverso, considerando as variáveis estruturais de cada um, fazendo-se mister que sejam observados ambos para constatar a possibilidade de ocorrência do *Buyer Power*.

O conceito de *mercado relevante* - central no estudo do Direito Antitruste - é fruto da conexão entre duas dimensões: o *mercado relevante material* e o *mercado relevante geográfico*. O primeiro refere-se à *destinação* dada ao produto ou serviço comercializados pela empresa por seus consumidores. Isto é, o *mercado relevante material* compreende os produtos ou serviços similares, *commoditizados* ou que possuam *destinação* semelhante. Também consideram-se integrantes de determinado *mercado relevante material* os chamados *substitutos* que, embora não sejam similares ao produto principal, são dotados de *fungibilidade* em relação a este, sendo passíveis de obter *destinação* semelhante.

O chamado *mercado relevante geográfico*, por sua vez, consiste na "área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva. Destarte, (...) não pode ser determinado abstratamente, pois depende não apenas da localização do agente econômico, mas também da natureza do produto e da prática que está sendo analisada".⁶² Em outras palavras, importando-se um conceito da Administração, para que se delimite adequadamente o *mercado relevante geográfico*, não se pode observar unicamente a localização física da empresa, mas sim a *conveniência* proporcionada ao consumidor para a aquisição de determinado produto ou serviço. Ou seja, a *possibilidade e facilidade*

⁶² FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 233-234.

que determinado mercado consumidor tem para realizar transações comerciais em determinado espaço geográfico. Paula Forgioni enumera alguns aspectos que devem ser considerados quando da delimitação do *mercado relevante geográfico*, sendo eles: “(i) hábitos dos consumidores; (ii) incidência de custos de transporte; (iii) características do produto; (iv) incentivos de autoridades locais; (v) existência de barreiras a entrada de novos agentes no mercado; (vi) taxa de câmbio”.⁶³

O outro elemento a ser considerado nesta configuração do *Buyer Power* é o grau de dependência econômica do fornecedor. Esta variável - que também é relativa em relação às estruturas específicas de cada mercado - consiste na representatividade que a escala de compras de um comprador tem sobre a capacidade total de venda de seu fornecedor. Resumidamente, o grau de dependência econômica do fornecedor é a variável que define a *necessidade* e a *possibilidade* que determinado fornecedor tem de atender as exigências de seu comprador que exerce o *Buyer Power*.

Desta forma, quanto maior for a *necessidade* do fornecedor de vender seus produtos a determinado comprador, maior será a *necessidade* de cumprir quaisquer exigências por ele feitas e, portanto, maior será sua suscetibilidade ao abuso do poder de compra. Por outro lado, quanto menor for a *possibilidade* de cumprir estas exigências, maior será a possibilidade de ocasionar prejuízos no mercado e na estabilidade da livre concorrência, de modo que a *impossibilidade* de cumprir estas condições pode resultar no comprometimento dos resultados econômico e financeiro do fornecedor.

3.4. Formas de exercer o *Buyer Power*

Dentre as formas pelas quais se pode exercer o *Buyer Power*, a imposição de preços é a mais óbvia e clara, afinal, o objetivo de qualquer empresa atuante em um mercado competitivo é o de maximização dos seus lucros, comprando pelo menor custo e vendendo pelo maior preço possível.

⁶³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 238-241.

No entanto, nota-se que, conforme já exposto anteriormente, o exercício do poder de barganha para redução de preços não constitui necessariamente manifestação de abuso de posição dominante - sendo muitas vezes resultado de uma gestão eficiente, de uma boa política de negociação, de bons relacionamentos com os fornecedores ou consequência natural dos benefícios advindos de compras de larga escala.

Ainda, observa-se que a incidência do *Buyer Power* não se dá apenas no que tange à imposição de preços, havendo uma série de outras condutas adotadas pelos compradores que podem ser consideradas abusivas de sua posição dominante, e manifestação clara de exercício de seu *poder de barganha* sobre seus fornecedores, consistindo muitas vezes em violações frontais ao Direito Concorrencial. Conforme expõe Dobson:

(...) buyer power represents more than just the ability to extract discounts and obtain low prices from suppliers. Buyer power also may manifest itself in the contractual obligations that buyers may be able to place on their suppliers to obtain more favourable non-price terms. Specifically, powerful business customers may use their buyer power to negotiate or impose restrictions and particular conditions of trade on suppliers of goods and services, amounting to buyer-driven vertical restraints.^{64 65}

Relação interessante destas práticas é apresentada por Léia Baeta Cavalcante⁶⁶ que, com base em estudos da London Economics, da OECD e da UK Competition Commission, elaborou um rol não exaustivo de possíveis práticas que podem incidir em abuso do *Buyer Power*. Dentre elas, citam-se:

⁶⁴ DOBSON, Paul W. *Buyer-Driven Vertical Restraints in The Pros and Cons of Vertical Restraints*. Suécia: Konkurrensverket, 2008. pp. 105-106.

⁶⁵ Tradução livre: *buyer power* representa mais que apenas a habilidade de extrair descontos e obter preços baixos dos fornecedores. *Buyer Power* também pode se manifestar em obrigação contratuais que os compradores podem impor a seus fornecedores, a fim de obter termos não-financeiros mais favoráveis. Especificamente, poderosas empresas compradoras podem se utilizar de seu *buyer power* para negociar ou impor restrições e condições particulares no comércio com seus fornecedores de produtos e serviços, tornando-as restrições verticais dirigidas pelo comprador.

