

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 08012.001182/1998-31**

Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda.

Advogado: Frederico Ribeiro.

Representada: Microsoft Informática Ltda.

Advogados: Ubiratan Mattos, João Berchmans C. Serra, Beatriz Tavares Barrionuevo e outros.

Relator: THOMPSON ALMEIDA DE ANDRADE.

Data de publicação do Acórdão: 18.02.2005.

EMENTA

Processo Administrativo. Representação apresentada pela Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. contra a Microsoft Informática Ltda. acusando a empresa de práticas infrativas à legislação antitruste brasileira. Artigo 20, incisos I e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, VI e XXIII, da Lei nº 8.884/94. Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, criação de dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente, impedir o acesso de concorrente aos canais de distribuição e venda casada. Não configuração das práticas denunciadas. Encaminhamento de cópia dos autos ao Tribunal de Contas da União - TCU e ao Ministério Público Federal. Determinação à SDE de abertura de averiguações preliminares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, determina o arquivamento do processo, assim como, o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, para verificação de eventual ilegalidade praticada pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal na compra, por inexigibilidade de licitação, de 360 mil cópias do aplicativo financeiro Money da Microsoft e da provável ilegalidade, apontada no parecer da Profª Isabel Vaz (fls. 2.490/2.511), de fazer constar nos contratos a definição dos valores da compra em moeda estrangeira. Determinaram, ainda, à Secretaria de Direito Econômico, a abertura de averiguações preliminares para apurar os efeitos sobre a concorrência das práticas denunciadas pela Representante às fls. 1.941/2.007 e 2.046/2.049 dos autos (impedir o desenvolvimento de softwares de terceiros). Participaram do julgamento o Presidente do CADE João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira e Luiz Alberto Esteves Escalope. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília, 19 de maio de 2004 (data de julgamento – 322ª SO).

THOMPSON ANDRADE

Conselheiro-Relator

JOÃO GRANDINO RODAS

Presidente do Conselho

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR**THOMPSON ALMEIDA DE ANDRADE****I – DA CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS**

A abertura do presente processo administrativo contra a Microsoft Informática S.A., determinada pelo Despacho nº 97, de 15 de abril de 1998, do Secretário da SDE, visou investigar a adoção pela representada das condutas elencadas nos artigos 20, incisos I e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, VI e XXIII, da Lei nº 8.884/94, estes últimos transcritos abaixo:

“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:

(...)

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

(...)

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;”

Factualmente, as condutas adotadas pela Representada que produziram os efeitos acima são as seguintes:

1. inclusão do software de gerenciamento financeiro “Money 97” no pacote de aplicativos denominado “Microsoft Office for Small Business 97” (“SBE Office”), o que poderia caracterizar venda casada (inciso XXIII do artigo 21);
2. venda de 250 mil cópias ao Banco do Brasil e 110 mil cópias à Caixa Econômica Federal do software gerenciador financeiro “Money 97”, o que teria restringido a entrada de outros concorrentes no mercado (incisos IV e V do artigo 21);
3. restrição ao acesso dos produtos concorrentes aos maiores distribuidores nacionais de software, que são também distribuidores da Microsoft (incisos V e VI do artigo 21);

II – MERCADO RELEVANTE

O produto relevante, objeto das condutas em análise, foi definido pela SDE como o de aplicativos desenvolvidos para operar sobre a plataforma *Windows* (sistema operacional), destinados ao controle financeiro de usuários domésticos e de pequenas empresas. Quanto à dimensão geográfica entendeu a SDE que esta se restringe às fronteiras do território nacional”em razão das limitações de idioma e especificidades do sistema financeiro do país”.

A SEAE, igualmente, definiu o mercado relevante como o de “ *softwares* aplicativos financeiros, com dimensão geográfica mundial, pois não há restrições à entrada no país de *softwares* desenvolvidos em outros países (como o “Quicken” e o próprio Money) compatíveis com o *Windows* , e também não há impedimento à comercialização de *softwares* nacionais no mercado internacional”.

Relativamente à definição do produto relevante não restam dúvidas de que as condutas investigadas visam produzir efeitos no mercado de *softwares* de gerenciamento financeiro desenvolvidos para o ambiente *Windows*, o qual adoto como o mercado de produto relevante, em concordância com a SEAE e a SDE.

Quanto ao mercado geográfico relevante, considero que este se restringe às dimensões do território nacional, conforme sustentou a SDE. Além dos argumentos levantados pela SDE (limitações de idioma e especificidades do sistema financeiro do país), considero que a definição e implementação de uma estratégia de distribuição e *marketing* voltada para o mercado nacional constitui-se numa condição *sine qua non* para concorrer no país. Exemplo disso é o fato do gerenciador financeiro Quicken, da Intuit, líder de mercado nos EUA com participação de 70 a 80% nos anos de 1994 a 1998, não ter alcançado fatia significativa do mercado nacional. Desse modo, considero mais adequada a delimitação geográfica do mercado relevante como restrita ao mercado nacional.

A Microsoft detém posição dominante neste mercado, através das vendas do Money, com participações superiores a 80% nos anos de 1995 a 1997, conforme mostra a tabela abaixo. Outros ofertantes neste mercado são as empresas nacionais Paiva Piovesan Engenharia e Informática Ltda., com o Finance, a Setape Informática e Comércio Ltda., com o Presto, e a Sankhya Tecnologia em Sistemas, com o Caixa Forte. A norte-americana Intuit, que, em 1997, ofertou no país o gerenciador financeiro Quicken(1), deixou realizar vendas no mercado brasileiro a partir de 1998.

Nota:

(1) Desenvolvido originalmente para o mercado norte-americano e adaptado para comercialização no Brasil, a exemplo do Money da Microsoft.

Estrutura de Oferta no Mercado Nacional de Aplicativos Financeiros - 1994 a 1998

(% em unidades vendidas)

ANO	1994	1995	1996	1997	1998*
Money	0	83,86	97,67	82,08	62,67
Finance	100,00	16,14	0,80	2,10	1,17
Presto	0	0	0,35	11,05	34,99
Caixa Forte	0	0	1,18	0,55	1,17
Quicken	0	0	0	4,22	0
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

* não inclui o ano inteiro.

Fonte: Parecer da SDE (fl. 2.274), elaboração CADE.

III – OUTRAS CONDUTAS DENUNCIADAS

Outras práticas denunciadas – indução subconsciente para aquisição dos produtos Microsoft, devido à veiculação, no momento da inicialização do computador, do nome “Microsoft” e dificuldade para estabelecer parcerias com grandes bancos, “supostamente”, devido a pressões da Microsoft – não configuram infração à ordem econômica. Não há nos autos qualquer informação que apresente indícios de que tenham ocorrido pressões ilegais da Microsoft sobre os bancos para a afastar concorrentes. Tampouco configura ilícito colocar a marca “Microsoft” nos programas por ela desenvolvidos, notadamente no sistema operacional “Windows”.

Na fase final da instrução do processo, três outras denúncias foram encaminhadas pela Representante, quais sejam:

1. impedir o desenvolvimento de *softwares* de terceiros, ou seja, de novos aplicativos em português, a partir da disponibilização de uma nova ferramenta para a instalação de programas no *Windows 2000*, denominada “Visual Studio Installer”, que “não permite a criação de instruções de instalação em português ou em qualquer outra língua que não o inglês”,
2. inclusão, exclusivamente no “Office”, de objetos de programação que permitem a geração de programas para a Web (internet). Assim, somente o adquirente de uma cópia do “Office” pode ter acesso a estas novas linguagens de programação;
3. prática de preços predatórios, apresentando dados revelando que os preços do Money nos distribuidores foram reduzidos de US\$ 20,25, em 1995, para US\$ 19,51, em 1996, US\$ 16,08, em 1997, e US\$ 26,37 em 1998, sendo que aos usuários finais os preços evoluíram de US\$ 53,01, em 1997, para US\$ 56,80, em 1998, US\$ 58,22, em 1999, e US\$ 38,31, em 2000.

As duas primeiras condutas, acima indicadas, dizem respeito a situações que criam dificuldades para a atividade dos desenvolvedores de aplicativos que operam sobre a plataforma “windows”. A SDE não promoveu qualquer investigação acerca destas condutas. Somente no parecer da Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos do DPPE, às fls. 2.188/2.231, sugere-se que “os fatos novos trazidos aos autos pela Representante devem ser apurados em procedimento próprio, uma vez que fogem do objeto do presente processo administrativo”.

Concordando com a CGAJ/DPDE, entendo que somente uma instrução mais detalhada poderá verificar se estas condutas limitam ou restringem, de forma ilegal, a entrada e o desenvolvimento de concorrentes nos diversos mercados de *softwares* aplicativos, caracterizando-as como infrações à ordem econômica. Sendo assim, sugiro a abertura, no âmbito da SDE, de averiguações preliminares para a apurar os efeitos destas práticas sobre a concorrência.

Quanto à denúncia de preços predatórios, entendo que os preços informados pelo Representante não indicam a ocorrência de preços predatórios por 3 razões: em primeiro lugar, porque embora os preços do Money aos distribuidores, determinados pela Microsoft, tenham sido reduzidos seguidamente de 1995 a 1997, sendo elevados apenas no ano de 1998, os preços cobrados aos usuários finais, fixados pelas revendas, não acompanharam estas reduções. De fato, os preços praticados pelas revendas experimentaram aumentos sucessivos até 1999, vindo a cair somente no ano de 2000. Constatase, portanto, que as revendas não acompanharam as variações de preço praticadas pela Microsoft, o que indica que efetivamente não houve fixação de preços de revenda do Money, conforme informado nos autos pela própria Microsoft. Este fato, por si só, inviabiliza qualquer estratégia predadora, já que revendas mantiveram os preços aos consumidores em patamares elevados, provavelmente ampliando suas margens de comercialização. Ademais, a partir do mês de julho de 1998 e nos anos seguintes as vendas do Money caíram substancialmente, conforme informou a Representada às fls. 360/361 e 2.572(2), revelando ser implausível a possibilidade de recuperação de prejuízos decorrentes de preços predatórios.

