

AUMENTOS SIGNIFICATIVOS E NÃO TRANSITÓRIOS DE PREÇO (SSNIP) EM PRODUTOS DE BAIXO VALOR FINAL



Roberto Domingos Taufick

Assessor do Conselheiro Luiz Carlos T. Delorme Prado (CADE, 2006/2008).

1. Linhas Gerais; 2. Da Delimitação dos Mercados; 2.1. O Mercado Geográfico; 2.2. O Mercado pelo Produto; Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo apresenta desenho alternativo para a leitura dos pequenos, significativos e não transitórios aumentos de preço (SSNIP) em produtos de baixo valor final – em especial, os produtos agrícolas. Pretende-se mostrar que, uma vez promovida a diferenciação de produtos de baixo valor final, tradicionalmente considerados homogêneos, é plausível que o SSNIP não apenas deixe de ser praticamente zero (concorrência perfeita), mas seja, em função do baixo valor de ponta, superior àquele tradicionalmente aplicado aos produtos industrializados.

1. LINHAS GERAIS

A noção de que a competição em preços entre os produtos agrícolas consiste na mais próxima representação da concorrência perfeita pode não ser, ainda, completamente ultrapassada, mas certamente não responde ao questionamento do observador consumidor contemporâneo que encontra nas variações de preço, percentualmente relevantes, valores, financeiramente, insignificantes.

A equiparação com o modelo de concorrência perfeita, que ocorre, especialmente, no segmento alimentício, em razão da homogeneidade entre os produtos de mesmo gênero é, crescentemente, questionável em função (1) das diferentes técnicas de cultivo (de que são exemplo os produtos naturais e orgânicos), (2) do aprimoramento dos alimentos pelo uso intensivo de tecnologia (transgênicos, *v.g.*) (3) e pela própria especialização no cultivo de determinada linha de alimento (*know-how*). Esses três fatores, em especial, têm sido responsáveis pela criação de sub-nichos entre produtos de mesmo gênero – anomalia que deriva da diferente percepção e da receptividade que diferentes grupos de consumidores daquele gênero alimentício passam a ter para com cada uma daquelas variadas formas de manipulação das culturas e de cultivo.

Mesmo os produtos mais semelhantes, note-se, ganham diferentes conotações em função de sua origem. Essa preocupação tópica, que ganha vigor na atualidade, encontra racionalidade nos mesmos princípios que tornaram notórios pela União Européia¹ os conceitos de “denominação de origem protegida” e “indicação geográfica protegida”² – valores esses, aliás, incorporados pela legislação brasileira em sua lei de propriedade industrial³ e, em certo grau, encampados pelas “denominações de origem” da Organização Mundial do Comércio (OMC). Esses conceitos nada mais representam que o reconhecimento do valor atribuído pelo consumidor em função do histórico de cada região ou produtor no manuseio da técnica de cultivo do produto em apreço.

Notas:

1 “Proteção subsidiária na OMC

PERGUNTA ESCRITA E-2572/01 apresentada por Paulo Casaca (PSE) à Comissão (21 de Setembro de 2001)

Objecto: Protecção de denominações de origem no exterior do território comunitário. O queijo de São Jorge é o principal produto da ilha de São Jorge e goza, no interior da Comunidade, de uma denominação de origem protegida (DOP).

Um dos principais mercados deste queijo é a América do Norte, e têm-se avolumado relatos de que ele está a ser sujeito a contrafações com origem nos Estados Unidos.

Poderia a Comissão Européia esclarecer-me o seguinte:

1. A protecção de um produto DOP no exterior está consignada em acordos no âmbito da OMC?

2. Se sim, assume a Comissão a responsabilidade por fazer aplicar essa protecção no exterior?

3. Se sim, que elementos considera a Comissão necessários para poder proceder judicialmente nos casos de contração?

Resposta dada por Pascal Lamy em nome da Comissão (5 de novembro de 2001)

1. As denominações de origem protegida (DOP) pertencem a uma categoria mais vasta de indicações geográficas

definidas no Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (Acordo TRIPS) no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Na medida em que, nos termos do Regulamento (CEE) nº 2.081/1992 do Conselho relativo à protecção das indicações geográficas e denominações de origem dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios, as DOPs se aplicam a certos produtos agrícolas e géneros alimentícios, com exclusão de vinhos e bebidas espirituosas, o acordo TRIPS (nos 2 e 4 do art. 22) obriga os membros da OMC a proporcionar os meios legais necessários para que os titulares de DOP possam impedir certas utilizações de denominações protegidas que possam induzir em erro o consumidor. De igual modo, é proibido o registro de marcas que induzam o consumidor ao erro em relação a uma DOP (nº 3 do art. 22 do TRIPS). No entanto, é importante referir que a protecção oferecida por DOPs ou por indicações geográficas (IGP) comunitárias nos termos do Regulamento (CEE) nº 2.081/1992 é mais rigorosa do que o que é exigido no âmbito do Acordo TRIPS. Por conseguinte, na Comunidade a protecção das indicações geográficas vai além dos níveis mínimos requeridos no Acordo TRIPS. Os serviços da Comissão estão disponíveis para ajudar os produtores comunitários cujas DOP ou IGP estejam a ser prejudicadas num membro da OMC.

2. Compete a cada membro da OMC assegurar, no seu território a todos os titulares legítimos de IGP, o nível de protecção das IGP requerido pelo Acordo TRIPS. Desse modo, os referidos titulares são, eles próprios, responsáveis pela aplicação dos seus direitos em matéria de IGP no sistema administrativo e judicial de cada membro da OMC. No entanto, nos termos do Acordo TRIPS, os membros da OMC (incluindo a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros) podem controlar a conformidade da legislação de outros membros da OMC com o Acordo TRIPS. Disponível em:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2002/ce160/ce16020020704pt00220023.pdf>>.

3 Título IV sobre indicações geográficas da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

“Art. 176. Constitui indicação geográfica a indicação de procedência ou a denominação de origem.

Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

Art. 179. A proteção estender-se-á à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja indicação geográfica.

Art. 180. Quando o nome geográfico se houver tornado de uso comum, designando produto ou serviço, não será considerado indicação geográfica.

Art. 181. O nome geográfico que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem poderá servir de elemento característico de marca para produto ou serviço, desde que não induza falsa procedência.

Art. 182. O uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, exigindo-se, ainda, em relação às denominações de origem, o atendimento de requisitos de qualidade.

Parágrafo único. O INPI estabelecerá as condições de registro das indicações geográficas”.

A noção de marca aplicada aos produtos agrícolas, a qual incrementa o valor de compra dos alimentos em função de fatores geográficos e de técnicas de manuseio, ao introduzir a heterogeneidade entre produtos por natureza homogêneos, torna impreciso o disseminado conceito de que a variação de preço entre tais *commodities* decorra, necessariamente, da constatação de poder de mercado.

Para a análise antitruste é relevante que, se, historicamente, o SSNIP aplicado a *commodities* de pequeno valor final tenha sido reputado inferior aos habituais 5-10% aplicados para os demais setores produtivos⁴ – provavelmente em torno de 1%, a diferenciação de origem insere tais mercadorias na concorrência monopolística – mesmo *locus* dos produtos industrializados.

Nota:

4 “ *The Merger Guidelines use a related type of market definition test. Under the Guidelines, the product market is defined by asking whether a hypothetical monopolist of the proposed product market could impose a small but significant and nontransitory increase in price (“SSNIP”) and not lose an amount of its sales to alternative products that would make the price increase unprofitable. Merger Guidelines § 1.11. If so, then the proposed market constitutes a relevant product market. Id. The agencies often use a*

*SSNIP amount equal to a 5% price increase, although this varies depending on the nature of the market. Id.; see Staples, 970 F. Supp. at 1076 n.8. The Merger Guidelines provide that ‘what constitutes a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price will depend on the nature of the industry, and the Agency at times may use a price increase that is larger or smaller than five percent.’ Merger Guidelines § 1.11.” (Voto condutor da Chairwoman Deborah Majoras no recente caso *Evanston Northwestern Healthcare Corporation and ENH Medical Group, Inc., File No. 011 0234, Docket No. 9315.*)*

Segundo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE (Anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001):

“Para finalidades de aplicação do procedimento anterior, a SEAE e a SDE adotarão como referência de um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ de preço o aumento de 5%, 10% ou 15%, conforme o caso concreto, por um período não inferior a um ano.”

Interessa notar, contudo, que tanto os produtos industrializados de baixo valor agregado quanto os produtos primários em concorrência monopolística, dado seu baixo valor de venda, provocam intuitivamente maior fidelidade que os produtos de maior valor de ponta. *Coeteris paribus*, uma vez majorada a fidelidade, deduz-se reduzida a elasticidade preço-demanda e mais ampla se torna a banda na qual podem flutuar os preços.

Suponhamos, para isso, dois produtos: A e B. A, *commodity* agrícola, tem valor unitário tão, financeiramente, insignificante, que se torna, economicamente, inviável ao produtor vendê-lo unitariamente. Considere-mos, portanto, que valor de A não possa ser dissociado de $50A$, dado que o menor valor economicamente viável para que o produtor recupere seus custos seja a venda casada de 50 unidades de A⁵. B, por outro lado, representa um industrializado de elevado valor de ponta, formado por diferentes componentes cuja comercialização, separadamente, é, economicamente, viável⁶.

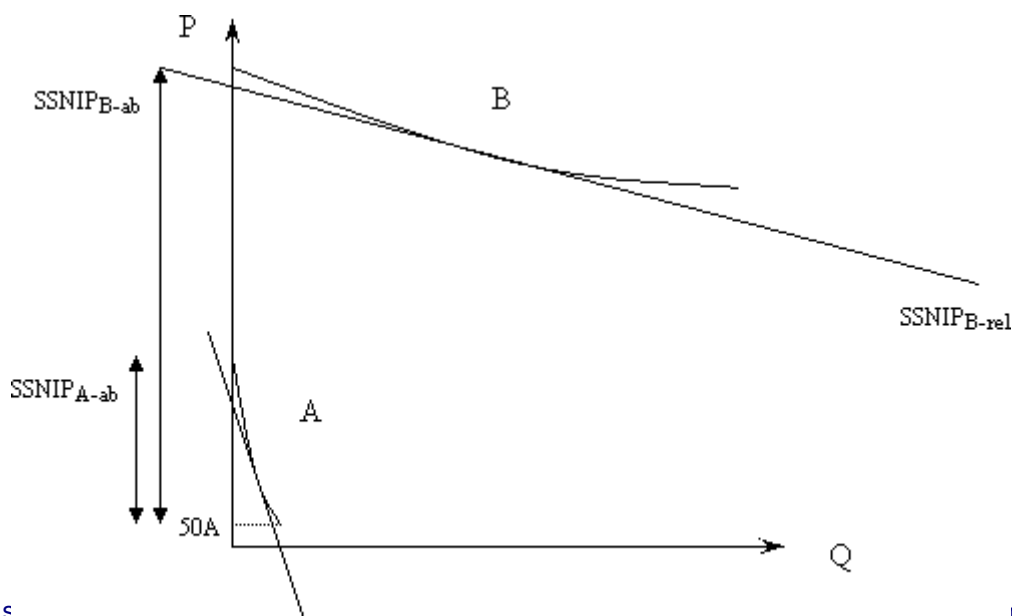
Notas:

5 O mercado é rico em exemplos práticos de A. A venda de morangos, no Brasil, representa fielmente esse modelo. Na safra, caixas de morango podem ser encontradas, no Brasil, na casa dos centavos de real. Em Arlington, VA, nos EUA, caixas menores podem alcançar patamares superiores a oito dólares. Por esse motivo, os morangos chegam a ser vendidos por quilo (Supermercado da rede Safeway, na 1525 Wilson Blvd, 11.11.2007).