⁶⁶ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. pp. 13-16.

- i) Exigir (ou pedir) que o fornecedor não oferte para varejistas concorrentes, por meio dos chamados contratos de exclusividade;
- ii) Demandar do fornecedor uma quantidade mínima de determinado produto, tendo como objetivo inviabilizar o fornecimento para outros varejistas (o que, na prática, poderia funcionar como um contrato de exclusividade);
- iii) Cobrar taxas dos fornecedores para exposição dos produtos em localização privilegiada dentro das lojas (como, por exemplo, nas prateleiras situadas à altura dos olhos do consumidor e nas “pontas de gôndola”, ou seja, espaços localizados nas “esquinas” dos corredores);
- iv) Exigir (ou pedir) que o fornecedor despenda um montante mínimo em publicidade, de maneira a divulgar determinado produto dentro da loja, por meio de promoções ou *merchandising*, por exemplo;
- v) Exigir (ou pedir) descontos dos fornecedores, em ocasiões como lançamentos e promoções de produtos, vendas em datas especiais, etc. Além disso, em certos casos, varejistas, ao inaugurar uma nova loja, exigem dos fornecedores contribuições que se traduzem, em muitas vezes, na doação de lotes de mercadorias – são os chamados “enxovais”;
- vi) Exigir (ou pedir) que os fornecedores reduzam os descontos concedidos aos outros varejistas;
- vii) Manter uma lista, formal ou informal, dos fornecedores com os quais são realizados negócios, sendo que a presença do fornecedor em referida “lista” seria um pré-requisito para que aquele fornecedor ofertasse para o varejista. Em alguns casos, poderia ocorrer, inclusive, de o varejista cobrar do fornecedor para que este fizesse parte de sua lista;
- viii) Cobrar do fornecedor uma determinada quantia para cobrir gastos relacionados ao desperdício de produtos (em geral, o desperdício é maior em se tratando de produtos perecíveis ou em lançamento);
- ix) Exigir (ou pedir) que o fornecedor compre de volta produtos que não foram vendidos;
- x) Deixar de ofertar produtos de marca para passar a ofertar produtos equivalentes de marca própria;
- xi) Exigir (ou pedir) que o fornecedor se utilize de empresas pré-determinadas de transportes, embalagens, rótulos, etc, mesmo não sendo este um fornecedor de marca própria (em alguns casos, pode ocorrer do varejista receber uma comissão dessa terceira empresa);
- xii) Exigir (ou pedir) que o fornecedor não oferte um determinado produto ou similar para outros varejistas a preços mais baixos, sendo esta uma condição *sine qua non* para o fechamento do negócio;

- xiii) Exigir (ou pedir) que o fornecedor financie grande parte dos custos de promoções do tipo “compre dois, pague um”, “leve três, pague dois”;
- xiv) Exigir (ou pedir) uma compensação do fornecedor quando os lucros derivados de um determinado produto forem menores do que os esperados;
- xv) Cobrar do fornecedor uma determinada quantia para melhorar a distribuição de certo produto (o que pode ocorrer, por exemplo, por meio da inclusão desse produto em um maior número de lojas da mesma rede);
- xvi) Exigir (ou pedir) que o fornecedor mantenha um nível de preços mais baixo, resultante da compra de um vultoso volume de determinado produto, quando tal volume é posteriormente reduzido;
- xvii) Exigir (ou pedir) pagamento de um fornecedor pelo fato de ele ter sido escolhido o “gerenciador de uma categoria de produtos”;
- xviii) Recusar-se a fornecer dados sobre vendas de determinados produtos a seus fornecedores, ao mesmo tempo em que disponibiliza tais informações aos fornecedores “gerenciadores de produtos”.

Observa-se que, na enumeração das práticas, é feita referência aos termos “exigir (ou pedir)”. Esta opção decorre de situações em que, embora não haja uma exigência de prestação por parte do comprador, o mero ato de *pedir* pode exercer poder coercitivo sobre o fornecedor que, em elevado *grau de dependência econômica*, se vê obrigado a cumprir os “pedidos” para manter a relação comercial e a estabilidade de sua empresa. Esta situação aparece especialmente nas relações entre pequenos fornecedores e grandes compradores, em que a dependência econômica é mais acentuada. Conforme apresenta Dobson:

As with demands to grant price discounts, suppliers may be under considerable pressure to agree to such non-price requirements when they are “economically dependent” on major buyers. In this situation, failure to concede to the buyer’s demands may result in a significant loss of trade for the supplier that cannot easily be made up through other contracts and which would then undermine the economic viability of the supplier.^{67 68}

⁶⁷ DOBSON, Paul W. *Buyer-Driven Vertical Restraints in The Pros and Cons of Vertical Restraints*. Suécia: Konkurrensverket, 2008. p. 106-107.

