

vantagens com o negócio) pode adquirir os produtos no Brasil e revendê-los na Argentina, a um preço de US\$ 90,00.

Assim, ao contrário do que se pode pensar, nosso ordenamento tutela de forma expressa a importação paralela, de sorte que devem ser consideradas ilegais todas as cláusulas apostas nos contratos de distribuição que procurem coibi-la, direta ou indiretamente. Não podemos olvidar que a garantia de comercialização paralela é uma eficaz maneira de se erodir o poder de mercado derivado das garantias próprias aos direitos de propriedade industrial.⁷³⁻⁷⁴

O consentimento do titular da marca a que se refere o art. 132 requer que o produto comercializado em território brasileiro não seja contrafeito (caso em que o titular da marca teria direito de impedir a comercialização); a marca foi regularmente aposta no produto adquirido fora do território por um terceiro alheio às relações da rede de distribuição. A Lei de Propriedade Industrial não concede ao titular da marca o poder de impedir que o produto colocado regularmente no mercado venha a ser comercializado por agente econômico não integrante de sua rede de distribuição.⁷⁵

73. Melanie Farquharson e Vicent Smith, *Parallel trade in Europe*, p. 2.

74. Cláudia Maria Adiers, em artigo específico sobre as importações paralelas no direito brasileiro, conclui que “[p]artindo-se da premissa que a função designativa de proveniência tenha sido fielmente cumprida, pensamos que conceder ao titular o poder de impedir as importações paralelas de produtos ostentando sua marca extrapolaria as limitações territoriais oriundas do caráter nacional da sua proteção. Desta forma, com base no direito de marcas, parece-nos impróprio que o titular invoque o seu direito exclusivo para impedir as importações de produtos que ele mesmo pôs no mercado estrangeiro, posto que ele invoca um direito que ele esgotou quando introduziu estes produtos no mercado. (...) A LPI brasileira adotou a exaustão nacional de direito de marca; logo, ocorrendo a primeira venda no Brasil, com seu consentimento, o direito do titular exauriu-se, limitando suas postulações com base no direito de marca” (As importações paralelas à luz do princípio de exaustão do direito de marca e seus reflexos nos direitos contratual e concorrencial, *Revista de Direito Mercantil*, p. 161-162).

75. Quanto às estipulações de vedação da importação ou comercialização paralela realizadas diretamente por integrante da rede de distribuição, por óbvio, a questão deve ser tratada sob a ótica da divisão territorial e da licitude ou ilicitude da estipulação contratual eventualmente violada.

Capítulo IX

RESTRIÇÕES VERTICAIS E VENDAS CASADAS

SUMÁRIO: IX.1 Definição de vendas casadas – IX.2 Requisitos para ilicitude da venda casada – IX.3 A venda casada e o aumento de participação no mercado do produto vinculado (“leverage theory”) – IX.4 Fechamento do mercado do produto vinculado – IX.5 Afastamento do controle de preços – IX.6 Escoamento de produtos de pouca aceitação no mercado – IX.7 Diminuição dos custos de embalagem e de distribuição – IX.8 Discriminação entre os adquirentes – IX.9 Segurança da qualidade do produto – IX.10 Disfarce da prática de preços predatórios – IX.11 Comprometimento do bem-estar do consumidor – IX.12 A visão norte-americana das vendas casadas. O caso Kodak – IX.13 A visão européia das vendas casadas – IX.14 As vendas casadas nos acordos verticais – IX.15 Fechamento do mercado do produto vinculado nos contratos da distribuição – IX.16 Abuso de posição dominante do fornecedor em relação a seus distribuidores. Uma situação de dependência econômica? – IX.17 Diminuição da concorrência entremarcas nos estabelecimentos revendedores.

IX.1 DEFINIÇÃO DE VENDAS CASADAS

Há venda casada nas hipóteses em que um sujeito subordina a venda de um bem (produto principal, produto subordinante ou *tying product*) à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou *tied product*). Também é considerada venda casada a vinculação da prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

A casuística dos *tying arrangements* demonstra a criatividade dos agentes econômicos quanto às formas de sua implementação: cláusulas contratuais de redação sofisticada, alegações de necessidade de manutenção da qualidade, vinculação do produto mediante uma imposição técnica (por exemplo, apenas determinada recarga do mesmo fabricante encaixa na máquina), perda da assistência técnica “gratuita” caso o adquirente valha-se de produtos, serviços ou peças de reposição de outros fabricantes etc.

Parte da doutrina estrangeira situa as vendas casadas fora do âmbito das restrições verticais porque, na maioria das vezes, verifica-se na venda final ao consumidor.¹ Mas nada obsta (aliás, é comum no Brasil) que a vinculação insira-se no negócio entre fornecedor e distribuidor.

Nos contratos da distribuição, há venda casada quando o fornecedor condiciona a venda de um bem ou serviço a seu distribuidor à aquisição de outro produto ou serviço. Por exemplo, (i) o fabricante de canetas da marca X somente as vende ao seu distribuidor na condição de que sejam também adquiridas borrachas da marca X (ou mesmo borrachas de outra marca, pois o que importa para a caracterização da venda casada é a obrigação de vinculação e não o fato de os bens serem oferecidos pelo mesmo agente econômico); (ii) o fabricante de um vinho de alta aceitação no mercado fornece-o ao distribuidor apenas se ele comprar determinada quantia de bebidas de qualidade inferior;² (iii) o distribuidor de filmes para televisão obriga os adquirentes a comprarem “pacotes”, contendo filmes de maior sucesso e outros de pouco interesse.³

IX.2 REQUISITOS PARA ILICITUDE DA VENDA CASADA

Quando tratamos das vendas casadas, é preciso ter em mente uma óbvia constatação fática: *em princípio, tudo pode ser dividido*. Seria então possível a venda de um casaco sem os botões, de um carro sem os pneus, de uma copiadora sem o toner, de uma máquina fotográfica sem o filme, de uma lavadora sem o motor e assim por diante. Qual o limite da vinculação (subordinação) lícita que a aparta daquela