6 Clássico exemplo de B é o automóvel.

O gráfico abaixo (figura 1) ilustra, comparativamente, a relação inversamente proporcional existente entre o valor de ponta do produto e o SSNIP do mercado relevante a que pertence em termos relativos – ou, em outras palavras, a razão entre sua elasticidade preço-demanda e seu valor de venda.

Figura 1



Como ϵ superior a S

$SSNIP_{A-rel} > SSNIP_{B-rel}$ (angulação da reta)

$SSNIP_{A-ab} < SSNIP_{B-ab}$ (verticalidade da reta)

$P_x \cdot SSNIP_{x-ab} = E_x \cdot SSNIP_{x-rel}^{-1}$

Onde

$SSNIP_{A-rel}$ = SSNIP de A, em termos relativos

$SSNIP_{B-rel}$ = SSNIP de B, em termos relativos

$SSNIP_{A-ab}$ = SSNIP de A, em termos absolutos

$SSNIP_{B-ab}$ = SSNIP de B, em termos absolutos

P_x = preço competitivo no mercado x

$SSNIP_{x-rel}$ = SSNIP no mercado x , em termos relativos

$SSNIP_{x-ab}$ = SSNIP no mercado x , em termos absolutos

E_x = elasticidade preço-demanda no mercado x

Segundo ilustrado, fica bastante claro que, dada a maior elasticidade de B, a inclinação da curva é mais acentuada do que em A, onde há praticamente uma reta paralela ao eixo P. Graficamente, esse fator pode ser observado, em B, a partir da maior variação da quantidade demandada (ΔQ) em relação à variação de preço (ΔP) para o mesmo lapso temporal (Δt).

Esse fato decorre, antes de tudo, de as definições de mercado relevante e de SSNIP estarem centralizadas em um fator relativo, e não absoluto – o incremento percentual nos preços. Em outras palavras, 10% podem representar uma miríade de valores com diferentes impactos financeiros sobre os vencimentos do consumidor. Particularmente, em relação aos produtos agrícolas, a variação dentro de cada gênero alimentício pode não ultrapassar a casa dos centavos, o que a torna,

praticamente, imperceptível ao consumidor médio.

2. DA DELIMITAÇÃO DOS MERCADOS

2.1. O Mercado Geográfico

Parece-me que o primeiro fator específico sobre essa análise apresenta-se na definição do mercado relevante geográfico. Os limites espaciais de contestabilidade do produto dependem, particularmente, de dois elementos: preço e frequência.

Por preço, entenda-se o valor agregado da compra a ser rea-lizada. Sua análise não pode ser feita em dissonância com o aspecto temporal, já denominado acima como frequência. A frequência, em relação a *commodities* agrícolas, decorre, imediatamente, do caráter perecível dos alimentos. Excepcionados os produtos congelados, que adquirem maior longevidade, frutas e verduras são adquiridas para consumo quase imediato ou semanal. Desse modo, por maior que seja o quantitativo da compra, a baixa longevidade e o baixo valor do produto encerram a necessidade de restringirmos o raio de compra do agente.

A combinação entre valor e frequência conduz também ao interessante resultado abaixo esquematizado, segundo o qual o centro de abastecimento é designado essencialmente em função de sua proxi-midade física.

Tabela 1

| Valor | Frequência | Resultado |
|-------|------------|--|
| ↓ | ↑ | Contíguo. Elevado custo de locomoção |
| ↑ | ↓ | Raio cerceado pela razão entre valor consumido em <i>commodities</i> /custo de locomoção |
| ↓ | ↓ | Contíguo. Elevado custo de locomoção |
| ↑ | ↑ | Contíguo. Elevado custo de locomoção |

Conforme exposto na tabela 1 acima, dada a desproporção entre o elevado custo de locomoção e o baixo valor relativo das compras, a elevada frequência é elemento suficiente para definir a inviabilidade do recurso ao centro de abastecimento mais distante. Para efeito do presente estudo, entenda-se por custos de locomoção a conjugação dos dois seguintes fatores: (a) gastos com transporte e (b) comodidade proporcionada pela contigüidade.

O percurso de um raio além da contigüidade justifica-se, ape-nas, quando a excepcionalidade da ocasião, conjuntamente, (a) supera o incômodo do deslocamento e (b) proporciona gastos que não ultrapassem o valor máximo que o consumidor está disposto a gastar indiretamente com a alimentação – mais precisamente com a sua locomoção. Interessa notar, portanto, que a noção de proximidade tem vetores tanto psicológicos quanto físicos. Desse modo, se, pelos contornos físicos, a proximidade costuma definir-se pela viabilidade econômica, pela sensibilidade psicológica, a definição de proximidade sói decorrer de um marco orográfico ou de uma barreira geográfico-psicológica ou política, notoriamente a delimitação em bairros, regiões e administrações.

A materialização da contingência ontológica exteriorizada nessa orientação encontra-se suficientemente nítida nos distintos métodos de delimitação geográfica empreendidos (a) pela *Federal Trade Commission* (FTC), na recente análise da aquisição da rede varejista de supermercados *Wild Oats* (WO) pela congênere *Whole Foods* (WF)⁷, e (b) pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), seguindo os tradicionais preceitos dispensados pela agência.

Nota:

7 O caso WF/WO trata da aquisição de uma rede especializada em produtos orgânicos e naturais por uma congênere. A operação envolveu as duas maiores redes de mercados especializados em orgânicos/na-turais dos EUA. Se, por um lado, o *Bureau of Competition* entendeu que os mercados comuns não eram substitutos próximos dos mercados especializados e recomendou à Comissão pleitear uma *preliminary injunction* junto à *District Court*, o juiz monocrático entendeu que havia suficiente *cross-marketing* para garantir um único mercado relevante e não concedeu a referida *injunction*.