⁶⁸ Tradução livre: Com os pedidos de conferir grandes descontos no preço, fornecedores podem estar sob considerável pressão para concordar com tais requerimentos não-financeiros quando são “economicamente dependentes” de grandes compradores. Nesta situação, a falha em conceder aos pedidos do comprador podem resultar em perda significativa de vendas para o fornecedor que não pode realocá-las facilmente por meio de

3.5. Efeitos concorrenciais e econômicos decorrentes do *Buyer Power*

Via de regra, a discussão a respeito dos efeitos do *Buyer Power* é bastante controversa e ambígua, não sendo possível, de imediato, mensurar suas implicações positivas e negativas.

As virtudes de práticas como o *Buyer Power* são justamente a justificativa apresentada pelos adeptos da Escola de Chicago para afastar do debate do Antitruste as restrições verticais da concorrência. Sustentam que esta pressão exercida pelos agentes de determinado setor sobre seus fornecedores implica em uma melhor *eficiência alocativa dos recursos*, atingindo de maneira satisfatória os fins que a concorrência deve perseguir. Esta conclusão depreende-se de um raciocínio econômico bastante simples: um agente atuante em determinado mercado, após intensas negociações, consegue grandes descontos frente a seus fornecedores; como atua em um mercado de elevada concorrência frente aos consumidores – sem que detenha qualquer posição dominante - a fim de conquistar uma fatia maior do *market-share*, repassará os descontos obtidos, reduzindo seus preços, sendo assim, benéfico para a sociedade e para o *welfare*.

Baseando-se neste entendimento, Paula Forgioni⁶⁹ apresenta alguns aspectos positivos que costumam ser apontados por seus defensores:

(i) os grandes varejistas com freqüência valem-se de seu poder de mercado para pressionar os fornecedores ao rebaixamento do preço ou melhores condições de comercialização;⁷⁰ Este benefício é o que Galbraith chama de *countervailing power*⁷⁰, descrito como o poder de mercado desenvolvido de um lado como resultado do poder de mercado do outro lado. Isto é, entendendo-se que fração majoritária dos setores econômicos atua sob grande poder de mercado dos fornecedores, um ganho de poder por parte dos compradores seria algo benéfico para a concorrência, possibilitando que negociassem em grau de igualdade, e desta forma obtendo maximização do valor agregado, reduzindo os preços ao consumidor final.

outros contratos, podendo inclusive tornar o empreendimento do fornecedor economicamente inviável.

⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 570-573.

⁷⁰ CHEN, Zhiqi. *Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy*. Research in Law and Economics, Volume 22. Elsevier: 2007. p. 7.

- (ii) desenvolvimento de marcas próprias usualmente comercializadas a preços mais convenientes para competir com as outras distribuídas;
- (iii) guerras de preços e promoções entre os varejistas;
- (iv) estímulo da concorrência entre os produtos.

Isto é, diversos são os argumentos levantados por aqueles que defendem a *eficiência alocativa do mercado* como fim a ser perseguido pela concorrência, deixando de fora da discussão Antitruste a regulação do *Buyer Power*. Porém, nos últimos anos este entendimento vem sendo abandonado - especialmente nos países da União Europeia – que dão cada vez mais atenção aos prejuízos causados pelas restrições verticais à concorrência, dentre eles, os proporcionados por meio do *Buyer Power*.

Dentre os efeitos negativos decorrentes destas práticas, Dobson⁷¹ anota que podem se enquadrar em três categorias principais:

- (i) foreclosure of other suppliers or other buyers by raising barriers to entry;
- (ii) reduction of inter-brand competition between the companies operating on a market (including the facilitation of explicit or tacit collusion amongst suppliers or buyers);
- (iii) reduction of intra-brand competition between distributors of the same brand.⁷²

No mesmo sentido, Paula Forgioni menciona que:

sem prejuízo das eficiências que, em alguns casos, podem ser trazidas, há prejuízos concorrenciais que são identificados com o grande varejo; por exemplo, (i) o desenvolvimento de marcas próprias pode restringir o surgimento de novas marcas, (ii) não é certo que os benefícios trazidos pelo poder de barganha exercido sobre os fornecedores são repassados aos consumidores e assim por diante.⁷³

⁷¹ DOBSON, Paul W. *Buyer-Driven Vertical Restraints in The Pros and Cons of Vertical Restraints*. Suécia: Konkurrensverket, 2008. p. 114.

⁷² Tradução livre: (i) Impedindo a entrada de outros fornecedores ou outros compradores por meio de novas barreiras; (ii) redução da competição intra-marcas entre as empresas operando em um mercado (incluindo a facilitação de colusão explícita ou tácita entre fornecedores e compradores); (iii) redução da competição intra-marcas entre distribuidores da mesma marca.

⁷³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 576-577.

E os prejuízos não se limitam apenas ao não repasse dos custos mais baixos ao consumidor. Dentre as consequências negativas do *Buyer Power*, Léia Baeta Cavalcante⁷⁴ menciona ainda a possibilidade de que os fornecedores que sofrem com a incidência do *Buyer Power*, a longo e médio prazo, podem reduzir sua capacidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento de produtos, resultando em queda qualitativa da oferta de produtos ao consumidor. Ainda, pode desestimular a entrada de novas empresas no mercado. E por fim, ressalta, citando Dobson, Waterson e Chu, a hipótese de que – ainda que num primeiro momento a empresa reduza os preços ao consumidor a fim de elevar seu *market-share* - este aparente efeito positivo pode ser reflexo de conduta predatória, como o *dumping*, com a finalidade de eliminar concorrentes do mercado, reforçando ainda mais seu poder de barganha perante os fornecedores, gerando um círculo vicioso de violações à livre concorrência.