1. Stephen Ross sustenta que as vendas casadas diferenciam-se de outras restrições verticais porque quase sempre envolvem o vendedor e o consumidor final do produto, enquanto as demais (exclusividade, disciplina dos preços de revenda, divisão de mercado) ligam o fornecedor e seus distribuidores (Stephen F. Ross, *Principles of antitrust law*, p. 272).
2. A obrigação de o adquirente comprar uma quantidade mínima de unidades não é normalmente entendida como venda casada, porque lhe falta um dos requisitos principais: a existência de *dois produtos* (ou de um produto e um serviço ou de dois serviços) diversos. Teríamos, então, conforme o caso, um abuso de posição dominante e/ou um abuso da dependência econômica do distribuidor.
3. Como foi a prática condenada pela Suprema Corte americana no caso *U.S. v. Loew's*, 371 U.S. 38 (1962).

anticoncorrencial? Quando haveria a incidência do disposto no inc. XXIII do art. 21 da Lei 8.884/94?⁴

Resta patente que, em qualquer julgamento que trate de vendas casadas, *haverá um “corte artificial” que distingue a vinculação normal, inerente ao produto, daquela anticompetitiva*. Essa observação leva-nos à necessidade de identificar quando temos um ou mais de um bem. Afigura-se-nos claro que um casaco com seus botões é uma coisa apenas, assim como a máquina de lavar e seu motor. Já a máquina fotográfica e o filme são dois produtos diversos. Por quê? Para fins jurídicos, qual o critério objetivo de diferenciação?

Embora essa seja questão difícil de ser resolvida,⁵ na maioria das vezes podemos assumir que estaremos diante de *apenas um produto* quando *não houver procura compensatória para ambos separados*,⁶ ou seja, quando não for proveitosa para o adquirente padrão a compra de uma coisa sem a outra. Conquanto possa haver exceções (como a moça que gostaria de colocar no casaco fecho especial), os consumidores normais não se interessariam pela aquisição de um paletó sem os botões.

Ademais, o impacto anticompetitivo da prática dependerá do poder detido pela empresa que lida com o produto principal. Por exemplo, tomemos um açougue de determinada cidade que vincule a venda da carne bovina à de carne suína. Ora, o consumidor que não se interessar pela aquisição conjunta simplesmente dirigir-se-á a outra loja. Situação bem diversa daquela em que *o açougue é o único estabelecimento* desse tipo na região e temos elevadas barreiras no caminho de novos entrantes. Nesta segunda hipótese, o mercado de venda de carne suína poderia ser fechado, prejudicando os outros

4. “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: (...) XXIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem. (...)”
5. V. Stephen F. Ross, *Principles of antitrust law*, p. 287.
6. Aproveitamos, aqui, a decisão do caso *Kodak* em que se afirmou: “[f]or service and parts to be considered two distinct products, there must be sufficient consumer demand so that it is efficient for a firm to provide service separately from parts” (*Eastman Kodak Co v. Image Tech. Svcs.*, 504 U.S. 451 (1992)).

produtores e, conseqüentemente, a concorrência; na primeira, esse efeito seria improvável.

Por tudo isso, os seguintes requisitos são normalmente postos como necessários à configuração da venda casada anticoncorrencial:

a) deve existir *um produto principal e um produto imposto* (ou seja, é necessário que haja *dois* produtos e não um, ou um bem e um serviço distintos, ou ainda dois serviços);

b) deve haver *coerção* para o adquirente do produto;

c) o fornecedor deve ser titular de certo grau de poder de mercado.⁷

Feitos esses esclarecimentos, vejamos alguns efeitos concorrenciais típicos das vendas casadas.

IX.3 A VENDA CASADA E O AUMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DO PRODUTO VINCULADO ("LEVERAGE THEORY")

A venda casada pode significar o *ganho de participação no mercado do produto vinculado*, quando o fornecedor do bem principal possui posição dominante. Por exemplo, o poderoso fabricante de copiadoras que pretende o incremento da sua participação no segmento de toner. Pensemos, ainda, no titular dos direitos de propriedade intelectual sobre um sistema operacional de computadores que visa ao aumento das vendas de seus navegadores para *Internet*, condicionando a venda do primeiro programa à aquisição do segundo.⁸

A chamada "leverage theory" (*teoria da alavancagem*), adotada em 1917 no caso *Motion Picture*,⁹ sustenta que a posição dominante no mercado do produto principal auxilia a conquista da mesma posição no mercado do produto imposto.¹⁰ Vale, aqui, transcrever o entendimento da Suprema Corte norte-americana, que fixou as premissas

7. Note-se que o segundo elemento (coerção) está relacionado à existência de poder de mercado do agente que impõe a restrição.
8. Comentando esse caso sob o prisma do direito de propriedade intelectual e o antitruste, v. Hovenkamp et alii, *IP and antitrust*. An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, p. 20-27.
9. *Motion Picture Patents v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917).
10. Ou, nas palavras de Sullivan e Grimes: "[u]nder the traditional leveraging theory of tie-ins, a seller with market power could increase the level of its return through the use of a tie-in" (*The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 402).

econômicas da condenação das vendas casadas, inspirando a doutrina e a jurisprudência até os dias de hoje.¹¹

"(...) under color of its patent, the owner intends to and does derive its profit, not from the invention on which the law gives it a monopoly, but from the unpatented supplies with which it is used, and which are wholly without the scope of the patent monopoly, thus in effect extending the power to the owner of the patent to fix the price to the public of the unpatented supplies as effectively as he may fix the price on the patented machine."