Nota:

(2) Segundo informaram a Requerentes, os dados de fls. 360/361, excluem as vendas pelo sistema "OEM", as quais foram incluídas nos dados juntados à fl. 2.572.

Em segundo lugar, a comprovação do preço predatório nos mercados de *software* é extremamente difícil. Conforme definição dada pela Resolução CADE nº 20, de 09 de junho de 1999, o preço predatório consiste na "prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista". Entretanto, os custos de reprodução do programa (cópia), após o desenvolvimento do *software*, são desprezíveis. Quando se trata de *softwares* desenvolvidos em outros mercados geográficos e adaptados para o mercado nacional, como é o caso do Money, os custos envolvidos nas atividades de concepção, desenvolvimento do *software* já foram cobertos na comercialização do produto em outros mercados. Nestas circunstâncias torna-se praticamente impossível a avaliação real das condições efetivas de custo. Por outro lado, o comportamento dos preços ao longo do tempo, como visto acima, não sinaliza para a necessidade de análise detalhada de custos, já que não revela indícios de que tenha ocorrido queda de preços aos consumidores ou vendas abaixo do custo.

Em terceiro lugar, a adoção racional de uma política predatória em preços pressupõe que a empresa infratora tenha capacidade para manter antigos e novos ofertantes fora do mercado após o período de predação. Desta forma, após o afastamento dos concorrentes, poderá recuperar os prejuízos causados pela manutenção dos preços abaixo dos custos com a sua elevação posterior. Entretanto, em razão das características do produto (*software* de gerenciamento financeiro) são reduzidas as possibilidades de bloqueio à entrada de novos ofertantes, já que empresas que ofertam este produto em outros países ou antigos concorrentes, os quais constituem-se em concorrentes potenciais, podem ingressar no mercado atraídos pela elevação dos preços após o período de predação, sem grandes custos de adaptação e atualização do *software*.

Deve-se ressaltar que embora um concorrente tenha saído do mercado brasileiro em 1998 (a Intuit, fabricante do Quicken, líder do mercado nos EUA) – talvez pelo esgotamento do mercado acarretado pela distribuição gratuita de 360 mil cópias do Money pelos bancos oficiais – também a própria Microsoft deixou de atualizar o Money desde 1998, praticamente abandonando este mercado.

Em face dos argumentos acima, considero desnecessário o aprofundamento da investigação para apurar a alegada prática de preços predatórios.

A seguir, descrevo e analiso, de forma sucinta, as principais conclusões e sugestões feitas pelos órgãos instrutores acerca das condutas objeto do despacho que instaurou o presente processo administrativo.

IV – ANÁLISE DOS EFEITOS DAS CONDUTAS INVESTIGADAS SOBRE A CONCORRÊNCIA

IV.1 – Venda Casada

Conclusões dos Órgãos Instrutores e dos Pareceristas

A SEAE se manifestou no processo afirmando que a inclusão do Money em pacotes promocionais da Microsoft não se caracteriza em venda casada pelo fato de que era possível a aquisição separada de cada um dos produtos incluídos nesses pacotes nos revendedores e lojas especializadas. Argumentou, também, que "quem adquire o *software* básico "Windows" não é compelido a comprar o "Money", pois existem concorrentes no mercado".

Ressaltou, contudo, até "ao término da instrução processual a cargo da SDE", deverá ser avaliado até que ponto a inclusão do Money em pacotes promocionais "de grande sucesso e penetração entre os usuários, poderia influenciar e induzir os consumidores à sua aquisição".

A SDE concordou com a SEAE quanto à não tipificação da prática de venda casada, tendo em vista que "ao longo do processo constatou-se que, mesmo integrado à *suíte* MOSB, tanto o Office (nas versões *Standard* ou *Professional*) quanto o próprio Money poderiam ser adquiridos separadamente".

Todavia, asseverou que "há uma **grave questão concorrencial** na prática de associação de produtos sob análise, uma vez que o Money foi distribuído gratuitamente com o MOSB, o que significa dizer que a Microsoft valeu-se de sua posição dominante no mercado de *suites*, onde o efeito externalidade de rede cria dificuldades enormes à entrada de novos competidores, para ganhar mercado no segmento de aplicativos financeiros". Enfatizou, ainda, que embora os aplicativos Money e a *suíte* Office tenham continuado a ser providos separadamente "a existência de eficiências não foi a motivação principal para manter os dois programas juntos. Os fatos, tal como determinados ao longo da instrução apontam, efetivamente, para uma estratégia de dominação de mercado". Segundo a SDE, "a Representada pouco se esforçou, ao longo da instrução do processo, para demonstrar quais seriam essas eficiências, e qual sua relevância para os consumidores, de maneira que justificasse plenamente a implementação da associação dos produtos, fato que autoriza a dizer que a motivação para tal prática constitui, essencialmente, uma estratégia comercial da Representada, cujos efeitos, conjugados com as duas vendas aos bancos oficiais brasileiros, mudaram drasticamente o mercado nacional de aplicativos financeiros, como foi exaustivamente demonstrado ao longo da nota, limitando sobremaneira a livre iniciativa e a competição meritória pelo mercado".

A Representante apresentou parecer de autoria da ex-Conselheira do CADE Profª Isabel Vaz, onde, ao analisar o tema da venda casada, enfatizou que Paiva Piovesan Engenharia e Informática Ltda. "disputa o mercado de usuários domésticos e de pequenas empresas com um único produto, o Finance, enquanto a Microsoft colocou o seu Money em um pacote junto a inúmeros outros *softwares*". Segundo a parecerista, "esta tática permitiu à Microsoft a concretização do efeito externalidade

de rede (...) que lhe agregou mais poder de mercado ainda”.

Destacou também a ex-Conselheira que os adquirentes dos produtos objeto do Contrato “Select”, através do qual CEF e BB compraram cópias do Money, ficam submetidos a um mecanismo de dependência decorrente do fato de que “cada produto nele incluído irá demandar um tipo de treinamento e de assistência técnica, cujos valores desencorajam qualquer tentativa de mudança para outro conjunto de aplicativos”. Assim, “mesmo que o cliente – a CEF ou o BB – não esteja satisfeito com o desempenho dos produtos adquiridos, já terá desembolsado uma quantia tão vultosa, que seria antieconômico e até mesmo injustificável procurar adquirir outros. Principalmente, em se tratando de entidades estatais, em uma aquisição direta, os responsáveis por ela não encontrariam razões e nem amparo legal para mudar de fornecedor”. Conclui, então, que embora não tenha sido caracterizada a venda casada a “dependência criada pelo Contrato “Select” tem o condão de obrigar o consumidor – no caso em tela a Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil – recorrer a todas as inovações e a todos os serviços pós-venda de todos os aplicativos contidos no Contrato e a preços definidos exclusivamente pela Microsoft”.

A Microsoft, através de parecer do ex-Conselheiro Prof. Ruy Santacruz, argumentou que a SDE incorreu em contradição ao apresentar “como grave questão concorrencial” o fato “dos produtos terem sido distribuídos “gratuitamente” junto com o *Microsoft Office for Small Business – MOSB*”, uma vez que com este argumento a SDE acusa a Microsoft de praticar preço predatório, conduta que “não foi objeto de investigação no projeto, tornando impossível a defesa por parte da Representada”. Quanto à alegada gratuidade da venda do Money conjuntamente ao MOSB, argumentou o ex-Conselheiro que a inclusão do Money num pacote à venda implica concluir “que tudo o que faz parte dele tem preço. Todos os aplicativos se somam para que o mercado estabeleça o preço de competição”. Ademais, segundo o parecerista, “a SDE aponta a existência do efeito de rede como se este fosse fruto do abuso da posição dominante da Microsoft no mercado de *softwares* em geral”. No entanto, assevera o parecerista, o “efeito de rede surge inevitavelmente com a conquista do mercado através da maior eficiência”, constituindo-se numa barreira à entrada e à mobilidade vertical no interior dos mercados”. Desse modo, o efeito rede torna-se “tão somente” um elemento da estrutura do mercado, assim como barreiras à entrada derivadas da lealdade à marca ou da presença de economia de escala, por exemplo, e não um instrumento do abuso da posição dominante como quer a SDE.

Conclusões

A venda casada, conforme definição contida no Anexo I da Resolução CADE nº 20, de 09 de junho de 1999, consiste na imposição pelo ofertante da compra de determinado bem ou serviço, como condição para que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. Os efeitos anticompetitivos desta conduta relacionam-se com a transferência (“alavancagem”) do poder de mercado de um produto para outro, “elevando abusivamente os lucros em detrimento dos adquirentes e, em última análise, do consumidor, ao mesmo tempo em que promove o “bloqueio” do segmento a jusante (em geral, de distribuição) para concorrentes efetivos e potenciais (aumento das barreiras à entrada)”.

Para identificar os efeitos econômicos ou competitivos de uma conduta é necessário verificar por que a empresa denunciada se engajou nesta prática. Esta pode estar visando o aumento da eficiência econômica, o que acarretará ganhos para si e para os consumidores, ou o aumento do poder de mercado, com conseqüente elevação do preço do produto casado, associado com a elevação das barreiras à entrada, no mercado do produto casado, buscando igualmente, condições para a imposição de preços mais elevados.

Assim, deve-se verificar qual o objetivo visado pela Microsoft ao introduzir o gerenciador financeiro Money no pacote de aplicativos denominado Office SBE. Segundo a defesa da Representada, a venda de pacotes de aplicativos integrados constitui-se uma inovação introduzida pela Microsoft, que possibilitou “o acesso aos usuários a ferramentas de produtividade inteiramente integradas e de fácil uso”, sendo esta uma prática consolidada, que permite a compra de produtos integrados por preços substancialmente mais baixos.