Lá, a delimitação geográfica é necessariamente local, visto que a frequência é sempre elevada – as famílias fazem compras uma vez por semana. Nas grandes cidades, como Washington, DC, o tráfego é um impeditivo adicional ao alargamento do raio. Há de se ressaltar, ademais, que, se as compras semanais, por um lado, abrem a possibilidade de que sejam feitas no percurso entre a casa e o trabalho – o que aumenta o perímetro de compras –, por outro lado, a tradição norte-americana de enfatizar o jantar como refeição familiar⁸ e o tempo gasto nas filas do mercado restringem a viabilidade das compras intra-semanais.

Nota:

8 Ao tomarmos o jantar como refeição familiar, admitimos a necessidade de a refeição ser servida cedo o suficiente a permitir que as crianças não tenham de se recolher tarde.

Isso não se aplica a países como o Brasil. Aqui, como em outros países – em especial, aqueles em estágio de desenvolvimento –, a inflação levava as famílias a saírem aos mercados e gastarem todo o salário em compras no início do mês. Dessa tradição inflacionária herdamos o péssimo hábito de lotarmos os mercados ao serem depositados nossos vencimentos e comprarmos uma infinidade de coisas a serem estocadas até o fim do mês. Entre tais compras encontram-se, ainda hoje, verduras e frutas que perecem antes mesmo que possam ser consumidas. Tais compras, entretanto, dado ocorrerem uma única vez ao mês e agregarem para a realização dos caros mercados (compras) mensais, minimizam não apenas o desgaste com a locomoção – que, certamente, é subsidiário à fila de espera, no caixa –, como tornam residual o gasto com ela.

Fato é que se esse hábito já denunciado contribui para que os brasileiros não se aventurem tão freqüentemente nas verdurarias, como fazem os países que não passaram pelos assaltos inflacionários, aqueles que atropelaram a tradição e adquiriram o saudável hábito de fazer compras semanais – e que são os verdadeiros consumidores de perecíveis – não se locomoverão, por motivos assemelhados aos estendidos aos estadunidenses, para além de sua vizinhança. A esses estabelecimentos a que dispensamos visitas mais freqüentes costumamos denominar mercados, genericamente, em oposição aos supermercados aos quais nos dirigimos para as compras com propósitos mais amplos, mensalmente⁹.

Nota:

9 “Em Voto recente por mim proferido, faço a distinção ao serviço de venda a varejo prestado por esses dois tipos de estabelecimentos – hipermercados e supermercados. A razão principal é que no ‘pequeno varejo’ (mercearias, padarias, açougues, feiras livres etc.), o tipo de consumo, em geral, é o de ‘conveniência’, isto é, pequenas compras que visam suprir necessidades imediatas de consumo, ao passo que, em supermercados e hipermercados, a principal vantagem é a possibilidade de aquisição de um conjunto diversificado de itens para um prazo de tempo maior – a chamada ‘compra do mês’. Assim, excluem-se desse mercado relevante as mercearias, frutarias, padarias, açougues e feiras-livres, que constituem o pequeno varejo.

O ilustre Conselheiro Celso Campilongo, quando da análise do AC 08012.006899/99-146, ressaltou em seu Voto que o critério baseado na avaliação de *market-shares* apenas entre supermercados e hipermercados resulta em superestimação destas participações. Entretanto, incluir na definição de mercado relevante, como pretendem as requerentes, todos os estabelecimentos atuantes no setor de bens duráveis e não-duráveis, subestimaria o poder de mercado das grandes redes. Inegável que os pequenos estabelecimentos varejistas locais, além dos supermercados e hipermercados, podem exercer considerável grau de competitividade, apesar da gama de produtos oferecidos ser reduzida. Isso ocorre, principalmente, quando de um eventual aumento de preços. Embora existam especificidades em cada tipo de estabelecimento, é razoável supor a existência de um certo grau de substituíbilidade em algumas categorias de bens de consumo para determinados grupos de consumidor. Assim, não pode ser desconsiderado, por completo, da análise de operações envolvendo supermercados e hipermercados, o grau de concorrência exercido pelo ‘pequeno varejo’.

E, prossegue o nobre Relator em seu Voto, a ‘cesta de produtos’ típica dos super/hipermercados consiste em ‘agrupamento de produtos que, exatamente porque agrupados, tem mais atratividade para o consumidor. A principal consequência da caracterização de um mercado com *cluster* é considerar a cesta de produtos como um produto único’. Como considera Calixto Salomão, existem clusters perfeitos, isto é, que suprimem a sobrevivência do mercado de produtos singulares, e clusters parciais, vale dizer, aqueles em que os mercados de produtos especiais permanecem ativos. Essa permanência – e basta que se pense em açougues e quitandas – não modifica a conclusão de que uma parcela significativa dos consumidores prefere os produtos agrupados. É dessa idéia, aplicada aos super/hipermercados, que nasce o conceito de mercado relevante agrupado e não individual.

A SEAE tem considerado como mercado de produto relevante o serviço de venda integrada, oferecido apenas por supermercados e hipermercados, uma vez que a tendência do consumidor é decidir entre um supermercado/hipermercado e outro, objetivando comprar todos os bens em uma única parada (*one stop shopping*), o que implica dizer que uma elevação no preço de um ou de poucos produtos não faz com que o consumidor procure outro concorrente, devendo, ainda, ser considerados os serviços diferenciados ofertados por supermercados/hipermercados, que não são ofertados pelo pequeno comércio.