Levando-se em conta as considerações feitas acerca dos efeitos positivos e negativos da prática do *Buyer Power*, pode-se afirmar que embora em algumas situações realmente implique em consequências benéficas ao mercado, podendo inclusive resultar em um padrão de auto-regulação, outras condutas constituem violações óbvias às condições normais de competitividade e ao princípio da livre concorrência. Deste modo, o próximo capítulo será destinado a analisar os instrumentos de investigação disponibilizados pelo Direito Antitruste para determinar a necessidade ou não de sua aplicação nos casos de *Buyer Power*, bem como o enquadramento legal que pode ser dado e os possíveis meios de coibir as práticas de *poder de barganha* consideradas anticoncorrenciais.

4. Análise Antitruste do *Buyer Power*

Até o momento, a preocupação central deste trabalho foi a de apresentar e descrever os aspectos teóricos e fáticos que favorecem a adoção de condutas abusivas do *Buyer Power*. Primeiramente, expondo os fundamentos e objetivos que

⁷⁴ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. p. 17.

orientam a legislação antitruste para, em seguida, abordar os *meios* pelos quais se configura o abuso do poder de compra, bem como suas implicações nas esferas econômica e jurídica.

Em outras palavras, o estudo focou-se em demonstrar os *critérios de identificação* das situações em que há exercício de poder de mercado. Isto é, teve como escopo indicar os elementos que devem ser levados em consideração para que se identifique adequadamente quais manifestações do poder de barganha devem estar sujeitas a alguma forma de controle de suas estruturas ou de suas condutas, estando portanto, inseridas no âmbito do Direito Concorrencial.

Neste capítulo, diferentemente, a preocupação primordial residirá na demonstração dos *critérios de sancionamento*⁷⁵ destas práticas. Determinar-se-á a aplicabilidade da legislação Antitruste às manifestações de abuso do poder de compra por meio da análise da relação entre o *Buyer Power* e as práticas restritivas verticais, dos instrumentos utilizados para esta investigação e, por fim, da sua inserção dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. O *Buyer Power* e as restrições verticais

Antes de adentrar nesta efetiva análise da aplicabilidade da legislação antitruste nas condutas que manifestem o abuso do poder de compra, analisar-se-á o *gênero* em que se situam estas práticas dentre as condutas tipicamente anticoncorrenciais.

Assim sendo, o *Buyer Power* insere-se entre as chamadas *práticas restritivas verticais* ou simplesmente *restrições verticais*, que são definidas como “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’)”.⁷⁶

⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 171.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999.

Embora a regulamentação das restrições verticais esteja no centro de intensos debates há anos, a abordagem do *Buyer Power* é bastante recente, considerando-se que a literatura tradicionalmente concentrava-se nas restrições que ocorrem do lado da oferta - “de cima para baixo” - isto é, em que o poder de mercado é exercido pela empresa que está acima na cadeia produtiva, considerando o comprador parte hipossuficiente na negociação. As restrições verticais do lado da demanda ou “de baixo para cima” - em que o comprador exerce o abuso do poder de barganha – eram frequentemente negligenciadas pela doutrina e pela atividade legislativa Antitruste, integrando os estudos das restrições verticais apenas recentemente.

Esta aparente negligência em relação à regulamentação das práticas de *Buyer Power* deriva – principalmente - das teorizações dos adeptos da Escola de Chicago, que viam nas restrições verticais uma manifestação de eficiência alocativa do mercado que, segundo eles, seria sempre benéfica ao consumidor, pois incidiam em integrações verticais, que reduziam custos e elevavam a cooperação das empresas verticalmente relacionadas, de modo a reduzir os preços ao consumidores. Nos termos de Daniel Goldberg:

O ataque (dos adeptos da Escola de Chicago à regulamentação das restrições verticais) baseia-se em duas premissas, a primeira verdadeira e a segunda falsa.

A primeira premissa, verdadeira, é a de que quase todas as integrações verticais são eficientes. Aquisições verticais, portanto, deveriam – com raras exceções – contar com o beneplácio das autoridades antitruste.

A segunda premissa, falsa, é a de que se as integrações verticais são em regra eficientes, as restrições verticais – formas menos agressivas de integração – também o seriam. (...) O exemplo dos varejistas multiprodutos ilustra bem isso porque a premissa está equivocada. Se a distribuição multiprodutos ou multimarcas é eficiente e necessária, a indústria não tem a opção da integração vertical. Isto é, o fabricante de chocolates não pode optar por vender seus produtos no varejo caso o supermercado não o faça.⁷⁷

Outro fator que contribuiu para a negligência em relação ao potencial anticoncorrencial das condutas de *Buyer Power* foi o conceito de *countervailing power*, elaborado por Galbraith, em 1952. O economista postulava que o abuso do

⁷⁷ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006. p. 244.

poder de barganha em mercados monopólicos ou oligopólicos - bem como a adoção de práticas restritivas verticais realizadas nesse meio – poderia ser gradualmente anulado por uma espécie de *poder compensatório* que ganhava força entre as empresas - em especial entre os *retailers* do setor supermercadista - cujo mercado passava por um intenso processo de concentração empresarial e elevação do *market share* dos grandes conglomerados do ramo. A teoria de Galbraith parte de um pressuposto bastante simples:

Existindo poder de ambos os lados do mercado, há uma tendência à compensação entre ambos, com benefícios para o consumidor final e para os próprios competidores. Não é possível a qualquer das partes cobrar preços supra ou infracompetitivos.⁷⁸

Isto é, o *countervailing power* nada mais seria que o poder de barganha “de baixo para cima” que, quando confrontado com o já existente poder de barganha “de cima para baixo” inerente a determinado mercado oligopólico, anularia a possibilidade de haver abuso de poder de barganha por parte de ambos, criando uma condição de competitividade “perfeita” em um mercado auto-regulatório que, conseqüentemente, não exigiria qualquer intervenção das autoridades Antitruste. Goldberg observa três elementos fundamentais na teoria de Galbraith, quais sejam:

- (i) o poder de compra surge em resposta ao poder de mercado *original* (exercido ao lado da oferta);
- (ii) os efeitos do surgimento do poder de compra sobre a *performance* do mercado atuam em direção inversa aos efeitos do poder econômico original; e, finalmente,
- (iii) o resultado da oposição entre poder de compra e poder de mercado exercido ao lado da oferta é positivo do ponto de vista do bem-estar agregado e também do consumidor.⁷⁹

A preocupação das autoridades antitruste com o *Buyer Power* ganhou força justamente quando – contrariando as previsões anteriores - ocorreu um *desequilíbrio* nesta balança de poderes de barganha, pendendo desta vez para o lado dos *retailers*, que elevavam gradativamente sua representatividade no mercado, abusando cada vez mais intensamente de seu poder de compra.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 192.

⁷⁹ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006. p. 166.

Deste modo, observa-se que havia uma necessidade latente de também regular as restrições verticais “de baixo para cima”, promovidas pelos abusos de poder de compra.

A seguir, demonstrar-se-á o modo pelo qual as autoridades Antitruste enfrentam esta questão e como a atividade legislativa vem buscando coibir estas condutas.

4.2. Ilícitude *per se* e a regra da razão

A fim de realizar exame adequado de eventuais violações a livre concorrência, as autoridades Antitruste servem-se de dois instrumentos de investigação, usualmente denominados *regras*: a regra de determinação de ilícitude *per se* e a regra da razão.⁸⁰

A regra da ilícitude *per se* - proveniente da interpretação literal do *Sherman Act* pelas cortes americanas no início do século XX⁸¹ - parte do pressuposto de que qualquer ato previamente definido como anticompetitivo deve ser prontamente considerado prejudicial à concorrência e, conseqüentemente, repudiado pelo Direito Antitruste, sem que haja necessidade de qualquer investigação acerca da estrutura do mercado ou do poder econômico detido pelo agente.⁸²

Deste modo, a aplicação da regra *per se* desonera o aplicador da legislação antitruste de realizar exame minucioso do elemento volitivo e do suporte fático envolvidos no ato, devendo declará-lo ilícito de forma imediata.

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*, (...) que surgiu da pressão realizada pelos lobbies de pequenos supermercados independentes e farmácias, (...) Resumidamente, ele busca proibir

⁸⁰ Comumente referida na doutrina pela sua denominação em língua inglesa: “rule of reason”. Nomenclatura também adotada neste trabalho, sem que haja prejuízo de seu significado.

⁸¹ O histórico da regra *per se* é abordado no ponto 1.1 desta monografia, referente às Origens da Legislação Antitruste.

⁸² BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 154.

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 grande volumes de mercadorias).⁸³

Porém, as cortes norte-americanas frequentemente se deparavam com situações em que esta interpretação restritiva do dispositivo do *Sherman Act* acabava por prejudicar o próprio mercado - ou até mesmo a própria concorrência - que deveria proteger. A aplicação irrestrita da regra *per se* implicava na condenação de inúmeras práticas que - ainda que gerassem certos prejuízos a concorrência ou ao mercado - apresentavam benefícios para a economia nacional ou para os consumidores, como a obtenção de maior eficiência do mercado ou uma redução de preços.⁸⁴

A impossibilidade de aplicação da regra *per se* do modo em que havia sido concebida ficou patente no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*⁸⁵, que inseria a *razoabilidade* como critério para julgar os atos supostamente anticoncorrenciais, dando origem à chamada *rule of reason*.

Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de *forma não razoável* (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição *per se*). A *contrario sensu*, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio.⁸⁶

Segundo Calixto Salomão, “a ‘regra da razão’, como originariamente elaborada, tinha um objetivo muito simples: tornar viável a aplicação do direito concorrencial”.⁸⁷ Isto é, a interpretação baseada na *rule of reason* permitiu às cortes americanas analisar adequadamente o suporte fático específico envolvido em cada

⁸³ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. p. 21.

⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

⁸⁵ Abordado no ponto 1.1 deste trabalho, referente ao Precedente 221 U.S.1 (1911).

⁸⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 207-208.

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 173.

caso, de modo que não seria mais obrigada a declarar ilícitos os atos que gerassem benefícios à competitividade.

Esta atividade da jurisprudência americana gradualmente alterou os critérios de aplicação da própria regra *per se* na declaração da ilicitude dos atos. Esta passou a ser fundada no princípio da *razoabilidade*, sendo utilizada em casos de violações *flagrantemente* anticoncorrenciais, que não exigissem qualquer análise apurada do suporte fático que envolvesse o ato.