Essa pressuposição de que o agente pode lançar mão da posição no primeiro mercado para ganhar *market share* no segundo é alvo de constantes críticas, principalmente na Escola de Chicago. O trabalho de Bowman, de 1957,¹² é pioneiro nesse sentido, sustentando que o agente será capaz de impor preços típicos de monopólio somente em um dos mercados e não em ambos. Para ilustrar essa visão, tomemos o exemplo de uma empresa que detém posição dominante na fabricação de janelas e resolve vincular a venda desse produto à aquisição de vidros. Esse agente econômico sabe que o preço máximo que logra fixar para os vidros é de R\$ 10,00 em um mercado competitivo. As janelas custam R\$ 50,00 cada. Assim, o preço total seria R\$ 60,00. Melhor e mais fácil do que impor um preço superior a R\$ 60,00 pelo pacote é vender individualmente o produto principal por R\$ 50,00. Caso contrário, os consumidores tentariam obter os produtos de outras fontes, mesmo que mais distantes ou menos convenientes, alargando os limites do mercado relevante geográfico. Posner complementa a crítica dizendo que a teoria da alavancagem seria falha ao não explicar *por que* uma empresa dominante em um mercado interessar-se-ia em entrar no outro se é capaz de alcançar os lucros monopolistas atuando apenas em um deles.

11. A ênfase do julgamento estava na análise da extensão conferida pela lei de propriedade industrial: o domínio da patente de uma máquina garantiria ao agente econômico o direito de vincular a comercialização de outros produtos necessários à utilização do bem, mas não protegidos? Essa a principal questão discutida e não as vendas casadas sob a ótica da proteção da concorrência (ao contrário do que faz crer, muitas vezes, a doutrina especializada).
12. Artigo do *Yale Law Journal* citado por Laurence A. Sullivan e Warren S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 402.

O exemplo de Posner também é elucidativo: suponhamos uma empresa titular da patente de um computador, arrendando-o para seus clientes com a condição de que sejam utilizados apenas os disquetes que fabrica. Essa firma obteria, assim, a posição dominante no mercado de disquetes. No entanto, não iria auferir lucros típicos de monopólio no segundo mercado: se ela cobrasse pelos disquetes um valor acima daquele concorrencial, seus clientes iriam tomar o aumento como um incremento no preço do *leasing*. Se eles estivessem dispostos a pagar mais, a empresa poderia ter explorado diretamente sua posição dominante no mercado de computadores, sem precisar valer-se do subterfúgio da venda casada.¹³

Por essas razões, alguns autores renomados, como Pardolesi, sustentam que a teoria do *leverage* faz parte do folclore do antitruste.¹⁴ Já para outra parte da doutrina, a teoria de Bowman foi baseada em *modelos ideais de mercado* e não na realidade.¹⁵ Mesmo não conseguindo obter o domínio do segundo mercado, o agente econômico pode, valendo-se da venda casada, aumentar sua participação no mercado vinculado ou produzir outros efeitos anticompetitivos, tais como o incremento das barreiras à entrada ou a discriminação entre os adquirentes.

Assim, a teoria contra a alavancagem partiria do equivocado pressuposto de que o mercado vinculado é sempre competitivo, desconsiderando que *o agente econômico dominante no mercado principal*

13. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 312. V., também, Richard A. Posner e Frank H. Easterbrook, *Antitrust – Cases, economic notes and other materials*, p. 870 s.

14. “Laddove siano necessari due prodotti per fornire un servizio – mettiamo, tabulatrici e relative schede; macchine brevettate e sale usate nella relativa lavorazione; case prefabbricate e mutui per il loro acquisto; interventi chirurgici ed anestesia; computers e software operativo, per citare alcune fra le più significative fattispecie statunitensi – chi monopolizzi l’un bene può estrarre il profitto massimo (corrispondente a quello ritraibile dall’intero servizio) senza bisogno di trapiantare la sua situazione di forza sul versante del prodotto complementare” (Roberto Pardolesi, *Intese restrittive della libertà di concorrenza, Diritto antitrust italiano*, p. 292-293).

15. Lawrence Sullivan e Warren S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 402. Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust analysis – Problems, text, cases*, p. 706.

pode alterar a dinâmica do mercado vinculado com a sua atuação; por exemplo, introduzindo modificações de *design* que tornem seus produtos incompatíveis com os dos concorrentes.¹⁶

A prática brasileira é prenhe de vendas casadas que se fazem sentir no dia-a-dia dos consumidores. A estratégia é elementar: em vez de, simplesmente, impor a venda casada, força-se que o bem vinculado tenha alguma característica peculiar que impeça a utilização pelo consumidor de produtos concorrentes.¹⁷ Mais do que isso, muitas vezes cobre-se essa “inovação” com direitos de propriedade industrial que vedam sua reprodução por terceiros. Aí, a defesa das empresas é facilitada, a partir do momento em que a política antitruste busca não aviltar os direitos de propriedade industrial, sob pena de desestimular o progresso tecnológico.¹⁸

Um outro equívoco do raciocínio de Posner é considerar que o consumidor tomará o preço superior praticado pelo produto vinculado como aumento no preço do produto principal. Não raro – especialmente quando o produto principal é de alto custo – os consumidores podem não ter consciência do custo do seu ciclo de vida.

IX.4 FECHAMENTO DO MERCADO DO PRODUTO VINCULADO

É possível que a venda casada implique o fechamento (*foreclosure*) ou o aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, dificultando a entrada de novos agentes. Pensemos na empresa titular de patente de determinadas copiadoras, com *market share* de aproximadamente 80%. Essa empresa não vende as máquinas aos consumidores, preferindo o sistema de *leasing*, e vincula a prestação de assistência técnica “gratuita” à compra dos toners, também de sua fabricação. Nesta hipótese, os demais fabricantes de toners serão praticamente excluídos do mercado, porque os tomadores das copiadoras não terão qualquer incentivo na aquisição dos bens que oferecem.

16. Sobre a possibilidade de a alavancagem consubstanciar uma estratégia compensadora para o agente econômico, v. Michael Whinston, *Tying, foreclosure, and exclusion*, *The American Economic Review* 80/837.

17. Uma simples estrutura de encaixe, por exemplo.

18. Sobre essa intrincada questão – que não abordamos neste livro – indispensável a obra de Hovenkamp et alii, *IP and Antitrust*, especialmente capítulo 21.