Diante de casos já analisados pelo CADE referentes a supermercados e hipermercados, entendeu o plenário do Conselho por unanimidade e em consonância com a extensa jurisprudência do CADE, considerar o mercado de produto relevante proposta pela SEAE, por ser essa a mais restrita possível.”(Voto do Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer no AC 08012.007505/00-88, entre Companhia Brasileira de Distribuição – CDB, SENFF Parati S/A e RLL Participações Societárias S/A, em 08.05.2002)

Conforme antecipado, a definição de bairro é bastante relativa. De forma bastante genérica, costuma-se reportar às barreiras físicas nas localidades agrárias e à delimitação política dos bairros nas cidades. Em Brasília, em função de sua diferenciada estrutura viária, a definição do mercado relevante em bairros seria bastante irrazoável, dada a existência de apenas dois setores residenciais no Plano Piloto. Desse modo, parece-me que, no DF, o limite espacial para a procura de mercados esteja nas quadras comerciais adjacentes às quadras de residência e suas quadras comerciais contíguas. Para a seleção dos super e hipermercados, mais adequado parece-me dividir a cidade em segmentos separados pelo Eixo Monumental (N e S) – o que consiste, antes de tudo, em uma barreira psicológica, dado que o corte transversal que os eixos W e L representam na geografia da capital federal majoram, sensivelmente, o raio de deslocamento.

Igualmente, quando o valor da compra é baixo, a barreira psicológica a ser rompida é demasiado elevada para permitir ao consumidor tamanho deslocamento. E, ainda que superada, a *ratio* econômica tornaria inadmissível que o consumidor gastasse mais com seu transporte do que com o alimento – algo comparável a permitir que os custos dos meios superassem os benefícios do fim almejado. Esses fatores conferem ao único mercado local suficiente poder de mercado para utilizar a distância como *hold up* – que consistiria na vantagem proporcionada a esse estabelecimento pelos custos de locomoção, como acima definidos.

2.2. O Mercado pelo Produto

A definição do mercado relevante sob a ótica do produto não é mais simples.

Falando de *commodities* alimentícias, notoriamente frutas e verduras em prateleiras de supermercados ou feiras, não há outro remédio senão pensar em mercado em concorrência perfeita. Mesmo a necessidade de comparar os preços entre (super)mercados não retira, ao menos, a possibilidade de comparar os produtos dos fornecedores dentro de um mesmo estabelecimento. O mais relevante é observar que a menor variação entre os preços dos produtos deveria ensejar a preferência pelo mais barato, dada a homogeneidade entre os concorrentes.

Esse fator não deve ser tomado, entretanto, como regra, dado que a venda em determinado estabelecimento já diferencia o produto quanto a sua origem e, mesmo dentro do mercado, existe uma crescente diferenciação entre as marcas das produtoras. Essa constatação, que era marginal quando há algumas décadas foi julgado o caso *United Brands Co* pela *Commission for the Europeans Communities*, hoje se torna regra enquadrável no modelo de Bertrand.

Falamos de competição por preços, possível apenas pela diferenciação entre produtos antes homogêneos. Nas palavras de Robert H. Lande e Howard P. Marvel ¹⁰:

Nota:

10 *The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/112.pdf>>, p. 950/951.

“The Bertrand model’s prediction for price competition is brutal indeed. Fully informed customers will choose to visit their lowest-priced outlets, forcing prices down to marginal cost, at least as long as the firms in question have not reached the limits of their respective capacities. It is little wonder that firms might wish to avoid the rigors of this competition, and that they will, if possible, adopt rules to soften its impact. These rules will be addressed as the prerequisites of intense Bertrand competition, principally that consumers must possess full information and that the products offered to consumers must be identical.

The principle of differentiation holds that when confronted with the specter of this fiercely competitive environment, firms will make efforts to differentiate their products in order to soften price competition. Customers who have a strong preference for the unique attributes of a firm’s products,

Whether real or perceived, will be willing to pay a premium that varies according to the strength of that preference. A firm facing a downward-sloping demand curve has the ability to raise price above marginal cost, permitting it at least the possibility of earning some profit. Whether it can actually do so for long depends on the speed of entry into its market. But even if it is not sufficient to ensure increased profitability in the long run, downward-sloping demand is clearly desirable from the standpoint of a firm. What will generate such demand? Consumers will not all defect instantly to a lower-priced rival if they prefer the products of their current supplier, or if they have limited knowledge of either the prices or the product characteristics offered by potential rivals. Firms therefore can generate downward-sloping demand by manufacturing distinctive products, selling them at locations separate from rivals, and taking action to limit their customers’ knowledge of the offerings of others. If some of a firm’s customers are more likely to defect to rivals than others, the firm would prefer to isolate those customers, offering special inducements not granted to loyal patrons. In many cases, firms can pursue unilaterally the strategies best suited to differentiate themselves from rivals, but in other cases, cooperative action may be optimal. Many, but not all, of these actions have the effect of raising consumers’ search costs. We begin by considering the best-known strategy for differentiation: advertising.”

Conforme prelecionam Lande e Marvel, a diferenciação permite inferir um certo grau de descolamento do concorrente. Tal situação, descrita como uma situação de concorrência monopolística, levanta a relevante questão de definir até que ponto seu produto pode ser qualificado como único ou até que ponto a diferenciação não cria um novo mercado relevante no qual o novo produto é monopolista. O primeiro caso importante a levantar essa questão foi o *FTC v. Staples, Inc*. Segundo Sullivan e Harrison ¹¹:

Nota:

11 *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. Sullivan, E. Thomas/Harrison, Jeffrey L.. LexisNexis: USA, 2003. P. 40.

“The Court noted that within markets, submarkets could exist. In this instance, it was faced with evidence that there was a low cross elasticity between consumable office supplies sold by superstores and those same items when offered by other retailers. In particular, the FTC was able to demonstrate that in the market in which the three office supply superstores - Staples, OfficeMax and Office Depot – competed, Staple’s prices were 13% lower than in markets in which it faced no superstore competition. In effect, this and other data tended to support the position that the cross elasticity between an item sold by a superstore and the very same item sold elsewhere was low. Thus, the court upheld the market definition based on the type of retailer. The result was to encourage acceptance of submarkets as an appropriate measure of market power.”

Fato é que a variação entre 5-10% – tradicionalmente consi-derada para delimitar a máxima variação admissível entre os preços dos produtos pertencentes ao mesmo mercado relevante –, se, por um lado, deve ser considerada extremamente elevada para produtos homogêneos, para os quais a menor variação de preço leva ao desvio da demanda (elasticidade cruzada da demanda ou elasticidade cruzada preço-demanda), na concorrência monopolística entre produtos de baixo valor final, a variação de preços pode ser ainda maior dentro do mesmo mercado relevante, de tal sorte que a tradicional estimação do SSNIP pode não ser eficiente para sua delimitação.