The *per se* rule applied to conduct that is so plainly anticompetitive that it is conclusively presumed to be unreasonable without an elaborated inquiry into competitive effects.^{88 89}

Constata-se, portanto, que a hipótese de aplicação da regra *per se* para a declaração da ilicitude de atos praticados mediante abuso do poder de compra é bastante improvável, para não dizer impossível. Considerando-se que a linha que divide o exercício regular do poder de barganha e de seu abuso é bastante tênue, seria impossível estabelecer um padrão de comportamento que fosse *flagrantemente* anticoncorrencial e, conseqüentemente, pudesse ser declarado um ilícito *per se*.

Como exposto anteriormente neste trabalho, a aplicabilidade (ou não) da legislação antitruste às práticas do *Buyer Power* deve ser analisada caso a caso, tendo em vista características específicas de cada segmento - como o *mercado relevante* detido pela empresa e o *grau de dependência econômica* de seus fornecedores - sob o risco de considerar ilícitas as vantagens comerciais obtidas meramente por meio de gestão eficiente dos recursos ou até mesmo considerar anticompetitiva a obtenção de descontos mediante a aquisição de grande volume de mercadorias. Se assim fosse, o Direito Antitruste estaria inibindo a produção dos efeitos positivos provenientes da eficiência alocativa do mercado, especialmente aqueles benéficos aos consumidores.

Nota-se desta forma, que a regra *per se* seria insuficiente para solucionar os problemas relacionados ao *Buyer Power*, sendo mais adequada a regra da razão,

⁸⁸ BANKS, Theodore L. *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*. Vol.2. 2 ed. Aspen Publishers: 2008. p. 2-113.

⁸⁹ Tradução livre: A regra *per se* é aplicada a conduta que é tão amplamente anticompetitiva que pode ser conclusivamente presumida irrazoável sem que haja necessidade de uma investigação elaborada de seus efeitos competitivos.

hoje predominante nas cortes americanas e em diversas outras legislações antitruste mundo afora.

A *rule of reason* baseia-se em análise aguçada do contexto em que se insere a conduta analisada. Como trata Calixto Salomão, à época de seu surgimento, a regra da razão fundava-se em duas condições que determinavam a *desarrazoabilidade* da conduta analisada, quais sejam: que a restrição fosse *efetiva*, de forma a realmente afetar as condições normais de competição; e que a restrição fosse *substancial*, de forma a promover uma *substancial* redução na competição.⁹⁰

Por décadas, este foi o critério adotado pelos tribunais para definir a ilicitude dos comportamentos anticoncorrenciais. Porém, com o evolução da literatura acerca do tema, bem como o desenvolvimento dos mercados, passou-se a adotar um novo elemento nesta análise - a previsão da conduta *injustificada* - de modo que "contrário ao Direito Concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial* e *injustificável* da concorrência."⁹¹

De acordo com Calixto Salomão, “essa evolução corresponde à incorporação ao Direito Antitruste de preocupações outras que não exclusivamente a preservação da competição”. Esta tendência na jurisprudência americana perdurou até meados dos anos 70, quando as cortes americanas passaram a adotar os ensinamentos da Escola Neoclássica de Chicago, que reduzia as justificativas para as restrições à competição a um único elemento: a eficiência econômica.⁹²

A evolução legislativa do Direito Antitruste no Brasil seguiu caminho bastante distinto. Como já abordado no primeiro capítulo, diversas foram as tentativas – frustradas – de estabelecer uma lei específica para regulamentar a concorrência no país, até a promulgação da Lei 8.884 em 1994.

O legislador brasileiro de 1994 empenhou-se, durante o processo de elaboração da referida lei, em encontrar e adotar um modelo híbrido de interpretação legislativa entre a “regra da razão, considerada eficaz e flexível, mas pouco

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 173.

⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 174.

⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 174-175.

adaptável ao 'formalismo civilista', e a regra *per se*, considerada exageradamente rígida."⁹³

Muito embora a redação desta lei permita o entendimento de que a regra *per se* possa ser aplicada no ordenamento jurídico pátrio, a adoção do princípio da *razoabilidade* – e por consequência, da regra da razão - como principal instrumento de investigação antitruste na legislação brasileira fica clara por meio da leitura da Resolução n. 20 do CADE de 09 de junho 1999, que estabelece – em relação às restrições verticais - que:

Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados *vis-à-vis* os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade.

4.3. Buyer Power e a aplicabilidade da Lei 8.884/94

Considerando-se que o Brasil não possui nenhuma lei específica destinada a regular o *Buyer Power* - diferentemente do que ocorre em países como França e Portugal - o diploma legal a ser adotado na presente análise será a Lei 8.884/94, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Esta lei, que buscou sistematizar a matéria Antitruste no país, promoveu uma série de aperfeiçoamentos, como a transformação do CADE em autarquia federal, implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e inseriu no ordenamento jurídico nacional uma série de pequenos progressos na regulamentação da concorrência, fruto – principalmente - da evolução doutrinária brasileira e europeia.