Sem dúvida, produtos integrados representam uma inovação vantajosa para os consumidores na medida em que permitem o barateamento dos produtos, já que a ampliação das quantidades vendidas gera ganhos de escala e possibilita a redução das margens unitárias de lucro. Esta tendência se encontra amplamente consolidada nos mercados de *softwares*, sendo seguida pelos principais ofertantes de diversos aplicativos como Lotus, Corel, dentre outros. A própria Representante Paiva Piovesan Engenharia Informática Ltda. apresentou nos autos documentação onde comunica planos de venda de pacotes integrados.

No presente caso, não houve imposição de compra dos pacotes. O Money 97, ao preço de R\$ 60,00, podia ser comprado isoladamente, contra o preço de R\$ 520,00 do pacote Office SBE, com o Money. Assim, conforme enfatizado pela SEAE e SDE não se verificam no presente caso, as condições necessárias para a caracterização de venda casada.

Apesar disso, a SDE manifestou preocupação quanto aos efeitos anticompetitivos da conduta. Identificou “uma grave questão concorrencial” sob argumento de que a “*Microsoft* valeu-se de sua posição dominante no mercado de *suites*, onde o efeito externalidade de rede cria dificuldades enormes à entrada de novos competidores, para ganhar mercado no segmento de aplicativos financeiros.” A mesma preocupação foi manifestada pela Profª Isabel Vaz. Cabe, portanto, verificar se a venda do Money dentro do pacote Office SBE visou criar ou ampliar efeitos de externalidade de rede no mercado de aplicativos financeiros, através da criação de restrições à entrada de concorrentes, contribuindo para a elevação do poder de mercado da Representada.

Segundo definição de Carl Shapiro⁽³⁾, indústrias de rede são aquelas nas quais os consumidores se vinculam a uma ou várias redes, que podem ser virtuais ou reais. As redes reais incluem, por exemplo, atividades ligadas aos setores de comunicações e de transporte, desenvolvidas através de redes de telefonia, computadores, estradas de ferro, eletricidade, etc. As redes virtuais são conjuntos de usuários que adotam uma mesma tecnologia, como a rede de usuários de computadores Macintosh, rede usuários de equipamentos de vídeo games Sega, rede de usuários de aparelhos de vídeo VHS, rede de usuários de aparelhos vídeo DVD, etc. As indústrias de rede tendem a exibir uma realimentação positiva em função do tamanho, ou seja, quanto maior a rede mais atraente esta se apresenta para os compradores e, conseqüentemente, maior a perspectiva de crescimento futuro.

Nota:

(3) Chapiro, Carl, Antitrust Networks Industries, palestra feita, em 25 de janeiro de 1996, perante a American Law Institute and American Bar Association, em São Francisco, Califórnia, editada pelo U.S. Department of Justice - Antitrust Division.(www.doj.gov).

Indústrias de rede baseadas em alta tecnologia, como aquelas criadas a partir *softwares* para computadores, têm como característica básica o acelerado progresso tecnológico. Por causa disso, empresas situadas nestes mercados tendem a defender suas condutas com o argumento de que novas entradas, baseadas em tecnologia inovadoras, são inevitáveis e que, portanto, é impossível deter poder de mercado por longo tempo. Esta característica explica o intenso dinamismo das estratégias industriais e comerciais observadas nestes mercados. No entanto, uma contra-tendência se observa quando as redes dominadas pelas firmas incumbentes se ampliam: torna-se cada vez mais difícil convencer os usuários das redes já instaladas a trocar para um novo produto que seja incompatível com as tecnologias em uso.

Conseqüentemente, condutas visando manter e ampliar a base instalada de usuários são estratégicas nas indústrias baseadas em informação e tecnologia, como é o caso da indústria de *softwares*. Entretanto, não há qualquer garantia de que estas condutas, ao dificultar a entrada de concorrentes, não conduzam à criação e aumento de poder de mercado, gerando indesejáveis efeitos anticompetitivos. A partir da descrição feita por Shapiro(4) dos principais elementos das estratégias empresariais adotadas nestes mercados, é possível verificar se a Microsoft abusou da posição dominante no mercado nacional de aplicativos financeiros, potencializando os efeitos de externalidade(5) de rede decorrentes do domínio da Microsoft sobre o mercado do sistema operacional (Windows).

Nota:

(4) Op. cit.

(5) Externalidades são efeitos das atividades produtivas que não se refletem diretamente nos preços de mercado. Podem ser positivas, quando geram benefícios, ou negativas, quando impõem custos não previstos ou assumidos pelos agentes. Um exemplo de externalidade negativa é a criação de poder de mercado gerada por determinada conduta que se torna causa de ineficiência econômica.

O primeiro elemento distintivo desta indústria é a busca de compatibilidade. As firmas incumbentes freqüentemente consideram mais lucrativo recusar compatibilidade para novos entrantes do que estabelecer padrões para o ingresso novos produtos, mesmo através de licenciamento de patentes, *copyrights* ou segredos comerciais. Este mecanismo evita a entrada de concorrentes com novos produtos os quais poderão aperfeiçoar de tal modo propriedades do sistema instalado a ponto possibilitar a migração de um conjunto de usuários fiéis para uma nova rede. No caso em tela, não estão presentes questões relativas à compatibilidade. Pelo contrário, como visto anteriormente, não há entaves quanto à compatibilidade e à entrada de concorrentes nos mercados de aplicativos financeiros, uma vez que todos o aplicativos concorrentes rodam no sistema operacional Windows, cujas ferramentas de programação são amplamente acessíveis.

Outro elemento estratégico refere-se aos pré-lançamentos. As empresas incumbentes geralmente procuram anunciar previamente o lançamento de novos produtos ou de versões atualizadas dos atuais programas, visando desestimular a troca de marca pelos usuários. O importante nesta conduta é a comprovação da veracidade das informações repassadas aos consumidores, de modo que estes efetivamente decidam acerca do produto a ser adquirido com base nos reais aperfeiçoamentos efetuados nos programas e não em promessas com remotas chances de concretização. Igualmente, neste caso, o lançamento do Money 97, efetivamente ocorreu e consistiu em mais um produto colocado à disposição dos usuários, o que afasta a caracterização desta conduta como anticoncorrencial

A atualização de programas com a introdução de nova geração tecnológica inacessível aos demais concorrentes é outra conduta utilizada pelas empresas ofertantes nos mercados organizados em rede. No caso em pauta não houve introdução de nova tecnologia, sendo a tecnologia em uso disponível a todos os concorrentes. Ao contrário, após denúncia, a Microsoft deixou de atualizar o Money deste 1999, perdendo participação de mercado.

Outra conduta relaciona-se aos perigos acarretados pela exigência de exclusividade para a utilização do sistema tecnológico da rede instalada. Esta prática, comum em diversos mercados, seria configurada caso a Microsoft exigisse que os programas desenvolvidos por concorrentes não fossem compatíveis com sistemas operacionais concorrentes. No entanto, não se encontra nos autos qualquer informação neste sentido, ou seja, de que os aplicativos concorrentes não possam, por exigência da Representada, ser operados em plataformas concorrentes do Windows.

Outra estratégia usada são as aquisições ou fusões de empresas com base de usuários instalada. Um exemplo desta conduta foi a tentativa de compra do aplicativo financeiro Quicken, da Intuit, líder do mercado no EUA, pela Microsoft. A operação foi bloqueada pelas autoridades antitruste norte-americanas em razão das dificuldades verificadas para se estabelecer em bases competitivas no mercado de aplicativos financeiros. Estas dificuldades seriam ampliadas caso a operação se concretizasse, em função das vantagens derivadas da posição dominante da Microsoft no mercado do sistema operacional. No caso em análise, não houve qualquer tentativa de aquisição de *softwares* concorrentes, como estratégia competitiva.

Da análise acima, depreende-se que os ganhos competitivos obtidos pela Microsoft no mercado de aplicativos

financeiros, ao oferecer adicionalmente o Money 97 aos clientes do pacote Office SBE, não acarretaram efeitos anticoncorrenciais, tendo em vista que foi preservada a possibilidade de opção do consumidor, não se configurando a hipótese de que esta conduta tenha integrado uma estratégia ilegal de dominação do mercado.

Entendo, também que o argumento da prof. Isabel Vaz, de que a venda de *softwares* através do Contrato “Select”, ao incluir a prestação de serviços de suporte e assistência técnica e de prever a aquisição futura de atualizações dos programas e novos lançamentos, a qual configuraria a prática “disfarçada” de venda casada deve ser afastado. Deve-se destacar, inicialmente, que a compra de novos programas lançados após a assinatura do Contrato “Select” constitui-se numa faculdade da contratada e não uma obrigação. Quanto à venda associada dos serviços pós-venda, esta se constitui em prática comum em diversos mercados a qual propicia, por um lado, benefícios aos consumidores ao garantir a boa performance na utilização do produto comercializado, e, por outro lado, mantém sua competitividade através da preservação da reputação da marca. No caso da indústria de *software*, a venda do produto associado à prestação de serviços pós-venda, particularmente no mercado corporativo, constitui-se numa conduta não só racional, como amplamente adotada. Ressalte-se que, também neste caso, os Contratos “Select” não são a única opção de compra colocada à disposição do cliente, embora seja a mais atrativa, o que afasta hipótese de que se trata de um mecanismo impositivo de compra casada do produto e dos serviços pós-venda.

De todo modo, os impactos anticoncorrenciais dos Contratos “Select”, particularmente aqueles firmados com entidades do governo federal, deverão ser objeto de investigação e análise mais detalhada no Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, que tem como Representadas as empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda. e conta com a relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

A seguir, serão analisados os alegados impactos anticompetitivos da venda de 360 mil cópias do Money ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal, e a posterior distribuição gratuita destas cópias à clientela destes bancos oficiais.