O limite aceitável para definir um produto como parte de um mercado relevante depende, essencialmente, da constatação de que o consumidor está experimentando ou não uma sensação única e, no caso de *commodities* com baixo

valor de ponta em concorrência monopolística, o habitual limite de 5-10%, apropriado para manufaturas, não se aplica. Ou seja, embora essa nova situação se equipare àquela dos produtos industrializados de marca em função da diferenciação entre os produtos, o baixo valor final do produto permite que a fidelidade à marca suporte diferenças de preço superiores a 100%.

Tomemos como exemplo os preços disponibilizados *on-line* para *commodities* pelo supermercado Pão de Açúcar, em 5 de novembro de 2007:

Tabela 2

| Produto | Preço (R\$) | Variação (%) |
|--|-------------|--------------|
| Beterraba Mr VALLEY Bandeja 500g | 1,93 | 171 |
| Beterraba Bandeja 500g | 0,71 | |
| Couve Manteiga Fatiada e Higienizada MASTER Bandeja 250g | 4,19 | 60 |
| Couve Manteiga Fatiada e Higienizada SÍTIO BELA VISTA 200g | 2,09 | |
| Salada de Rúcula INSALATA Pacote 150g | 6,89 | 21 |
| Salada de Rúcula Orgânica TAEQ Pacote 150g | 5,69 | |
| Ameixa Rosada Nacional Bandeja 800g | 5,18 | 56 |
| Ameixa Rosada Nacional MR VALLEY 400g | 1,66 | |
| Limão Taiti Mr VALLEY Pacote 1Kg | 3,89 | 25 |
| Limão Tahiti Pacote 1Kg | 3,10 | |
| Manga Haden Caixa com 5 Unidades | 18,46 | 41 |
| Manga Haden Bandeja com 2 Unidades | 5,21 | |
| Manga Palmer Caixa com 5 Unidades | 13,97 | 44 |
| Manga Palmer Bandeja com 2 Unidades | 3,88 | |

Fonte: <http://www.paodeacucar.com.br>

A discrepância entre os valores mostra a evidente relevância dispensada pelos consumidores à origem do produto. Ademais, fica evidente o quão insignificante – podendo ficar na casa dos centavos – representa o tradicional SSNIP de 5-10% para esses produtos. Mesmo 20% parecem banais e certamente não afastariam o consumidor de sua origem favorita – muitas vezes associada à *private label* do mercado, tantas vezes ligada a uma tradicional marca.

Tarefa das mais complexas, portanto, é identificar se o segmento *premium* de um mesmo produto é suficientemente diferenciado para ser identificado como um produto à parte. Ou seja, o produto orgânico e o produto natural consistem em novos mercados relevantes pelo simples fator de haver um razoável descolamento entre seus preços, em termos percentuais, embora pouco significativo em termos absolutos? O produto *premium* vendido em um estabelecimento especializado naquele produto diferencia aquele estabelecimento ou, mesmo, aquele produto em função da “novidade” ou pela singularidade da experiência?

Aparentemente, a substituíbilidade entre orgânicos/naturais e demais *commodities* deveria levar à conclusão de que estabelecimentos especializados não pertenceriam a mercado relevante distinto. Entretanto, a experiência causada pelo ambiente especializado e pelo *one-stop-shop*, certamente, favorece a sensação de que se fala de outro mercado relevante.

Nesse sentido, é interessante lembrar o posicionamento em contrário exposto pela *District Court* no caso *WF/WO*, proposto pela FTC:

“Furthermore, Dr. Scheffman’s analysis of banner entries shows that when a new Whole Foods store opens – both in areas where there are no other PNOs like Wild Oats and in areas where there are one or more Wild Oats stores – Whole Foods sales do not come primarily from Wild Oats stores (or other PNOs) but overwhelmingly from other supermarkets operating in the area. The competitive interaction is between Whole Foods and all supermarkets, not just, or even primarily, with Wild Oats. Indeed, the evidence shows that Whole Foods and Wild Oats do not uniquely compete with each other, but with all other supermarkets in areas where both Whole Foods and Wild Oats operate.”

Alhures:

“The fact is that a large number of Whole Foods and Wild Oats customers today shop frequently at other supermarkets for the same products they sometimes also buy at Whole Foods and Wild Oats – so-called cross-shopping. At the same time, other supermarkets now sell many, and an increasing variety of, natural and organic products. Together, these facts further support the conclusion that the relevant product market for evaluating this merger includes, at a minimum, all supermarkets. While ‘cross-shopping’ has always existed, as other retailers have more aggressively into the sale of natural and organic foods, market research shows that a substantial percentage of these cross-shoppers will purchase their natural and organic foods at stores other than Whole Foods more and more frequently, particularly if prices at Whole Foods increase. If, after the merger, WholeFoods raised its price or permitted its quality to decline, customers could and would easily shift their purchases of natural and organic products from Whole Foods to other supermarkets.

[...]

In sum, while all supermarket retailers, including Whole Foods, attempt to differentiate themselves in some way in order to attract customers, they nevertheless compete, and compete vigorously, with each other. The evidence before the Court demonstrates that conventional and more traditional supermarkets today compete for the customers who shop at

Whole Foods and Wild Oats, particularly the large number of cross-shopping customers -- or customers at the margin -- with a growing interest in natural and organic foods. Post-merger, all of these competing alternatives will remain. Based upon the evidence presented, the Court concludes that many customers could and would readily shift more of their purchases to any of the increasingly available substitute sources of natural and organic foods. The Court therefore concludes that the FTC has not met its burden to prove that 'premium natural and organic supermarkets' is the relevant product market in this case for antitrust purposes."