Um dos importantes progressos trazidos nesta lei reside na previsão – em seu art. 21 – de uma lista de condutas consideradas tipicamente anticoncorrenciais,

⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas* . 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102.

sem com isso restringir sua aplicabilidade unicamente a este rol específico de condutas, como infere-se da leitura de seu *caput*:

Art 21. As seguintes condutas, *além de outras*, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica. (grifo do autor)

Ao inserir no texto legal a expressão *além de outras*, o legislador possibilitou que este dispositivo fosse aplicado a condutas que não estivessem, necessariamente, elencadas em algum dos incisos do art. 21. Desta forma, ainda que o *Buyer Power* não esteja expressamente arrolado nesta Lei, a inteligência do referido artigo possibilita que condutas que caracterizem abuso de poder de compra sejam por ela reguladas, desde que possam ser enquadradas em alguma das hipóteses previstas no art. 20, quais sejam:

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.

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Da redação deste artigo, possuem especial relevância para este estudo os incisos I e IV, em que podem ser englobadas as condutas características de *Buyer Power*.

A hipótese de incidência prevista no inciso I deve ser orientada, segundo Léia Baeta Cavalcante, pela análise “da existência de efeitos competitivos,

potenciais, intencionais ou não, da conduta sobre o mercado”.⁹⁴ E, em caso positivo, deve ser adotada uma das regras de investigação antitruste – regra *per se* ou *rule of reason* - para determinar se o ato avaliado realmente acarreta em efeitos anticompetitivos – ferindo os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa - no mercado em que está inserido.

O inciso IV, por sua vez, deve ser interpretado com muita cautela. Como ressalta Paula Forgioni, “a linha que separa o *abuso* de posição dominante de seu *exercício normal* é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se conserados os *efeitos anticoncorrenciais* da prática analisada”.⁹⁵

A autora destaca ainda que:

Nem toda a restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante mas não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa.⁹⁶

Deste modo, estabelece uma relação direta entre os dois incisos analisados, de forma que - ainda que o abuso de posição dominante não possa ser comprovado, devido à exigência do parágrafo 3º de que a empresa controle 20% do *mercado relevante*, este abuso pode ser enquadrado na hipótese do inciso I, por acarretar em prejuízos à livre iniciativa ou à livre concorrência.

Este entendimento adquire especial relevância na questão da aplicabilidade da legislação Antitruste nacional às hipóteses de *Buyer Power*, pois o abuso do poder de compra comumente é exercido por empresas que não detém um *market share* suficientemente grande para ser legalmente presumido abusivo e, ainda que esta condição fosse preenchida, o dispositivo careceria de critérios para determinar o *grau de dependência econômica* de seus fornecedores, elemento igualmente importante para a configuração do abuso do poder de compra.

⁹⁴ CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004. p. 23.

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 276-277.

⁹⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 277.

No entanto, a previsão do inciso I, se conjugada com a abertura possibilitada pelo *caput* do art. 21, permite ao intérprete concluir que a Lei 8.884/94 - ainda que não faça qualquer menção expressa ao *Buyer Power* - pode ser a ele aplicada, bastando para isso que se constate e se fundamente adequadamente o abuso de posição dominante por parte do comprador – diagnosticado por meio da presença dos elementos básicos necessários para sua configuração – de modo que a conduta seja considerada anticompetitiva a ponto de infringir frontalmente os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

5. Conclusão

O presente trabalho destina-se, em linhas gerais, a reforçar a necessidade do estudo conjunto das ciências jurídicas e econômicas, de modo que propicie uma abordagem mais próxima da realidade fática da concorrência. Possibilita, desta forma, que haja gradual proximidade entre a abstração da atividade legislativa e a dinamicidade da economia e dos mercados. Para tanto, retoma em seu desenvolvimento conceitos e fundamentos primordiais das ciências envolvidas, divididos em três momentos principais.

Primeiramente, foram retomados os conceitos fundamentais do Direito Concorrencial, sendo apresentados o seu histórico, com especial destaque à evolução legislativa norte-americana, iniciada pela promulgação do *Sherman Act*. Em seguida, foram abordadas as grandes correntes teóricas que estudam as Políticas Antitruste, como a Escola de Harvard, a Escola de Chicago e a concorrência-instrumento da União Europeia. Importa destacar neste ponto a afirmação de que a adoção de uma única teoria não é mais suficiente para explicar o fenômeno jurídico que circunda o tema. Adotar uma única linha de pensamento acerca dos objetivos da concorrência - abordagem preconizada pelos grandes pensadores do século XX - é limitar sua abrangência, distanciando o ordenamento jurídico da realidade econômica que deve regular. Por fim, apresenta-se um breve histórico da evolução da concorrência no Brasil, enfatizando-se as diversas tentativas legislativas ocorridas no último século, bem como as graduais modificações promovidas pelas Constituições.

O segundo capítulo centra-se na valorização da Análise Econômica do Direito, com especial enfoque nas estruturas mercadológicas que propiciam a ocorrência do abuso de poder de compra, bem como nas condutas tipicamente anticoncorrenciais que decorrem do abuso deste poder. Preocupa-se, portanto, em analisar se a adoção destas condutas pode ou não ser prejudicial à concorrência, sendo apresentados os diversos conceitos e critérios utilizados para se configurar ou não esta violação.