IV.2 – Venda de 250 mil Cópias do Money ao Banco do Brasil e de 110.000 Cópias à Caixa Econômica Federal com Inexigibilidade de Licitação

Conclusões dos Órgãos Instrutores e dos Pareceristas

Segundo a SEAE, a investigação de possíveis irregularidades nos procedimentos de compra de cópias do Money pelo Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, empresas controladas pela União, diz respeito à observância da Lei nº 8.666/96, devendo ser investigada pelos órgãos oficiais de controle interno e externo, “não se situando, portanto, na esfera dos órgãos de defesa da concorrência”.

Já a SDE, entendeu que a Microsoft visou “dominar o mercado relevante em questão, por meio da venda irregular de 500 mil cópias do *software* Money no mercado nacional de desenvolvedores de *softwares* financeiros para ambiente Windows, em detrimento dos demais concorrentes neste segmento, como o Finance, o Quicken e o Presto”. Para isto, ainda segundo a SDE, a Representada “utilizou-se do contrato “Select” (que instrumentaliza sua posição dominante no mercado de sistema operacional), para impedir o acesso de empresas competidoras ao mercado. Além disso, ganhou parcelas significativas do mercado, sem incorrer em custos de propaganda e distribuição, visto que os bancos nacionais citados distribuíram gratuitamente o Money a seus clientes”;

No seu parecer a Profª Isabel Vaz afirma que os Contratos de venda do Money aos bancos oficiais foram firmados em Inglês com a definição dos valores em dólar, “o que jamais poderia ocorrer em se tratando de operações com entidades estatais, por se tratar de vedação legal”. Argumentou também que a “estratégia de usar empresas revendedoras ou distribuidoras brasileira na intermediação das operações, ao invés de promover a desvinculação da Microsoft das transações questionadas, serviu apenas para demonstrar um processo de **verticalização** das suas condutas, com a agravante de promover, nesse plano, também, a exclusão de outros agentes daquele segmento de mercado, por meio da prática da distribuição seletiva”.

Acentuou a ilustre parecerista, como visto anteriormente, que as vendas realizadas por meio do Contrato “Select” “têm o condão de obrigar o consumidor – no caso em tela a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil – a recorrer a todas as inovações e a todos os serviços pós-venda de todos os aplicativos contidos no Contrato a preços definidos exclusivamente pela Microsoft.” Sustentou também a necessidade da apreciação das compras efetuadas pelos bancos oficiais pelas autoridades antitruste, “ainda que sejam sido consideradas adequadas aos preceitos da Lei nº 8.666/93”, para se estas se pronunciarem sobre as distorções provocadas no mercado de informática, uma vez que “devido à magnitude da operação, ela poderia afetar os direitos da coletividade, consubstanciados naqueles bem jurídicos referidos no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.884/94”.

No seu parecer, o Prof. Ruy Santacruz argumentou que a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil compraram o *software* Money “porque acharam que deviam, de acordo com seus interesses comerciais, e fizeram com ele aquilo que acharam melhor em termos de suas estratégias de mercado”. Segundo o parecerista, o destino que é dado ao produto após a compra é de competência exclusiva do cliente: “CEF e BB poderiam revender o produto pelo dobro do preço, distribuir gratuitamente para seus clientes ou jogá-lo fora”. Assim, “a suposta irregularidade apontada pela SDE na venda realizada pela Microsoft (vender sem licitação) não encontra respaldo na aplicação da lei de defesa da concorrência.” Acentuou, também, que o eventual prejuízo à concorrência “detectado pela SDE decorreria diretamente do fato da compra ter ocorrido sem licitação, e não de uma conduta específica da Microsoft e dos seus efeitos sobre o mercado”. Isso porque “a infração supostamente praticada pela Microsoft teria se dado quando esta aceitou a transação econômica com a CEF e BB nos moldes propostos por eles”. Entretanto, segundo o parecerista, “foge completamente ao escopo de atuação da Lei nº 8.884/94 e da SDE”, a exigência de a Microsoft coloque “sob suspeita o departamento jurídico da CEF e BB que permitiram a transação sem um processo de licitação pública e se negue a realizar a transação”. Enfatizou, também, que mesmo que tivesse ocorrido a licitação, o efeito de afastamento da concorrência teria se observado, o que revela “o entendimento equivocado da aplicação da lei antitruste que, no Brasil, como em qualquer lugar do mundo, é uma lei dos efeitos”. Por fim, esposou o entendimento de que “faz parte da estratégia de qualquer empresa vender o maior número possível de seu produto, ocupando todo mercado, se possível”, não incorrendo a Microsoft em qualquer infração à ordem econômica.

Na sua manifestação, a Procuradoria do CADE concluiu que a aquisição do programa Money, em grandes volumes, pelo Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal, por inexigibilidade de licitação, foi feita “após a realização de ato administrativo que considerou inexigível a licitação, amparado no critério da inviabilidade de competição, previsto no inciso I, do artigo da Lei

nº 8.666/93". Assim, segundo a Procuradoria, através de parecer da lavra do Procurador-Geral Fernando Furlan, a aquisição do programa pelos dois bancos oficiais foi "fruto de escolha por mérito administrativo das duas instituições financeiras", cujo exame da sua legalidade é da competência dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, em especial do Tribunal de Contas da União.

Conclusões

A compra realizada pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal de 360 mil cópias do Money, e posterior distribuição gratuita aos clientes, sem dúvida produziu efeitos sobre o mercado nacional de aplicativos financeiros, com destaque para a redução dos espaços do mercado disponíveis para ocupação dos demais concorrentes. No entanto, o mais importante para análise do caso não é a discussão acerca do grau de fechamento do mercado produzido, mas a verificação sobre eventuais infrações praticadas pela Representada quando da realização da venda.

Das informações constantes nos autos, não há quaisquer indícios de que a Microsoft tenha se utilizado de artifícios, tais como substancial redução dos preços, recusa de fornecimento de outros produtos ou serviços e outras condutas, de forma a impor às instituições oficiais a compra realizada. Contrariamente, os preços praticados (US\$ 11,48 por cópia para o Banco do Brasil e US\$ 28,23 à Caixa Econômica Federal) situam-se próximos aos cobrados dos demais clientes. Para a configuração de comportamento anticoncorrencial é necessário que ocupação do mercado efetuada pela Microsoft tenha sido feita através do afastamento do processo concorrencial. No entanto, a Microsoft tão somente ofereceu seu produto nas especificações e condições propostas, as quais foram aceitas pelos órgãos oficiais, dentro das regras comuns do mercado. Sendo assim, não identifiquei qualquer ofensa a dispositivos da legislação de defesa da concorrência decorrente da venda do Money aos órgãos oficiais.

Ressalto, contudo, acompanhando plenamente o parecer a Procuradoria do CADE, que a decisão de mérito administrativo tomada pelos dirigentes dos bancos federais deve ser examinada pelos órgãos federais de controle interno e externo para examinar a licitude das compra diante da lei das licitações. A afirmação da SDE de que a compra foi irregular somente pode ser comprovada após o exame do procedimento de compra pelos órgãos competentes, conforme enfatizou a Procuradoria do CADE. Este exame assume relevância, em vista o interesse público, considerando que havia produtos similares ao Money à disposição no mercado.

IV.3 – Restrição ao Acesso dos Produtos Concorrentes aos Maiores Distribuidores Nacionais de Software, que são também Distribuidores da Microsoft

Conclusões dos Órgãos Instrutores e dos Pareceristas

Segundo a SEAE, a política de vendas da Microsoft, que confere descontos crescentes por volume comercializado, estimula os distribuidores a dar mais atenção "aos produtos Microsoft, priorizando sua venda em detrimento de concorrentes". Concluiu, então que este procedimento "não impõe apenas estimula as vendas", não configurando infração. Informou a SEAE, que existem "mais de duas dezenas de outros distribuidores, de menor porte, no mercado e aproximadamente cinco mil pontos de revenda de *software*, que necessariamente não precisam se abastecer nas distribuidoras".

A SDE não se manifestou relativamente a esta conduta.

A Representada apresentou esclarecimentos acerca do seu relacionamento da Microsoft com seus distribuidores, informando que opera com 3 grandes distribuidores – TechData, Ingran Micro e CHS Brasil – todas subsidiárias de grandes grupos norte-americanos e que distribuem no Brasil produtos de outras empresas multinacionais. Somente a TechData veio para o Brasil a convite da Microsoft que financiou parte dos seus custos de instalação, tendo em contrapartida assinado um acordo de exclusividade com a Microsoft pelo período de 2 anos, que se encerra em 28 de fevereiro de 1999. No entanto, destacou que tal contrato de exclusividade não restringe o acesso de concorrentes aos canais de distribuição, já que a TechData não atuava anteriormente no mercado brasileiro. Relacionou nominalmente outros 22 grandes distribuidores presentes no mercado brasileiro.

Ponderou, ainda, que "o uso de rede de distribuidores somente se justifica economicamente para produtos de grande volume de demanda, o que não parece ser o caso do produto da representante". Asseverou, por fim, que a Microsoft não tem qualquer interferência no comportamento das revendas, informando que a Brasoftware, maior revenda da Microsoft no Brasil, comercializa o programa Finance, produzido pela representante.

A Prof^a Isabel Vaz fez referência ao contrato de exclusividade firmado com a TBA Informática Ltda. para vendas realizadas a órgãos públicos federais situados no Distrito Federal, cujo exame da legalidade à luz da Lei nº 8.884/94 é o objeto do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49.

A Procuradoria do CADE concluiu que não foi suficientemente demonstrada a prática alegada, fato reconhecido pela SDE "que instaurou novo procedimento administrativo para investigar prática específica (Processo Administrativo nº 08012.008024/98-4), salvo melhor juízo, resta prejudicado, no exclusivo âmbito deste processo, o enquadramento da representada nas hipóteses do artigo 2º, combinado com o artigo 21, ambos da Lei nº 8.884/94, em relação à alegada restrição ao acesso de produtos concorrentes à rede de distribuição".