O argumento utilizado pelo Juiz do Tribunal de 1ª Instância (*District Court*) no caso WF/WO parece equivocado ao invocar a origem do consumidor como justificativa para a inexistência de um mercado separado para orgânicos/naturais. O fato de os consumidores de orgânicos/naturais terem saído dos mercados comuns e, mesmo, do consumo de produtos não rotulados como orgânicos/naturais demonstra, apenas, o óbvio: todo produto é, em última instância, substituível e o consumidor de todo novo produto costuma abrir mão de outro produto para adquirir a novidade.

Em alguns casos, o novo produto é substituto de mais de um produto e, por sua complexidade, é reconhecido como *tertium genus*, insubstituível em sua amplitude. O desvio de demanda provocado pela entrada do novo produto não implica a necessária substituíbilidade entre o antigo e o novo, dado nada garantir que, após a nova experiência, o consumidor estará disposto a voltar ao produto que abandonou. Antes, é pacífico o entendimento de que, dada a substituíbilidade dos produtos, há um limite máximo que o consumidor está disposto a pagar por cada mercadoria, ainda que, para isso, tenha de consumir um produto de outra natureza. Exemplos corriqueiros disso estão não só na carne de primeira e de segunda, mas também entre arroz e batata, assim como entre as carnes de porco, bovina e frango, etc. Dessarte, o potencial retorno pode estar associado à saturação desse limite que o consumidor está disposto a pagar pelo bem de sua preferência.

Acresço que todo desvio de demanda de WO para WF ocorre entre produtos relativamente semelhantes, sendo a diferença entre a qualidade de WO e WF menos acentuada do que a diferença para o serviço ofertado pelos mercados comuns. Desse modo, a migração de WO para WF, ou o inverso, equivaleria a uma troca de marca – o que representa fenômeno relativamente raro, dada a elevada fidelidade do consumidor em matéria de produtos de baixo valor final e em gêneros ligados à saúde alimentar.

No caso da adesão dos clientes dos outros mercados, falar-se-ia da troca da experiência de compra e, quem sabe, do próprio produto, se pudermos considerar, ao fim deste artigo, haver um novo produto. Ou seja, a motivação é diferente, nos dois casos, de tal sorte a causar espécie a comparação empreendida pelo magistrado entre duas situações que apenas se tangenciam. Advindo de mercados comuns (ou não-orgânicos), o novo cliente do mercado especializado estaria, certamente, à procura de produto alimentariamente mais completo ou saudável.

A troca de uma marca de qualidade por outra de igual qualificação pode ser resposta (a) à distância do centro de compras ou, mais raramente, (b) a significativa elevação do preço. No caso em apreço, WO era reconhecidamente mais caro que WF, de tal sorte que a habitual fidelidade à marca é amenizada ante o significativo aumento dos preços. Por outro lado, na troca de clientela entre mercados comuns e mercados especializados como WF, a atratividade poderia representar tanto (a) a busca por um novo produto quanto (b) uma resposta à distância. A opção da busca pelo melhor preço foi sumariamente desconsiderada, dado que, neste caso, o produto especializado tem por característica ser significativamente mais oneroso do que seu genérico.

Vistas as opções acima, dada a proximidade física entre os estabelecimentos comerciais de WF e WO, resta concluir, no caso em apreço, que a troca de WO por WF derivaria, primariamente, dos preços significativamente mais elevados de WO. Essa conclusão pode ser constatada empiricamente, dada a notoriedade de que os produtos WO não só eram mais caros do que os produtos WF, quanto seus produtos com a marca WO já eram, consideravelmente, mais caros do que o tradicional SSNIP de 5-10%¹².

Nota:

12 Tive a oportunidade de visitar mercados na VA, MD e DC – entre outros, a WF de Tenleytown –, entre setembro e dezembro de 2007.

Por outro lado, o abandono dos mercados comuns e mais baratos contíguos, uma vez rejeitado o fator distância, só poderia derivar da busca pelo novo ambiente ou pela marca de uma rede que se preocupe essencialmente com orgânicos/naturais e com isso ganhe reputação quanto a sua qualidade nesse segmento. Constatado, novamente, que falamos de motivações distintas, ignoradas pelo magistrado, para aderir à rede WF.

Segundo o magistrado,

"The FTC is also wrong in looking to differentiation or uniqueness as the basis on which to define a product market. The fact that supermarkets seek to differentiate themselves from one another by emphasizing certain products or services does not address the relevant question for product market definition. The real question is whether the differences and points of uniqueness are so substantial that Whole Foods could retain most of its customers even if it were to raise prices or reduce quality after the merger. Because supermarket chains throughout the country now have recognized the interest of a broad range of consumers in natural and organic foods, conventional supermarkets and other retailers have increased and expanded their offering of such food products and will continue to do so. Consumers therefore now have the practical ability to switch from Whole Foods to other supermarkets to obtain these products."

Novamente, hei de discordar. A diferença de preços apenas é de validade porque e quando instrumentaliza e viabiliza quantificar a diferenciação percebida pelo consumidor. Como havemos de demonstrar, não há como identificar, *in abstracto*, qual variação de preços é razoável para definir um mercado relevante entre produtos de marca de baixo valor de venda. Em segundo lugar, o julgador incorre em equívoco primário, dado que os preços de WF já são notoriamente mais elevados, não se podendo aplicar com sucesso sua teoria com base no SSNIP, tradicionalmente preconizado pela doutrina sob pena de se recair na falácia do celofane. Como bem explica o voto condutor da Chairwoman Deborah Majoras, no caso Evanston:

"The 'Cellophane fallacy' derives from the Supreme Court's decision in *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956), in which the Supreme Court assessed the existence of market power by defendant du Pont by using as a baseline the existing supracompetitive price of a food wrap, rather than examining the profitability of a price

increase from the baseline of a competitive price for the product. This analytical error caused the Court to find the absence of market power in a situation where the defendant already had been exercising market power.”