IX.5 AFASTAMENTO DO CONTROLE DE PREÇOS

A doutrina norte-americana lembra que a venda casada facilita o contorno da fiscalização dos preços em mercados regulamentados. Havendo controle sobre a tarifa, o sujeito pode vincular a prestação de um serviço a outro e cobrar pelo “pacote”. Dessa forma, dificulta-se a apuração exata do custo de cada um dos serviços vendidos. O mesmo expediente pode ser utilizado quando houver o pagamento de *royalties*.

IX.6 ESCOAMENTO DE PRODUTOS DE POUCA ACEITAÇÃO NO MERCADO

A venda casada pode viabilizar o escoamento de um produto de pouca aceitação. Assim, um agente econômico, valendo-se de sua posição em um mercado, obriga o adquirente a obter de forma vinculada um outro produto que ele normalmente não adquiriria, se houvesse concorrência.

IX.7 DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS DE EMBALAGEM E DE DISTRIBUIÇÃO

A venda conjunta dos produtos principal e vinculado pode implicar diminuição dos custos de embalagem e comercialização. Trata-se de consequência geralmente benéfica das vendas casadas, desde que não produza impacto anticompetitivo.

IX.8 DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS ADQUIRENTES

A discriminação entre os compradores é outro dos efeitos que pode ser gerado pela venda casada. Pensemos em uma empresa que detém a patente de uma máquina de jateamento com esferas de vidro. A cada X horas de uso, é necessário um novo carregamento de esferas. É fato que alguns adquirentes usarão mais a máquina e outros menos, de forma que a máquina “valerá” mais para uns do que para outros. O fabricante, contudo, não pode aproveitar-se daqueles que precisam mais do bem, devendo cobrar um preço uniforme de todos.¹⁹

19. Caso contrário, poderia ocorrer “arbitragem”, ou seja, o fornecedor não conseguiria discriminar os adquirentes mediante preços diferenciados porque os adquirentes que usassem mais as máquinas fariam a aquisição por meio dos outros, que as utilizam menos. Nas palavras de Curtis Eaton e Diane Eaton, “[p]ara estabelecer

Mas se vincular a venda do equipamento à compra das esferas de vidro poderá conseguir uma compensação proporcional ao uso. Se o cliente adquirir as esferas *sempre* daquele fornecedor, este poderá pedir um preço inferior pela máquina (captando aqueles que menos a utilizam) e garantir o ganho pela venda das esferas ao cliente que mais a emprega.

A mesma estratégia para implementar a discriminação entre adquirentes, explorando o máximo possível cada classe, parece ser utilizada na venda de impressoras que se utilizam de cartuchos de tinta. As máquinas em si não possuem alto custo, de forma que mesmo os consumidores que as utilizam pouco se mostram dispostos a comprá-la. No entanto, como o preço dos cartuchos é alto, os consumidores que imprimirem mais proporcionarão maiores lucros ao fabricante. A empresa auferirá maiores lucros porque (i) vende o maior número possível de impressoras uma vez que, em virtude do menor preço, são também compradas pelos consumidores que as utilizam pouco e (ii) vende cartuchos para seus “consumidores cativos”.

Um clássico exemplo da aplicação das vendas casadas para fins de discriminação é encontrado no caso *International Business Machines Corp. v. United States*,²⁰ do ano de 1936. A IBM detinha 80% do mercado de fabricação de computadores cuja entrada de dados era feita por cartões perfurados (*tabulating machines*). Valia-se do *leasing*, praticando preços que não seriam de monopólio, mas obrigando os consumidores a usarem seus cartões perfurados (*punch cards*), pelos quais cobrava um alto preço. O *leasing* terminaria se o consumidor fizesse uso de cartões que não fossem IBM. Assim, oferecendo preços

um esquema bem-sucedido de discriminação de preços comum, o monopolista deve ser capaz de identificar diferentes elasticidades-preços da demanda e de segmentar seu mercado de acordo com isso, isolando uma porção do mercado da outra. Uma atividade empresarial, denominada arbitragem, pode minar o propósito de segmentação de mercado do monopolista. A arbitragem consiste em comprar um produto em um mercado de preço baixo e revendê-lo em um mercado de preço alto. Quando a arbitragem ocorre, a segmentação de mercado não pode ser realizada de modo efetivo” (*Microeconomia*, p. 345). Vale lembrar o conceito de arbitragem: “buying where the price is cheap to resell where the price is high” (Massimo Motta, *Competition policy: theory and practice*, p. 304).

20. 298 U.S. 131 (1936).

baixos pelos computadores, atraía os consumidores para quem o bem não teria tanta utilidade, ao passo que forçava aqueles que mais se serviam das máquinas a pagarem preço mais elevado. Destaque-se que a IBM não conseguiria discriminar os adquirentes mediante preços diferenciados.²¹ Quanto ao argumento de que a vinculação seria indispensável à manutenção da qualidade do produto, a Corte entendeu que outras empresas estavam aptas a fabricar cartões compatíveis com as máquinas IBM, atingindo suas exigências de qualidade.

Na discriminação, o propósito do agente não é o domínio ou ganho de participação no mercado do produto vinculado (embora isso também possa ocorrer), mas *a exploração do adquirente e o aumento de seus lucros*. Ademais, a possibilidade de efetivar esse tipo de discriminação depende do grau de poder econômico do agente no mercado do produto principal.²²

IX.9 SEGURANÇA DA QUALIDADE DO PRODUTO

Talvez a alegação de necessidade de manutenção da qualidade seja a defesa mais utilizada na venda casada. Como exemplo, tome-mos móveis de madeira que, se instalados com desídia, apresentarão deformações. Pode ser conveniente para o fabricante assegurar que o bem que vende não originará problemas futuros e, para tanto, preferir impor ao consumidor a instalação por seus profissionais. A realidade demonstra, entretanto, que os Tribunais estrangeiros (e mesmo o Cade, quando julgou o caso Xerox)²³ não costumam acatar tal defesa *quando a qualidade do produto ou do serviço poderia ser garantida de outras formas*. Uma delas é o estabelecimento dos requisitos mínimos (e razoáveis) a serem cumpridos por terceiros independentes que pretendem fornecer o produto ou serviço, asseverando sua qualificação técnica. Lembremos-nos que, no caso Kodak, a argumentação da necessidade de manutenção da qualidade do produto foi afastada quando comprovou-se que os agentes independentes prestavam serviços de

21. Em função da arbitragem, acima explicada.

22. Cf. Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust analysis – Problems, text, cases*, p. 708.

23. Processo Administrativo 23/91.

manutenção das copiadoras Kodak com eficiência. O mesmo ocorreu no caso IBM, porque havia terceiros que também poderiam fabricar os cartões perfurados utilizáveis nas *tabulating machines*.