Em 05 de agosto de 2002, a Representante, em contestação ao parecer da Procuradoria do CADE, se manifestou sobre o tema informando que as distribuidoras que atendem a Microsoft não vendem softwares de gerenciamento financeiro concorrentes como Money. Informou também que a Intuit, utilizou a distribuidora MagnaSoftware para a distribuição do seu aplicativo financeiro Quicken. Quanto à informação de que a Brasoftware, empresa que comercializa o Finance, seja uma distribuidora, afirmou que esta é apenas uma revenda.

O Prof. Ruy Santacruz, no seu parecer, fez uma breve descrição da estrutura de comercialização da Microsoft. Informou o parecerista realiza a comercialização dos seus produtos através de duas linhas, varejo e corporativa. A linha varejo, que representa cerca de 70% das vendas da Microsoft no Brasil, conta com 3 distribuidoras estrangeiras. Informou ainda que,

além destas 3 grandes distribuidoras, há mais de 20 pequenos distribuidores no mercado e 5 mil pontos de revenda de *software*. Na linha corporativa, que responde por 30% das vendas, a comercialização se faz por meio do contrato "Select", desenvolvido mundialmente, que confere ao grande cliente corporativo o direito de copiar e usar os *softwares* da Microsoft, com acesso a toda a linha de produtos da empresa quando necessário. As licenças podem ser adquiridas de um ou mais Large Account Reseller - LAR, categoria de revendedor nomeado para operar com o Select numa base territorial e sem exclusividade. Informou, ainda, que os preços praticados nos Contratos "Select" variam em função com volume total de licenças concedidas. Segundo o parecer, a negociação do preço dos produtos entre revendedor e consumidor não sofre interferência da Microsoft.

Quanto à denúncia de criação de restrições ao acesso dos produtos concorrentes ao mercado de distribuição de *softwares*, concluiu o ex-Conselheiro que este mercado é atendido por inúmeras empresas, algumas delas multinacionais e de grande porte, sem qualquer vínculo de exclusividade com a Representada. Pontuou, também, que "a investigação não demonstrou (...) de que maneira a Microsoft impediria os acesso dos concorrentes aos canais de distribuição", acentuando que os elementos dos autos "indicam que os canais de distribuição estão abertos a todos os competidores".

Conclusões

Das informações constantes dos autos, as únicas que possuem real significado, em face da denúncia de restrição ao acesso dos concorrentes ao mercado de distribuição de *softwares*, são as manifestações da Representada, e de outros concorrentes do mercado de aplicativos financeiros, de que as distribuidoras que comercializam os produtos Microsoft não se mostram dispostas a realizar também a distribuição dos seus produtos.

Todavia, não se encontra nos autos qualquer comprovação de que tal restrição tenha se originado de pressões exercidas diretamente pela Microsoft sobre suas distribuidoras. Com a exceção do contrato estabelecido com a TechData – cujo acordo de exclusividade, por dois anos, decorreu do financiamento, pela Representada, de parte dos seus custos de instalação no país – não há previsão de exclusividade nos demais contratos firmados com as distribuidoras.

Por outro lado, a Representada trouxe aos autos a informação, não contestada pela Representante, de que há duas dezenas de outros distribuidores e milhares de revendedores aptos a realizar a comercialização dos produtos concorrentes, revelando pouco plausível a possibilidade de fechamento do mercado, via restrição de acesso à rede de distribuição a concorrentes, pela Microsoft.

Concluo, portanto, que, em face dos dados e argumentos acima, não foi configurada a conduta, imputada à Representante, de impedir o acesso dos concorrentes aos canais de distribuição.

V – CONCLUSÃO DO VOTO

Da análise acima efetuada, entendo que não restaram configuradas como infrações à ordem econômica as práticas investigadas no presente processo administrativo. Sendo assim, conheço do presente recurso para determinar o seu arquivamento, ressalvado:

- 1) o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, para verificação de eventual ilegalidade praticada pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal na compra, por inexigibilidade de licitação, de 360 mil cópias do aplicativo financeiro Money da Microsoft, assim como da provável ilegalidade, apontada no parecer da Prof^a Isabel Vaz (fls. 2.490/2.511), de fazer constar nos contratos a definição dos valores da compra em moeda estrangeira; e
- 2) o envio à SDE de sugestão de abertura de averiguações preliminares para a apurar os efeitos sobre a concorrência das práticas denunciadas pela Representante às fls. 1.941/2.007 e 2.046/2.049 dos autos (impedir o desenvolvimento de *softwares* de terceiros).

É o voto.

Brasília - DF, 11 de setembro de 2002.

THOMPSON ANDRADE
Conselheiro-Relator

ADITAMENTO AO VOTO CONSELHEIRO-RELATOR THOMPSON A. DE ANDRADE

Tendo em vista a questão de ordem formulada pela Representada Microsoft Informática Ltda. em petição datada de 09 de março de 2004, considere necessário fazer um aditamento ao meu voto no Processo Administrativo em tela, proferido em 11 de setembro de 2002, na 260^a Sessão Ordinária deste Conselho.

I – DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA REPRESENTANTE APÓS O INÍCIO DO JULGAMENTO

Na petição acima mencionada, a Representada informou que teve conhecimento que, em 29 de setembro de 2002, o representante da empresa Paiva Piovesan foi recebido em audiência seguida de sessão reservada realizada com a presença de cinco Conselheiros e do Presidente do CADE, motivo que ensejou a impugnação formal do evento, por entender não existir base legal para que fossem considerados fatos ou documentos informados pela Paiva Piovesan, alegando cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal.

Informou ainda que, em 03 de outubro de 2002, foi expedido o Ofício CADE nº 2.104, requerendo que se manifestasse “a respeito das informações apresentadas ao Conselho pela representante em audiência no dia 24 de setembro de 2002”.

Assim, considerando que a instrução do processo encerrou-se com o início do julgamento, requereu a desconsideração de todas as informações prestadas posteriormente pela empresa representante, alegando ainda que sua manifestação posterior sobre os fatos apresentados por aquela representante não tornaria legítima a violação processual em comento.

A Procuradoria do CADE, no parecer ProCADE nº 169/2004, manifestou-se no sentido de que caso a hipótese seja de juntada de documento novo, ou seja, aquele cuja existência ocorreu após o encerramento da instrução, há que ser admitida sua colação aos autos. Por outro lado, caso a hipótese seja de documento pré-existente, sua juntada deve ser repelida pelo Conselheiro-Relator, sob pena de violação do princípio da lealdade processual e da igualdade entre as partes.

De fato, entendo que a apresentação de informações pela Representante, que não é parte no processo, após o início do julgamento e após a prolação do voto do Conselheiro-Relator se deu de forma extemporânea, ferindo os princípios da transparência e do devido processo legal. Dessa forma, e ainda ressaltando que nenhum desses documentos trouxe aos autos o conhecimento de fato superveniente capaz de mudar a orientação da decisão, caso em que seria necessária a reabertura da discussão, inclusive com vista para as partes, entendo que não poderia ser aceita a juntada de tais documentos.

Não obstante a ausência de qualquer previsão regimental para a juntada de documentos de terceiros após o iniciado o julgamento de processo, valho-me da decisão do Conselheiro Fernando Marques no Ato de Concentração nº 08012.007912/2001-74, em que eram Requerentes VISA INTERNATIONAL SERVICE ASSOCIATION, BB BANCO DE INVESTIMENTOS S.A., BANCO BRADESCO S.A., BANCO ABN AMRO REAL S.A., que determinou a juntada por linha dos documentos apresentados pela terceira interessada (Sodexho Pass) com o fim de acrescer parecer econômico aos autos após a publicação da pauta e iniciado o julgamento. Naquele caso, o Conselheiro Fernando Marques decidiu pela juntada por linha, fundamentando sua decisão na necessidade de manutenção da dinâmica processual, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - STJ e em decisões dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Aldir Passarinho Junior e César Asfor Rocha, também daquele Tribunal.

Dessa forma, entendo que deva ser procedida a juntada por linha de todos os documentos apresentados pela Representante Paiva Piovesan após o início do julgamento.

II – DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL APÓS O INÍCIO DO JULGAMENTO

A Representada alegou que, reaberta a instrução processual, com o julgamento já iniciado, o *parquet* federal manifestou-se nos autos, sendo que, à época da instrução e mesmo do início do julgamento, o mesmo ainda não havia sido nomeado para atuar junto ao CADE, o que tornaria preclusa sua manifestação.

Embora a manifestação do Ministério Público Federal tenha de fato ocorrido de forma extemporânea, após o início do julgamento, corroboro entendimento exarado pela i. Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci, no Despacho ProCADE nº 368/2004, de que não há óbice para que o parecer seja mantido nos autos, enfatizando que não há disposição regimental fixando o tempo correto em que se deva dar a intervenção ministerial, intervenção esta que decorre de lei (art. 12 da Lei nº 8.884/94).

III – CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, adito o meu voto, determinando a juntada por linha de todos os documentos apresentados pela Representante após o início do julgamento e a manutenção nos autos do parecer ministerial.

É o voto.

Brasília, 12 de maio de 2004.

THOMPSON ANDRADE
Conselheiro-Relator

**VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO
CLEVELAND PRATES TEIXEIRA(1)**

Nota:

(1) Colaboraram na elaboração deste voto a Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental Beatriz Soares da Silva e a técnica Tatiana Mercier Querido Farina.

Minha intenção ao solicitar vista neste processo foi a de verificar possíveis efeitos da conduta empreendida pela Representada sobre o padrão futuro de concorrência no mercado de *softwares* financeiros.

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A SDE instaurou processo administrativo contra a Microsoft com base no art. 20, incisos I e VI c/c art. 21, incisos IV, V, VI e XXIII, da Lei nº 8884/94, quais sejam:

- limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- 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.”

Analisando os autos, pude observar que a investigação procedida pela SDE se centrou, na sua maior parte, na venda de cópias do “Money 97” ao BB e a CEF, havendo, ainda, uma instrução periférica a respeito da denúncia de venda casada.