Ou seja, a partir de certo patamar, já razoavelmente elevado, qualquer majoração de preço, de fato, poderá levar o consumidor a abandonar um produto que considere distinto. Citando o voto, parcialmente divergente do Conselheiro Rosch no caso Evanston ¹³:

Nota:

13 Nota nº 5.

“The existence of an imperfect substitute might constrain ENH’s pricing somewhat. However, the case law recognizes that even firms enjoying monopoly power may be somewhat constrained in their pricing by other products; that constraint does not mean that the firm lacks monopoly power. **United States v. Aluminum Co. of Am.**, 148 F.2d 416, 426 (2d Cir. 1945); see also IIA PHILLIP E. AREEDA, HERBERT HOVENKAMP & JOHNSLOW, -ANTITRUST LAW, 506a, at 104-05 (2d ed. 2002) (‘IIA AREEDA, HOVENKAMP & SOLOW’).”

A criação do novo produto pela diferenciação da marca é, de forma inopinada, corroborada pela constatação da Corte de que os produtos orgânicos/naturais – sem qualquer alusão à marca –, comercializados pelos mercados comuns, são, crescentemente, os mesmos dos mercados especializados, chegando a sobreposição ao impressionante patamar de 60%.

“Indeed, today, over 60% of all natural and organic products are sold by conventional stores. Mays Decl. 19; see also JX at 33 (Whole Foods CEO Mackey explaining that ‘Our success has created more competition, it has bred more imitation, has caused all these supermarkets to try to want to steal Whole Foods’ mojo.’); 103 (‘...Whole Foods no longer has this product differentiation to itself...’) (Mackey I.H.)”

Esse percentual nos leva mesmo a entender que, em geral, apenas os produtos de menor procura não seriam encontrados nos mercados comuns. Dada a constatação de que os produtos ofertados, ignorada a marca, são em grande parte os mesmos entre os mercados especializados e comuns e que os preços são, significativamente, mais elevados nos mercados especializados, a razão da crescente procura pelos estabelecimentos especializados encontra-se, essencialmente, na marca.

Isso não nos leva a concluir, necessariamente, que haja um novo mercado relevante. Embora rejeitemos os argumentos do Juiz Paul L. Friedman quanto à homogeneidade dos produtos, tendemos a acreditar que os produtos, em si, se colocados lado a lado um *private label* WF e outro qualquer comercializado no mercado comum, ambos tenderiam a ser reputados dentro da mesma categoria pelo consumidor, que veria no produto mais barato um substituto próximo. Dada a diferenciação entre os produtos, porém, que se encontram em concorrência monopolística, o consumidor toleraria apenas a variação do SSNIP – que, dada a pequena implicação financeira em se optar pelo produto de melhor reputação, seria X%, sendo X>10%. Por questões práticas, chamemos a esse SSNIP de SSNIP ^{diferencial}.

Contudo, com relação à existência de um mercado que vende, essencialmente, produtos naturais/orgânicos, tendo a acreditar que o consumidor associe a experiência ¹⁴ diferenciada de estar quase que exclusivamente entre orgânicos/naturais e transfira essa novidade para o produto. Dessa forma, vendido apenas no mercado WF, temos um novo mercado relevante. Neste caso, a segmentação em *premium* seria suficiente para caracterizar um novo mercado relevante ou submercado, nos termos do *leading case* *FTC v. Staples, Inc.*

Nota:

14 A experiência trazida pela compra em WF e WO, incluindo seu teor educativo, pode ser iniciada nos sítios eletrônicos desses mercados:

<<http://www.wholefoodsmarket.com>>

<<http://www.woats.co.uk>>

Certo é que o preço pago pelo mesmo produto, mas alocado em um mercado especializado em *premium*, tenderia a ser maior do que o preço pago por ele como vizinho de prateleira. Contudo, não seria factível estimar em quanto o preço do mesmo produto seria superior apenas por estar alocado em outro mercado relevante ou qual seria o SSNIP (variação de preço economicamente sustentável) neste mercado (SSNIP ^{premium}). É fato que, dada a baixa elasticidade preço-demanda em função do baixo valor final do produto, a banda de preços dentro de um mesmo mercado relevante (SSNIP ^{diferencial}) é extremamente elevada, chegando, por vezes, a ultrapassar 100%. Em sendo, porém, extremamente elevado o SSNIP no mercado do produto inferior, não seria razoável acreditar que o produto alocado no mercado relevante *premium* pudesse repetir ou majorar essa margem já tão elevada sem que o consumidor o abandonasse. Ou seja, uma vez que o produto não possa mais ser caracterizado como um produto com baixo preço de ponta, que é pressuposto, em nosso trabalho, para a anômala elasticidade do SSNIP, aplica-se o SSNIP habitualmente sugerido nas *Guidelines* do *Department of Justice and Federal Trade Commission* ¹⁵ e pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE (Anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001). Em linhas gerais, portanto, dado $P^{premium} > P^{diferencial}$, $SSNIP^{premium} < SSNIP^{diferencial}$.

Nota:

15 “Although it may vary fro market to market, the basic definition of a “small but significant and nontransitory” price increase is a 5% increase lasting a year.” SULLIVAN, E. Thomas/HARRISSON, Jeffrey L. *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. LexisNexis: USA, 2003.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

FEDERAL Trade Commission and Department of Justice. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992.

FEDERAL Trade Commission and Department of Justice. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – Princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito concorrencial : as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito concorrencial : as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SECRETARIA de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE (Anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001). Brasília, agosto de 2001.

UNDERSTANDING Antitrust and its Economic Implications. Sullivan, E. Thomas/Harrison, Jeffrey L. LexisNexis: USA, 2003.

Sítios Eletrônicos

<http://www.antitrustinstitute.org>

<http://www.cade.gov.br>

<http://www.ftc.gov>

<http://www.lexis.com>

<http://www.paodeacucar.com.br>

<http://www.mj.gov.br>

<http://www.seae.fazenda.gov.br/>

<http://www.wholefoodsmarket.com/>

<http://www.woats.co.uk/>