IX.10 DISFARCE DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

A venda casada pode encobrir preços predatórios, com a utilização, inclusive, de subsídio cruzado; ao efetuar a venda conjunta, dificulta-se a comprovação de preços abaixo do custo ou mesmo a sua comparação com aqueles de mercado.²⁴ Ademais, a empresa dominante em um setor pode decidir praticar o preço predatório naquele do produto vinculado, *aplicando o lucro monopolista para subsidiar o preço do produto subordinado que enfrenta concorrência*.

IX.11 COMPROMETIMENTO DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

No entender de Grimes (grande crítico da visão chicaguiana defensora da legalidade *per se* dos acordos verticais), as vendas casadas podem prejudicar o consumidor (“reduce consumer demand quality”) porque (i) dificultam o processo de escolha do adquirente, demandando-lhe maiores informações para efetuar a compra, e (ii) embaraçam a consciência de custo do consumidor, na medida em que um preço único é cobrado pelo “pacote”.²⁵ Na medida em que há prejuízo para o consumidor, pode também haver prejuízo concorrencial.

IX.12 A VISÃO NORTE-AMERICANA DAS VENDAS CASADAS. O CASO KODAK

Muito embora alguns autores norte-americanos entendam que o caso Kodak,²⁶ julgado pela Suprema Corte em 1992, “has probably been the most useless and harmful antitrust decision” ligado ao período pós-Chicago, não podemos nos furtar a sua análise, até por que se trata realmente de um divisor de águas e suas conclusões são aplaudidas por parte da doutrina norte-americana e mesmo européia.

24. Cf. Thomas E. Sullivan e Jeffrey L. Harrison, *Understanding antitrust and its economic implications*, p. 185.

25. Warren S. Grimes, *Antitrust tie-in analysis after Kodak: understanding the role of market imperfections*, *Antitrust Law Journal* 62/273.

26. *Eastman Kodak Co v. Image Tech. Svcs.*, 504 U.S. 451 (1992).

As vendas casadas são proibidas nos Estados Unidos pelo disposto no art. 3.º do Clayton Act. Ao mesmo tempo, podem compor o suporte fático do art. 1.º do Sherman Act ou do art. 5.º do FTC Act. Indubitavelmente, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas são as que mais contribuíram para o desenvolvimento da teoria jurídica e econômica das vendas casadas. Mas essa evolução, como quase sempre ocorre no antitruste, é marcada por modificações de orientação ao sabor do momento histórico e político. O principal ponto gravita em torno da diferenciação entre o *uso* e o *abuso* da posição dominante licitamente conquistada. Hoje, parece ser consenso que a imposição de uma venda casada consubstancia *abuso* da posição dominante. No entanto, essa tendência nem sempre ficou tão evidente. Em 1912, A. B. Dick autorizava o uso de sua patente para um tipo de mimeógrafo ("stencil-duplicating machine"), desde que a pessoa utilizasse o papel, a tinta e outros insumos por ela fornecidos. Essa restrição foi considerada legal em julgamento por apertada maioria. Contudo, em 1917, o direcionamento foi mudado. Entendeu-se ilegal a imposição efetuada por uma empresa que detinha a patente de um projetor para que os usuários se valessem exclusivamente dos filmes também patenteados.²⁷

Durante o governo Reagan, quando a Escola de Chicago atingiu seu ápice, as vendas casadas foram tratadas com complacência.²⁸⁻²⁹ Em 1984, no caso *Jefferson Parish*,³⁰ a Suprema Corte, embora sustentando unanimemente a licitude da prática de um hospital de impor aos pacientes os serviços de anestesistas ligados à determinada sociedade

27. *Motion Picture Patents v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917).

28. Cf. Lawrence Sullivan e Warren S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*, p. 428.

29. Para uma análise mais completa da evolução norte-americana sobre as vendas casadas, devem-se analisar os seguintes casos: *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 92 (1947); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958); *Fortner Enterprises v. United States Steel (Fortner I)*, 394 U.S. 495 (1969); *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610 (1977); *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

30. *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

com quem mantinha contrato de exclusividade, dividiu-se quanto à superação da condenação *per se* das vendas casadas. Foi ela reiterada, ao menos formalmente.

Atualmente, as vendas casadas nos Estados Unidos estão em um *momento de indefinição*, tendo em vista o precedente colocado no caso Kodak.

A Kodak fabricava e vendia copiadoras, não detendo posição dominante no mercado entremarcas. Ao contrário, enfrentava acirrada concorrência de outras empresas, em especial, da Xerox e da Canon. Além de copiadoras, a Kodak comercializava as respectivas peças de reposição; algumas fabricadas por ela própria, outras por terceiros, sob encomenda. A Kodak prestava ainda serviços de manutenção das máquinas. Algumas empresas independentes ("independent service organizations", chamadas de "ISOs") executavam esses mesmos serviços por preços inferiores. Nessa atividade, empregavam peças de reposição feitas pela Kodak ou por terceiros autorizados. A Kodak, então, começou a impedi-los de fornecer para as ISOs. Paralelamente, passou a vender peças somente para quem utilizasse seus serviços de manutenção. Com isso, as ISOs ficaram impedidas de atuar no mercado.