Destaca-se, neste ponto, a grande incerteza quanto aos critérios de configuração do *Buyer Power* em determinado mercado e, conseqüentemente, da necessidade de interferência do Direito Concorrencial e da aplicabilidade da Lei

Antitruste. Para tanto, nota-se a relevância de importar institutos de outras ciências, até o momento estranhas ao Direito, em especial aquelas que se preocupam com as relações concorrenciais, como a Administração e a Economia. Dentre estes novos institutos, observa-se uma correlação entre os elementos de configuração do *Buyer Power* para a doutrina tradicional e as chamadas “Cinco Forças Competitivas de Porter”. Esta teoria, norteadora do pensamento administrativo moderno, define cinco elementos a serem analisados pelas empresas para que se adote a estratégia concorrencial mais eficiente para si. Este conceito, suplantado para o Direito Concorrencial, fornece ao legislador e ao aplicador da Lei Antitruste um fundamento teórico-fático mais próximo da realidade enfrentada pelas empresas de determinado mercado, aproximando o ordenamento jurídico da conjuntura econômica, possibilitando ao jurista corrigir as possíveis distorções anticoncorrenciais de maneira mais próxima da realidade, obedecendo a medida exata da necessidade de intervenção de determinado mercado.

Ainda, preocupa-se em abordar os efeitos concorrenciais e econômicos decorrentes do exercício do *Buyer Power*. Desta forma, cumpre o objetivo de determinar em que situações a adoção destas condutas características do poder de compra estariam inseridas no escopo da Legislação Antitruste, excluindo da incidência desta regulamentação o exercício do *Buyer Power* decorrente da eficiência mercadológica do agente e que não crie distorções na livre concorrência.

O terceiro momento deste trabalho apresenta os *meios* utilizados pela Lei Antitruste para determinar sua aplicabilidade a distorções concorrenciais e os meios dos quais lança mão para inibir a adoção de condutas que violem a livre concorrência. Para tanto, apresentam-se as denominadas *regras* de análise do ilícito Antitruste, que determinam o *modo* que o intérprete da lei utilizará para sancionar ou não a conduta dita anticoncorrencial. Demonstra ainda, as causas da *negligência* do legislador antitruste em relação às restrições verticais da concorrência que ocorrem “de baixo para cima”, como o *Buyer Power*. Apresenta um breve histórico dos marcos teóricos predominantes até a década de 80, bem como das alterações conjunturais ocorridas neste período, de modo que se explicita o porquê da preocupação das Políticas Antitruste com este fenômeno ser ainda tão recente.

Por fim, trabalha-se a aplicabilidade da Lei 8.884/94 às condutas típicas do *Buyer Power*. Demonstra-se, neste ponto, que embora esta restrição vertical não tenha sido expressamente abordada pelo legislador nacional, a inteligência da Lei,

especialmente em seus artigos 20 e 21, possibilita uma interpretação mais ampla de sua abrangência, sendo plenamente possível, desta forma, que seja aplicada a Lei Antitruste brasileira aos casos em que se configure o abuso do poder de compra.

Enfatiza-se, enfim, a grande relevância que o tema adquire na atualidade. Os instrumentais utilizados pelas legislações Antitruste ainda carecem de eficácia e de aplicabilidade, havendo ainda muitas incertezas acerca da medida da intervenção jurídica na esfera econômica. Este trabalho tem como objetivo contribuir para o ainda tímido estudo a respeito do *Buyer Power*, reiterando a necessidade latente de que se desenvolvam *meios* eficientes para determinar quais atos devem ser considerados anticoncorrenciais e como o Direito Concorrencial pode contribuir para a correção destas distorções nos mercados. Deste modo, reforça o importante papel da Academia de contribuir com a evolução do estudo e do desenvolvimento legislativo Antitruste, possibilitando o aprimoramento da defesa da livre concorrência.

Referências Bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

BANKS, Theodore L. *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*. Vol.2. 2 ed. Aspen Publishers: 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999.

BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

CAVALCANTE, Leia B. *Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste*. Monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Fevereiro de 2004.

CHEN, Zhiqi. *Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy*. Research in Law and Economics, Volume 22. Elsevier: 2007.

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.

DOBSON, Paul W. *Buyer-Driven Vertical Restraints in The Pros and Cons of Vertical Restraints*. Suécia: Konkurrensverket, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Northern Pacific Railway vs United States*, vol. 356, 1958. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/356/1/case.html>.

_____. *Sherman Antitrust Act*. Chapter 647, Title 15 U.S.C, 1890. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000001----000-.html

_____. *Sherman Antitrust Act*. Chapter 647, Title 15 U.S.C, 1890. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000002----000-.html

_____. *Supreme Court. Standard Oil Co. Of New Jersey vs United States*, vol. 221, 1911. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/221/1/case.html>

_____. *Federal Trade Commission Act*. Section 45, 1914. Disponível em: http://www.ftc.gov/ogc/FTC_Act_IncorporatingUS_SAFE_WEB_Act.pdf

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Leis de Proteção da Concorrência: Comentários à lei antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2005.

OECD. *Buying power: The exercise of market power by dominant buyers*. Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices. 1981.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas* . 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Regulação da Atividade Econômica: (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev.e at. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Regulação e Concorrência: (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*. 18 de abril de 1951. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_PT_0001.tif

_____. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*. 18 de abril de 1951. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_PT_0001.tif

_____. *Glossary of terms used in competition related matters*. Disponível em: http://eu.int/comm/competition/general_info/b_en.htm.