Importa ressaltar que a respeito da segunda conduta imputada, o Relator concluiu que “das informações constantes nos autos, não há quaisquer indícios de que a Microsoft tenha se utilizado de artifícios, tais como substancial redução dos preços, recusa de fornecimento de outros produtos ou serviços e outras condutas, de forma a impor às instituições oficiais a compra realizada”. Ressaltou, no entanto, que a inexigibilidade do procedimento licitatório, por parte dos BB e da CEF, para aquisição dos produtos, deve ser comunicada aos órgãos federais de controle interno e externo a fim de que seja examinada a licitude da decisão.

No que se refere à restrição ao acesso dos produtos concorrentes aos distribuidores da Microsoft, não houve qualquer manifestação por parte da SDE(2). O Conselheiro Relator, a esse respeito, constatou que, de fato, os distribuidores da Microsoft “não se mostram dispostos” a realizar a distribuição de produtos concorrentes. Todavia, com asserto, ponderou que, apesar de tal observação, não se encontram nos autos qualquer comprovação de qual tal restrição tenha se originado de pressões exercidas pela Representada, razão pela qual entendeu não configurada a infração imputada.

Nota:

(2) Como salientou o Conselheiro-Relator em seu voto (fls. 2.634).

Considerando o posicionamento do Conselheiro-Relator no que se refere à terceira conduta imputada à Representada, o qual acato, discutirei, neste voto vista, apenas a questão relacionada à inclusão do *software* “Money 97” na suite “Microsoft Office for Small Business 97” (MOSB). Ao meu ver, esta é a única conduta empreendida pela Microsoft que tem, em tese, potencial de gerar efeitos anticompetitivos. Como discutirei mais à frente, esta estratégia, denominada empacotamento, conforme literatura especializada, em determinadas situações tem o potencial de dificultar a criação, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente no mercado relevante.

Gostaria ainda de ressaltar que não há indícios nos autos de que a Microsoft tenha influenciado a decisão de inexigibilidade de licitação por parte do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal. Em resposta a ofícios encaminhados pela SDE, fls. 314-318 e 615-619, ambos os bancos informaram que a opção pelo Money ocorreu em razão da Microsoft ser fornecedora exclusiva de aplicativos financeiros compatíveis com o sistema operacional Windows. Sem entrar no mérito se isso é de fato verdade, a questão é que não cabe ao CADE avaliar as opções de compra de uma empresa, a menos que tal decisão tenha sofrido interferência ilícita de uma das empresas vendedoras.

2 – DAS CARACTERÍSTICAS DA INDÚSTRIA DE SOFTWARE (3)

Nota:

(3) Toda essa seção está baseada em Katz, M. & Shapiro, C. (1998), *Antitrust in Software Markets*, University of California, Berkeley, mimeo, September.

De acordo com Katz e Shapiro (1998), quatro características são fundamentais para a discussão de questões antitruste na indústria de *software*, quais sejam: **(i) os efeitos de redes e sistemas; (ii) os baixos custos marginais em relação aos custos médios; (iii) o fato de que os softwares são bens duráveis; e (iv) a rápida mudança tecnológica a qual a indústria está sujeita.**

(i) Efeitos de Redes e Sistemas

Em primeiro lugar, deve-se ponderar que o mercado de *software* é caracterizado pelo fato de que os bens transacionados estão sujeitos a efeitos de rede(4), ou seja, como parte de um dado sistema(5), o aumento no número de usuários de um componente leva ao aumento no benefício dos consumidores que usam outro componente desse mesmo sistema, gerando um efeito positivo para os que utilizam essa rede.

Nota:

(4) Alguns autores chamam de externalidades de rede ou ainda economias de escala pelo lado da demanda.

(5) Segundo Katz & Shapiro, dois usuários estão no mesmo sistema se puderem compartilhar arquivos e estão em sistemas diferentes se não puderem compartilhar arquivos.

Esta afirmação pode ser melhor compreendida ao se verificar que o valor de um dado *software* está baseado em duas fontes: seu **valor de autarquia**, ou seja, o valor de uso, intrínseco ao produto; e seu **valor de sincronia**, que é aquele derivado do uso do mesmo produto por outras pessoas, sendo este último o responsável por gerar as externalidades de rede. Dessa forma, quanto maior o número de usuários de uma plataforma, por exemplo, maior será o número de pessoas que irão querer utilizá-la, uma vez que essas estarão conectadas a uma ampla rede, usufruindo, conseqüentemente, de um benefício bem maior. Em outras palavras, quanto mais extensa a base instalada, mais intensas são as externalidades de rede associadas ao produto.

Uma outra questão relacionada aos efeitos de rede para os usuários é a caracterização do mercado de *software* como um mercado de dois lados (*two-sided market*), o que obriga o fabricante a fazer com que dois grupos de consumidores se interessem pelo seu produto: usuários e programadores. Assim, quando a empresa consegue fazer com que seu produto seja interessante, tanto para os usuários quanto para os programadores, inicia-se um círculo virtuoso. Exemplificando, as pessoas passaram a querer o Windows porque este se tornou o sistema operacional mais utilizado. Por outro lado, isso fez com que mais programadores se dedicassem a desenvolver aplicativos para esse sistema, pois um maior número de usuários passou a utilizar seus programas. Assim, o Windows também se tornou o sistema operacional que possui mais aplicativos à sua disposição, aumentando os incentivos para que continue sendo o sistema operacional mais utilizado.

Importante notar ainda que uma vez escolhida uma plataforma(6), o usuário terá que incorrer em custos de troca se decidir mudar para outro sistema operacional(7). Além disso, devido aos efeitos de rede, não é vantajoso para um único usuário mudar sozinho de sistema. Portanto, ainda deve-se levar em conta os custos de coordenação, que no caso de uma demanda pulverizada são bastante altos, inviabilizando, por vezes, a mudança de produto. Como resultado, os usuários, muitas vezes, estarão sujeitos aos efeitos de *lock-in* posteriormente à escolha de uma determinada plataforma.

Nota:

(6) Conforme esclarecimentos obtidos junto ao Representante legal da Microsoft, via e-mail: "A plataforma é uma solução de tecnologia que utiliza uma gama de produtos. Já o Sistema Operacional consiste em um produto que é o elemento base de uma plataforma".

(7) Casos em que os usuários detêm muitos dados que não serão compatíveis com o novo sistema, ou casos em que já houve investimento em qualificação que não pode ser transportada para o novo sistema.

A presença de efeitos de rede e sistemas na indústria de *software* traz algumas conseqüências para a configuração e as estratégias que podem ser desenvolvidas nesse **mercado**. Dentre elas, cite-se: (i) a tendência à concentração, com a existência de apenas poucos vendedores ou uma tecnologia dominante; (ii) a importância atribuída ao papel da compatibilidade de sistemas como elemento crucial para a estrutura e conduta dentro da indústria; (iii) a importância das expectativas para o desempenho no mercado, uma vez que consumidores racionais tomam decisões com base no tamanho

esperado de determinada rede; e (iv) o grau de concentração da demanda, que pode se tornar um elemento definidor dos rumos do mercado, dado os efeitos de *lock-in* decorrentes da escolha por uma determinada plataforma. Note-se, entretanto, quem único grande comprador ou um grupo de compradores coordenados faz com que os custos de migração para um novo produto sejam menores, diminuindo, assim, o poder da indústria frente aos consumidores.

(ii) Baixos Custos Marginais em Relação aos Custos Médios

Uma segunda característica da indústria de *software* são os baixos custos marginais vis-à-vis os custos médios. Há que se perceber que os custos realmente altos são os de *set up*, ligados à pesquisa e desenvolvimento de um novo *software*. Uma vez desenvolvido o produto, os custos de replicação e distribuição tendem a zero, fazendo com que a empresa seja indiferente entre produzir uma cópia ou milhares delas. **Tal característica tem importante implicação para a análise do comportamento das firmas nesse mercado.**

Sob a ótica antitruste, esse aspecto traz à tona o problema de qual seria o preço competitivo. De acordo com a teoria econômica, em equilíbrio de curto prazo, o preço é igual ao custo marginal que, por sua vez, aproxima-se do custo médio. No entanto, este é um mercado no qual o custo marginal está sistematicamente abaixo do custo médio, sendo igual ou muito próximo de zero. Isto é, cobrar preço igual a custo marginal significa operar abaixo do ponto de *break-even*, tornando a permanência no mercado inviável economicamente.

Nesse contexto, torna-se difícil definir qual o custo que devemos tomar como referência para calcular o que seria o preço competitivo. Katz e Shapiro (1998) chamam a atenção para o fato de que, no curto prazo, preços iguais a custos marginais levam à adoção de resultados eficientes. No entanto, preços abaixo dos custos médios no longo prazo não fornecem incentivos à inovação. *Sendo assim, os autores acreditam que os preços a serem levados em consideração em qualquer análise que envolva o mercado de softwares são aqueles baseados nos custos médios, e não nos custos marginais.*

Mesmo assim, a inferência sobre qual seria o custo médio não é tarefa fácil, devendo-se levar em consideração os gastos originais de pesquisa e desenvolvimento do *software*, além de uma apropriada taxa de risco ajustada aos retornos sobre os custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

Ademais, por conta de custos marginais muito baixos, pode ser eficiente vender a todos os consumidores, até mesmo àqueles que não demandam especificamente o seu produto(8). Esse aspecto tem impactos importantes para a discussão de venda casada e empacotamento no mercado de *software*, conforme será discutido mais à frente.

Nota:

(8) Por mais que o consumidor atribua um preço de reserva baixo para o *software*, dificilmente esse valor será inferior ao custo marginal.

(iii) Software como um Bem Durável

Uma outra característica da indústria de *software* está relacionada ao fato de que este produto é um bem durável. Os bens de consumo duráveis, em geral, depreciam ao longo do tempo, por conta de seu uso. No caso de *softwares*, a depreciação deriva, unicamente, da mudança tecnológica ou da obsolescência planejada.