Em que medida a atitude da Kodak consubstancia venda casada ilícita entre a prestação de serviços de manutenção e a venda de peças? A Kodak deteria posição dominante em um mercado a jusante (*aftermarket*) mesmo não possuindo posição dominante no mercado a montante (de copiadoras)? A prestação de serviços de manutenção para máquinas Kodak deveria ser vista como um mercado relevante em si? Eis as questões essenciais discutidas.

A Kodak argumentava que não havia dois mercados (prestação de serviços e fabricação de máquinas), mas apenas *um* mercado e *um* produto, porque a prestação de serviços não poderia ser considerada de forma autônoma. Tanto que, se aumentasse o preço do serviço, perderia muito na venda de máquinas. Por essa razão, afirmar que a Kodak dominaria o mercado de prestação de serviços de manutenção de suas máquinas não faria "o mínimo sentido econômico". Sustentou, ainda, que a estratégia adotada era excelente e aumentava a concorrência entremarcas. Afinal, o preço maior cobrado pelos serviços pro-

piciaria a diminuição no preço das copiadoras e, conseqüentemente, acirramento da competição entre as três principais fabricantes.

A Corte, entretanto, refutou um a um esses argumentos. Primeiramente, entendeu que a Kodak não iria perder todas as suas vendas se elevasse o preço de seus serviços. *Haveria um meio-termo ótimo e compensatório, que poderia ser encontrado.* Ademais, se fosse verdadeiro o raciocínio da Kodak de que aumentar o valor dos serviços diminuiria as vendas, deveria incentivar o trabalho das ISOs que, afinal, barateavam os preços. Não o fez, tanto que as deixou sem condições de continuar suas atividades econômicas.

Os julgadores apontaram que o aumento do preço dos serviços não implicaria proporcional diminuição das vendas, porque a *informação sobre o ciclo de vida das copiadoras não é facilmente obtida pelo consumidor*, envolvendo muitas variáveis. Esse efeito também não ocorreria porque os consumidores de copiadoras são cativos, estão trancados (*locked in consumers*): ora, essas máquinas são de elevado custo e não costumam ser “descartadas” pelas pessoas, de forma que podem ser exploradas nos serviços de manutenção. *O abuso é viável porque o consumidor está obrigado a se valer dos serviços prestados pela empresa que impõe a venda casada.* Por fim, o argumento da qualidade do produto também não merecia ser acatado, porque se comprovou que alguns consumidores utilizaram-se dos serviços da Kodak, mesmo preferindo aqueles das ISOs. Em conclusão, decidiu-se que a Kodak realizara uma venda casada ilícita entre a prestação de serviços de manutenção de suas copiadoras e as peças de reposição.

O mais interessante, porém, é atentar para a *estreita definição do mercado relevante e a afirmação de que a Kodak, mesmo possuindo menos de 20% do mercado de copiadoras, seria titular de posição dominante no mercado a jusante.*

A doutrina norte-americana sustenta unanimemente que as vendas casadas estão sujeitas a uma proibição *per se*. No entanto, somente serão consideradas ilícitas se preencherem os seguintes requisitos: (i) existência de dois produtos; (ii) coerção para o adquirente;³¹ e (iii)

31. No caso *United States v. Loew's* (371 U.S. 38, 1962), decidiu-se que o poder de mercado deve ser presumido quando o produto principal é protegido pela

posição dominante do fornecedor. Assim, como se pode perceber, a própria subsunção do ato à ilicitude *per se* demanda profunda pesquisa sobre o caso concreto. Isso faz com que o método de análise afaste-se daquele tradicionalmente ligado às infrações *per se*, permitindo uma investigação mais ampla.³²⁻³³

IX.13 A VISÃO EUROPÉIA DAS VENDAS CASADAS

As vendas casadas são consideradas no âmbito do Tratado CE tanto como acordo restritivo da concorrência como abuso de posição dominante, estando expressamente previstas nos arts. 81 e 82. A atual visão, em especial nos contratos da distribuição, parece ter incorporado parte das lições americanas, adaptando-as às necessidades do Velho Mundo.

A principal preocupação reside nos sistemas de *marca única*, ou seja, quando há a obrigação ou um regime de incentivos que obriga o comprador a abastecer-se junto a apenas um fornecedor.³⁴ As vendas casadas e a exclusividade, nesse ponto, se entrecruzam.

lei de propriedade industrial ou por direitos autorais. Discutia-se a legalidade de “pacotes” para a venda de filmes para televisão, de forma que o adquirente não poderia escolher aqueles que mais lhe interessassem, mas deveria aceitar a vinculação de fitas de maior sucesso com outras de menor penetração. O fato de que havia outros títulos e programas no mercado não afastou a conclusão pela ilicitude. Sobre as posteriores modificações dessa presunção, v. Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*, p. 400, para relação de casos julgados pelas Cortes inferiores. Vale transcrever o resumo de Hovenkamp: “Courts have traditionally presumed a seller’s market power in the tying product when the product is patented or copyrighted. A few courts give the same presumption when the tying product is trademarked. In most cases courts regard the presumption as reputable, and there is a strong recent trend away from the presumptions”.

32. Para Stephen Ross “a structured rule of reason would better describe the judicial practice in these cases” (*Principles of antitrust law*, p. 296).

33. Vale ainda destacar a decisão do D.C. Circuit no caso *Microsoft*, entendendo que a proibição *per se* não deve ser aplicada a hipóteses de *technical bundling* (pacote tecnológico), resultante da integração entre *software* interativo e operativo – o correto seria proceder à análise conforme os parâmetros da regra da razão (Cf. Comentários de Roberto Pardolesi e Cristoforo Osti, *Disciplina delle concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti*: una convergenza difficile. Cópia fornecida pelo autor).

34. Pode impor-se que a compra dos produtos da marca do fornecedor se dê junto a terceiros, que os fabricam com a autorização daquele.