Katz e Shapiro (1998) discutem a possibilidade teórica de um mercado monopolista de um bem durável se comportar como um mercado competitivo. Tal tese é conhecida como “Conjectura de Coase”, que trabalha com a hipótese de que, em um mercado de bens duráveis, o monopolista tende a aproximar, ao longo do tempo, seu preço ao custo marginal, visando captar aqueles consumidores que ainda não compraram seu produto. Assim, no início do ciclo de vida do bem, o monopolista trabalha na parte menos elástica da curva de demanda, diminuindo o seu preço ao longo do tempo.

Partindo da hipótese de que os consumidores assumem que a queda de preços será rápida, o resultado da “Conjectura de Coase” torna-se ainda mais forte: o monopolista irá desde o início oferecer seu produto a preço próximo ao custo marginal. Isso acontece porque até mesmo os consumidores que possuem um alto preço de reserva podem se sujeitar a esperar a queda de preços, caso antecipem que tal redução ocorrerá em um curto espaço de tempo, fazendo com que o monopolista ofereça seu produto ao custo marginal desde o início.

Entretanto, há três situações que permitem a fuga da armadilha proposta pela “Conjectura de Coase”: Isto ocorre (i) quando houver um fluxo de novos consumidores dispostos a pagar o preço mais alto; (ii) na hipótese de se trabalhar com o aluguel do produto, ao invés da venda; e (iii) com a promoção contínua de melhora do produto, no intuito de criar demanda por parte dos velhos consumidores.

A indústria de *software*, em geral, usa a terceira via por meio da renovação constante de seus bens. Não é à toa que, em última instância, a cada dois ou três anos uma nova versão de um mesmo *software* é lançada, o que caracteriza uma estratégia de discriminação de preços. Essa necessidade de se reinventar o que se vende é vista por alguns autores como prova de que a indústria está sujeita à constante necessidade de inovação, até mesmo por parte de uma firma dominante. No entanto, isso também pode fazer com que estratégias do tipo obsolescência planejada sejam conduzidas. Nesse caso, os produtos perdem seu valor de uso não porque tecnicamente se esgotaram, mas porque as novas versões trazem alguns problemas para o consumidor, principalmente no que se refere à compatibilidade intergeracional. Isso tanto pode acontecer porque uma nova versão (um *upgrade*) leva a uma pior performance de outro componente, trazendo a necessidade de troca(9), como também no caso em que outros usuários fazem um *upgrade* e o componente passa a não ser mais compatível com o de outros(10). Assim, quanto mais usuários adquirirem o novo componente, menor o valor do antigo, pois há uma

redução do valor de sincronia associado a ele.

Nota:

- (9) Como no caso em que uma nova versão do Windows faz com que a versão antiga do Word não funcione tão bem quanto uma versão mais nova.
- (10) Como, por exemplo, no caso em que um usuário adquire essa nova versão do Word, sendo que os novos arquivos criados passam a não serem lidos por outro usuário que tenha a versão anterior do editor de texto.

A combinação de bens duráveis com a existência de custos de troca dos produtos cria a possibilidade de existirem distintos mercados para cada classe de consumidores. Dessa forma, ao analisar a demanda por *software*, um produtor tem à sua frente quatro grupos diferentes de consumidores: (a) a base instalada de usuários de um determinado programa, ou seja, aqueles que já possuem alguma versão do *software*; (b) a base instalada de usuários dos programas rivais; (c) “antigos” consumidores que consideraram as várias opções disponíveis e não compraram nenhum *software* no passado; e (d) “novos” consumidores que entraram recentemente no mercado e ainda não fizeram sua escolha.

Os consumidores do tipo (a), (b) e (c) precisam de algum aumento na funcionalidade do produto para que se decidam a mudar de versão (no caso de (a)) ou passar a comprar o *software* em questão (casos de (b) e (c)). A diferença é que reduções de preço podem funcionar nos casos (b) e (c), mas não no caso (a). Ademais, o produtor terá ainda que suplantar os problemas decorrentes de custos de troca e preferência por marca no caso de (b). Já os consumidores do tipo (d), por não estarem ainda sujeitos aos efeitos de *lock-in*, podem ser disputados em bases mais comuns.

Como se percebe por essa divisão, cada grupo de consumidores se depara com um incentivo diferente para a compra do *software*. Sendo assim, é razoável supor que uma firma irá adotar diferentes estratégias de venda para os diferentes tipos de consumidores, caso seja possível. Isso tem impactos importantes no que se refere à definição de mercado relevante. Em outras palavras, se for possível ao produtor discriminar cada tipo de consumidor, isso significa dizer que cada grupo de compradores poderá se constituir em um mercado relevante em separado.

No limite, há que se lembrar que de acordo com as *Merger Guidelines* norte-americanas, nos casos em que se identifique segmentação de mercado, e o monopolista hipotético for capaz de discriminar preços, o mercado relevante deve ser definido de maneira distinta para cada grupo de compradores. Nessas situações, uma operação pode afetar diferentemente as vendas destinadas a cada um desses grupos e, portanto, o mercado deve ser delineado avaliando-se a resposta de cada um deles (11).

Nota:

- (11) “In contrast, where a hypothetical monopolist likely would discriminate in prices charged to different groups of buyers, distinguished, for example, by their uses or locations, the Agency may delineate different relevant markets corresponding to each such buyer group. Competition for sales to each such group may be affected differently by a particular merger and markets are delineated by evaluating the demand response of each such buyer group. A relevant market of this kind is described by a collection of products for sale to a given group of buyer.” (Horizontal Merger Guidelines, 1992: 5).

Entretanto, entendo que dadas as especificidades do presente caso, tal discussão não acrescentaria nenhuma conclusão substancial para a avaliação dos efeitos derivados da conduta analisada.

(iv) Rápida Mudança Tecnológica

A indústria de *software* pode ser considerada uma indústria dinâmica, sujeita a grandes mudanças tecnológicas e estruturais. Alguns autores, inclusive, ressaltam as constantes alterações de firmas dominantes nos segmentos de processadores de texto e planilhas eletrônicas na década de 80, sugerindo que a intervenção do governo nesse mercado só pode ser prejudicial. Katz e Shapiro (1998), no entanto, lembram que na década de 90 existiu uma certa estabilidade da firma líder – a Microsoft.

“A indústria de softwares para computadores pessoais não está mais em sua infância. O mercado de softwares para computadores pessoais, durante a década de 80, pode ter se caracterizado como fluido, com novas categorias de softwares sendo estabelecidas e a liderança em muitas categorias mudando de mãos uma ou várias vezes. Por outro lado, o mercado de softwares para computadores pessoais nos anos 90 tendeu a fluir para um padrão diferente: a Microsoft como uma imensa (absorbing) barreira. Esse padrão sugere – mas não prova – que os efeitos de rede são

grandes o suficiente para que o lock-in que eles criam possa ser maior do que as forças de mudanças tecnológicas” (12).

Nota:

(12) Katz & Shapiro, *op. cit.*, p. 10. Tradução livre.

Em outras palavras, nos anos 80 a indústria de *software* era muito nova e a base instalada de computadores pessoais não pode ser comparada com o que temos hoje(13). Naquele cenário, o custo de mudança de *software* era bem inferior, até mesmo porque o número de usuários era reduzido. Afinal, com uma base instalada menor, o valor de sincronia não influenciava tanto na decisão de consumo. A partir dos anos 90, no entanto, o cenário mudou. Os usuários começaram a convergir para o Windows e alguns *softwares* passaram a ser o padrão ao qual todos os usuários aderiram.

Nota:

(13) Para se ter uma idéia, em 8 anos (entre 1993 e 2001) o número de computadores ativos, no Brasil, aumentou quase 10 vezes, segundo dados constantes no site do Ministério da Ciência e Tecnologia < www.mct.gov.br/temas/info/resultlei/anexo2.htm >.

De toda forma, o fato é que o desempenho da indústria no longo prazo é muito mais guiado pelo incentivo à inovação do que por políticas de preço de curto prazo. Assim, a principal preocupação com o poder de monopólio na indústria deve estar ligada à **capacidade de uma determinada empresa limitar a melhoria tecnológica e a variedade de produtos**. Se o padrão de concorrência no mercado está claramente baseado em inovações, então qualquer conduta implementada deve ser analisada pelos seus efeitos sobre os ganhos de eficiências dinâmicas, mais do que os resultado em termos de eficiência alocativa.

CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se concluir que a indústria de *software* tende a apresentar alta concentração, pelo lado da oferta, em virtude das próprias características dos produtos transacionados. Devido aos efeitos de rede e de *lock-in*, a entrada em alguns mercados é muito difícil, visto que há grandes barreiras à substituição de produtos. O investimento em incentivos para que os consumidores troquem de produto muitas vezes é incompatível com os retornos esperados com a venda de produtos concorrentes.

Além disso, deve ser, mais uma vez, ressaltado que o padrão de concorrência nesse mercado está baseado em inovações e não em preço. Portanto, o que realmente distingue o caso em tela de outros casos relacionados a empacotamento é o fato de que o que importa, essencialmente, é o efeito dessa estratégia nas decisões de investimento em inovação das firmas.

3 – A LÓGICA DO EMPACOTAMENTO(14)

Nota:

(14) Essa seção está baseada em PINDYCK, Robert S. & RUBINFELD, Daniel L. (1997) *Microeconomics*. New Jersey: Prentice-Hall; NALEBUFF, Barry (2003), *Bundling, Tying and Portfolio Effects*. DTI economics paper nº 1; e Katz e Shapiro (1998), *op. cit.*

A estratégia de se vender produtos em pacote é economicamente racional quando os consumidores possuem preferências muito heterogêneas e o produtor não é capaz de discriminar preços. Nesses casos, ao vender o pacote, a firma é capaz de receber uma receita extra que não seria possível se os produtos fossem vendidos separadamente(15).