A resposta europeia para a questão da existência ou não de produtos distintos segue na linha do que já expusemos: deve-se levar em consideração a procura dos compradores em geral. “Dois produtos são distintos se, na ausência de subordinação, na perspectiva do comprador, estes produtos são por ele comprados em dois mercados diferentes.” O exemplo trazido pelas *Guidelines* são os sapatos vendidos com cadarços: por ser um hábito a compra com cadarços, não se trata de dois, mas de um só produto.

O mais importante efeito concorrencial negativo da venda casada é, para a burocracia europeia, o fechamento do mercado do bem subordinado. Ademais, a vinculação pode igualmente conduzir a preços supracompetitivos, especialmente em três situações: (i) quando o produto principal e o produto vinculado são parcialmente substituíveis para o comprador; (ii) quando a subordinação permite uma discriminação de preços consoante a utilização que o cliente faz do produto vinculado, por exemplo, a subordinação de cartuchos de tinta à venda de fotocopiadoras; e (iii) nas hipóteses de contratos de extensa duração ou de prestação de serviços pós-venda de equipamentos originais que só serão trocados a longo prazo, torna-se difícil para os clientes calcularem as consequências da subordinação.

Comungando da idéia de que a venda casada tende a não ser perniciosa quando o fornecedor não é titular de excessivo poder, o Regulamento 2.790/99 isenta em bloco a estipulação nos casos em que a quota do fornecedor no mercado do produto principal e no mercado do produto vinculado não exceder a 30%. Admite-se, ainda, a conjugação da venda casada com outras restrições verticais não consideradas graves, tais como obrigações de não-concorrência, de compra de determinada quantidade do produto principal ou mesmo a compra exclusiva.

Na mesma toada, entende-se que, enfrentando o fornecedor efetiva concorrência no mercado principal, não é provável a produção de efeitos perniciosos, porque os adquirentes dispõem de alternativas suficientes para comprarem os produtos de forma desvinculada, a não ser que outros fornecedores valham-se de um sistema de vendas casadas semelhante.

IX.14 AS VENDAS CASADAS NOS ACORDOS VERTICAIS

As vendas casadas assumem contornos especiais quando analisadas no contexto dos acordos verticais. Quanto aos efeitos anticoncorrenciais, dois pontos merecem especial relevo: (i) o fechamento (*foreclosure*) do mercado do produto subordinado e (ii) o abuso de posição dominante do fornecedor em relação a seus distribuidores.

IX.15 FECHAMENTO DO MERCADO DO PRODUTO VINCULADO NOS CONTRATOS DA DISTRIBUIÇÃO

Pensemos na seguinte situação: o único fornecedor de carne bovina de determinada região mantém uma rede de distribuidores impondo, para cada um, lista de clientes exclusivos (divisão de mercado). Decide, então, vender carne bovina aos integrantes da rede apenas se adquirirem concomitantemente carne de frango, cuja produção acabou de iniciar. A lógica do fornecedor parece simples: como os intermediários estão obrigados a comprar a sua carne bovina, aproveitará a situação para forçá-los a comprar, também, a carne de frango que oferece. Os distribuidores vir-se-ão compelidos a ficar com o produto vinculado e, provavelmente, sujeitarão os clientes da “lista exclusiva” ao consumo obrigatório. Os outros produtores de carne de frango da região terão seu mercado “fechado” por nosso fornecedor.

Seguindo o exemplo, a situação será diversa se o fornecedor enfrentar concorrência no mercado de carne bovina. Dependendo do tipo de contrato que mantiver com seus distribuidores, logrará até impor-lhes a venda casada. Mas os açougues e restaurantes, muito provavelmente, terão condições de não se sujeitar à vinculação e, com isso, optar pela aquisição apenas da carne bovina; o mercado não estará fechado aos outros distribuidores de frango. Aliás, a estratégia de imposição da venda casada não parece racional, na medida em que pode compelir à busca de outros fornecedores ou fazer naufragar as vendas e o sistema de distribuição do produto.

Ou seja, o fechamento ou não do mercado do produto vinculado, quando tratamos de acordos verticais, dependerá do *poder econômico* detido pelo fornecedor do produto principal, bem como do *grau de neutralização da concorrência entre os distribuidores da mesma marca* (intramarca).

Outro exemplo elucidativo, do qual já nos valem no capítulo III, refere-se ao caso *Atlantic Refining Co. v. Federal Trade Commission*,³⁵ julgado pela Suprema Corte americana no ano de 1965. *Atlantic Refining Co.* era a maior produtora e distribuidora de gasolina e de derivados de petróleo (*oil products*) na costa leste norte-americana. Acordou com a *Goodyear Tire e Rubber Co.*, maior fabricante americana de produtos de borracha, um sistema de incentivo às vendas de pneus, baterias e acessórios (“TBA”) para vários de seus distribuidores. A *Atlantic* ficaria responsável pela promoção das vendas dos produtos da *Goodyear* aos distribuidores e pela assistência na revenda, recebendo, em contrapartida, uma comissão sobre todas as vendas efetuadas. As investigações conduzidas pela *Federal Trade Commission* indicaram que haveria *coerção sobre os distribuidores* e que muitos deles teriam recebido *ameaças de corte de fornecimento* se não aceitassem comprar pneus, baterias e acessórios da *Goodyear*.³⁶ A Suprema Corte corroborou o entendimento da FTC no sentido de que essa obrigação de compra vinculada seria semelhante a uma operação de venda casada, ou seja, o “clássico exemplo de uso de poder econômico em um mercado para destruir a concorrência em outro”.³⁷

IX.16 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE DO FORNECEDOR EM RELAÇÃO A SEUS DISTRIBUIDORES. UMA SITUAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA?

Tal como ocorre com os consumidores nas vendas casadas em geral, aquelas operadas no seio dos acordos verticais podem significar um abuso de poder do fornecedor em face de seus distribuidores. Por óbvio, inicialmente deveremos concluir se há ou não posição dominante do fornecedor sobre a sua rede. Mas é também possível considerar a existência de uma posição de *dependência econômica* do distribuidor em relação ao fornecedor e, assim, vislumbrar o abuso dessa posição.

35. *Atlantic Rfg. co. v. FTC.*, 381 U.S. 357 (1965).

36. “Atlantic dealers have been orally advised by sales officials of the oil company that their continued status as Atlantic dealers and lessees will be in jeopardy if they do not purchase sufficient quantities of sponsored tires, batteries and accessories.”

37. No original: “(...) the classic example of the use of economic power in one market to destroy competition in another”.

Em linhas gerais, os efeitos produzidos pela venda casada no âmbito interno do contrato de distribuição serão os mesmos daqueles sentidos nas vendas aos adquirentes finais. Mas há uma particularidade que deve ser considerada e que é de extrema relevância para caracterizar o abuso da dependência econômica. Na hipótese de venda direta aos consumidores finais, a doutrina é unânime ao afirmar que as vendas casadas podem diminuir seu direito de escolha, ao mesmo tempo em que dificultam a consciência do preço de cada um dos produtos que acabaram vinculados. São significativas e irônicas, a esse respeito, as palavras de Stephen Ross:

“To illustrate, consider a variation on a tied sale – the common practice of allowing only one beer company to sell overpriced beer at baseball games. If Richard Posner were to think about venturing from his chambers up to Wrigley Field, he might carefully consider in advance the ticket price and the number of beers he anticipated consuming, and then decide whether the outing was worthwhile. Most of us, however, are likely to decide first whether we can afford the ticket; once we get in the stadium and are hot and thirsty, we will go ahead and buy the beer, even though, had we considered the full cost of the day’s activity, we might have stayed home. We would prefer competition among beer vendors”.³⁸

Essa jocosa citação nos faz pensar que, muitas vezes, os consumidores finais não costumam ponderar todas as variáveis constantes na operação e, também, nos dá uma idéia muito clara dos custos envolvidos no ciclo de vida do produto adquirido.

No entanto, os distribuidores costumam ser mais “racionais” do que os consumidores finais ou, pelo menos, o padrão de homem ativo e probo aplicável aos empresários autorizar-nos-á presumir um maior conhecimento dos bens comercializados do que aquele normalmente encontrado nos hipossuficientes.³⁹ Essa diferença entre os adquirentes comuns e os distribuidores não pode ser desprezada.

38. Stephen F. Ross, *Principles of antitrust law*, p. 283.

39. Sobre essa presunção, v. Paula A. Forgioni, A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil, *Revista de Direito Mercantil* 130/7 e s.

Mas a existência da situação de dependência econômica do distribuidor pode fazer com que a venda casada imposta pelo fornecedor seja abusiva, se não reverter a bem do sistema de distribuição. Assim, valem aqui as advertências que lançamos no capítulo sobre a dependência econômica (capítulo X), reiterando que é possível que a venda casada configure a incidência do art. 20 da Lei Antitruste quando praticada contra os distribuidores.

IX.17 DIMINUIÇÃO DA CONCORRÊNCIA ENTREMARCAS NOS ESTABELECIMENTOS REVENDEDORES

A imposição de vendas casadas aos distribuidores, quando estes atuam diretamente junto aos consumidores finais, pode implicar a *diminuição da concorrência entremarcas nos pontos-de-venda*. Esse efeito não deixa de estar ligado ao fechamento do mercado para os concorrentes, mas apresenta também viés marcadamente europeu e apontado quando analisamos as cláusulas de exclusividade: *a preocupação com a concorrência no ponto de distribuição*. Como ressaltado,⁴⁰ a concorrência no ponto-de-venda pode ser fator determinante para o estabelecimento de efetiva concorrência entremarcas.

40. V. item VI.7.

Capítulo X

RESTRIÇÕES VERTICAIS E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

SUMÁRIO: X.1 Acordos verticais e dependência econômica – X.2 Repressão ao abuso da dependência econômica e eficiência do sistema. Proteção do mercado concorrencial – X.3 Os custos idiossincráticos e os acordos verticais: um fator de aumento do grau de dependência econômica – X.4 Definição da situação de dependência econômica – X.5 Dependência econômica na Alemanha – X.6 Dependência econômica na França – X.7 Dependência econômica na Itália – X.8 Dependência econômica no Brasil – X.9 Denúncia imotivada do contrato de distribuição. Aspectos de direito concorrencial: X.9.1 Denúncia imotivada do contrato de distribuição e os prejuízos à concorrência entremarcas; X.9.2 Denúncia imotivada do contrato de distribuição e os prejuízos à concorrência intramarca; X.9.3 Término do contrato de distribuição e a exploração dos consumidores na prestação de serviços pós-venda. Prejuízo à concorrência entremarcas e intramarca.

X.1 ACORDOS VERTICAIS E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

É comum os acordos verticais encerrarem relação de poder desequilibrada, uma das partes sobrepondo-se à outra.¹⁻²⁻³ Na maioria das vezes, essa pujança caracteriza o fornecedor, porém não é raro encontrarmos

1. A doutrina destaca essa sujeição. Primeiramente, v. José Alexandre Tavares Guerreiro, Aplicação analógica da lei dos revendedores, *Revista de Direito Mercantil* 49/35 e s. e também Bulgarelli: “Vê-se pois que o *franchising* atua muito mais como forma de dominação do mercado e inclusive de controle dos distribuidores do que como simples técnica nova de venda, aliás, como até quase ingenuamente se tem visto no Brasil” (Waldírio Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p. 484). Para Calixto Salomão Filho, “[o] concorrente, exatamente como o consumidor, não é objeto imediato de tutela do direito concorrencial – seus interesses são protegidos através da proteção da ordem concorrencial. A proteção direta dos interesses dos concorrentes através do direito antitruste deve ser objetada tanto na esfera abstrata quanto na esfera concreta” (*Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise jurídica*, p. 103). Resumo da doutrina francesa que também aponta a existência de dependência nos contratos de distribuição é feito por Georges Virassamy e Martine Behar-Touchais, *Les contrats de la distribution*, p. 184 e s.