Nota:

(15) Por exemplo, considere uma companhia que produz filmes e tem que vendê-los para diferentes cinemas. Suponha dois diferentes cinemas, com os seguintes preços de reserva para dois diferentes filmes:

.....Filme 1.....Filme 2

Cinema AR\$ 12.000.....R\$ 3.000

Cinema BR\$ 10.000.....R\$ 4.000

Neste caso, a firma que produz os filmes deveria cobrar R\$ 10.000 pelo Filme 1 e R\$ 3.000 pelo Filme 2, se quisesse vendê-los separadamente. Com isso obterá uma receita de R\$ 13.000 por cinema e R\$ 26.000 no total. No entanto, se os vendesse como um pacote poderia receber R\$ 14.000 por cada e uma receita total de R\$ 28.000, ou seja, R\$ 2.000 a mais do que se os vendesse separadamente. O preço de reserva do Cinema A pelos dois filmes é de R\$ 15.000 (R\$ 12.000 + R\$ 3.000), enquanto o preço de reserva do Cinema B, pelos dois filmes, é de R\$ 14.000 (R\$ 10.000 + R\$ 4.000). Note-se que a firma estará vendendo a mesma quantidade (2 filmes). No entanto, através da estratégia do empacotamento, ela é capaz de cobrar um preço mais próximo dos preços de reserva dos vários consumidores para os dois produtos e, conseqüentemente, é capaz de aumentar o excedente do produtor.

Muitos autores argumentam, ainda, que a estratégia de empacotamento tem por objetivo empurrar ao consumidor produtos de má qualidade. No entanto, essa é uma hipótese que não tem sentido econômico. Por pior que seja o produto, existe sempre um preço de reserva que a firma pode cobrar para conseguir vendê-lo. Assim, a estratégia de vender dois bens como um pacote pode fazer com que a empresa seja capaz de aumentar sua receita, mas os consumidores ainda estarão pagando no máximo seu preço de reserva para ambos os bens.

Importante ressaltar que essa estratégia só é factível caso as demandas sejam negativamente correlacionadas, ou seja, se o consumidor que estiver disposto a pagar mais pelo bem vinculado também for aquele que esteja disposto a pagar menos pelo bem vinculante. Caso contrário, a firma obterá a mesma receita vendendo os produtos conjuntamente ou em separado.

Também é importante notar que a firma tem a opção de fazer um empacotamento misturado (*mixed bundling*) no qual os produtos passam a ser vendidos tanto em conjunto como separadamente. Nesta situação, o preço do pacote deve ser menor do que a soma dos preços dos produtos quando vendidos individualmente. Frequentemente, essa é a melhor opção quando a correlação negativa entre as demandas não é perfeita e os custos marginais são zero ou muito próximos disso (caso do mercado de *softwares*), ou quando a correlação negativa entre as demandas é perfeita e os custos marginais são significativos.

3.1 – Casos em que o Empacotamento pode ser Utilizado para Criar ou Preservar Poder de Mercado

A prática da venda casada e do empacotamento em algumas jurisdições, como a norte-americana, é tomada como um ilícito *per se* , principalmente, devido ao que se convencionou chamar de “teoria da alavancagem”(16). De acordo com essa teoria, uma firma multi-produto pode se utilizar dessa estratégia para alavancar o poder de monopólio que detém em um mercado (o do produto vinculante) para outro (o do produto vinculado), através de uma estratégia de fechamento do segundo mercado. Dessa forma, uma vez enquadrada a prática, as autoridades acabam, em geral, por considerá-la ilegal.

Nota:

(16) Nos EUA essa é uma das práticas cuja jurisprudência é das mais controversas. Apesar de ser em tese legalmente considerada como ilícita *per se* , hoje em dia as cortes têm ponderado a possibilidade da existência de eficiências, a ela associados (Katz & Shapiro, 1998: 47).

Alguns autores ligados à Escola de Chicago(17), no entanto, argumentam que não é possível que uma firma obtenha duas rendas de monopólio derivadas de apenas um monopólio de fato. Isto porque, se a firma produz um bem em um mercado competitivo, e outro em um mercado monopolizado, ainda que ela que comercialize os dois produtos na forma de pacote, ela não conseguirá obter uma margem maior do que ela já impunha vendendo os produtos separadamente(18). Segundo Bork (1978), há apenas um lucro de monopólio a ser obtido. No caso de todos os consumidores frequentemente comprarem os dois produtos em conjunto, não haveria prejuízo na relação da estratégia de empacotamento. Contudo, a firma também não teria ganho adicional algum para si mesma. Ademais, quando as preferências pelos bens não são perfeitamente correlacionadas, se a empresa optar por comercializá-los em pacote, o resultado será a redução de seus lucros, pois alguns consumidores, que antes os consumiam separadamente, podem não considerar a proporção fixada eficiente, deixando de adquirir o conjunto. Esses autores afirmam que, na realidade, as razões para adoção dessas práticas estão ligadas: (i) a estratégias de discriminação de preços, (ii) à divisão de risco, (iii) à obtenção de economias nas vendas conjuntas ou (iv) à proteção da boa-fé do negócio. Ressalte-se que todos esses resultados implicariam aumento de bem-estar social, ou, na pior

das hipóteses, conseqüências ambíguas.

Nota:

(17) Schmalensee (1982), Director and Levi (1956), Bork (1978), Posner (1976) dentre outros.

(18) A lógica desenvolvida por autores como Bork (1978)¹⁸ e Posner (1976)¹⁸ pode ser facilmente entendida: Suponha um monopolista do bem A, que o consumidor atribua um valor VA e que tem um custo de produção de CA. Esse consumidor também consome o produto B, vendido em um mercado competitivo, e atribui um valor VB. Tal produto tem o custo de produção de CB. Caso o monopolista no mercado A decida vender os produtos conjuntamente, o máximo que poderá cobrar será VA + CB, pois só assim o consumidor irá comprar os dois bens. De qualquer forma, o único lucro que o monopolista obterá será a diferença entre VA e CA, que é o mesmo, caso vendesse os produtos em separado. O único lucro de monopólio é aquele derivado do monopólio de fato que a firma detém no mercado A.

Nalebuff (2003), no entanto, chama a atenção para o fato de que o modelo proposto por essa escola é estático. O autor ressalta que jogos dinâmicos podem mostrar, ao contrário, que existem incentivos para o empacotamento. Os expoentes de Chicago não consideraram a possibilidade de uma firma ter poder de mercado na comercialização de mais de um produto e, assim, exercer a alavancagem. *Da mesma forma, também não teriam considerado a possibilidade de que eficiências surjam por conta de tal arranjo seja na produção, seja no consumo.*

Whinston (1989)⁽¹⁹⁾ também ressalta que a citada literatura não dá a devida atenção a um aspecto fundamental dessas estratégias⁽²⁰⁾, qual seja, a de que existem casos em que elas podem efetivamente (e de maneira lucrativa) afetar a estrutura do mercado do bem vinculado a ponto de tornarem a operação dos rivais continuamente não-lucrativa. O autor concorda que na hipótese em que o mercado vinculado seja concorrencial, sujeito a retornos constantes de escala (hipótese implícita pelos autores de Chicago) é impossível que as práticas em questão afetem sua estrutura. Contudo, Whinston (1989) alerta que os críticos da teoria da alavancagem só discutem a questão pelo lado da demanda, ou seja, tomam os preços dos concorrentes como dados. Nesse caso, como conseqüência teríamos que a firma seria capaz de aumentar seus lucros através do empacotamento, estando aqui implícita a idéia da discriminação de preços como justificativa para adoção de tais práticas.

Nota:

(19) WHINSTON, Michael D. (1989), *Tying, Foreclosure and Exclusion*, NBER Working Paper Series, Working Paper nº 2.995.

(20) O autor usa em seu artigo o termo *tying* ao invés de *bundling*.

Ao alterar as condições de atuação dos concorrentes, assumindo por hipótese que o mercado vinculado é um oligopólio sujeito a economias de escala, Whinston (1989) desenvolve alguns modelos que mostram que a firma detentora do monopólio no segmento vinculante também é capaz de monopolizar o segmento vinculado, através da estratégia de fechamento de mercado. Em outras palavras, a firma monopolista seria capaz de reduzir as vendas de seus concorrentes no mercado de produtos vinculados para um nível abaixo da escala mínima eficiente ou viável, forçando a saída dos rivais. Choi (2002)⁽²¹⁾ ressalta que no modelo de Whinston a exclusão das concorrentes é condição necessária para que o empacotamento seja uma estratégia lucrativa para a firma.

Nota:

(21) CHOI, Jay Pil (2002), *“Tying and Innovation: A Dynamic Analysis of Tying Arrangements”*. JEL Classification: L13, L41, O31.

O primeiro modelo descrito por Whinston (1989) é aquele no qual o autor assume que os preços de reserva de todos os consumidores para o produto vinculante são iguais, e adicionalmente o monopolista desse produto oferece também um outro bem, seja separadamente ou por meio de pacote. Em outras palavras, o monopolista não age de forma a fazer um compromisso com a estratégia de empacotamento, ou seja, tornando o preço do pacote menor do que o preço dos produtos vendidos individualmente, de modo a proporcionar uma vantagem ao consumidor que compre os dois produtos em conjunto.

Neste modelo o autor conclui que o resultado de equilíbrio em que a firma vende os produtos empacotados é economicamente equivalente ao resultado no qual os mesmos são vendidos somente avulsos. Assim, se todos os consumidores têm o mesmo preço de reserva para o bem vinculante, então para o monopolista o que importa é garantir que

todos os consumidores o consumam, seja individualmente ou no pacote. Nessa linha, dado que todos estão adquirindo o produto vinculante, se a firma monopolista se engajar em uma estratégia de empacotamento, os consumidores terão que escolher entre comprá-lo separadamente ou em conjunto, sendo que a decisão é tomada imputando-se um preço para o bem vinculado(22). Nessa situação, o empacotamento misturado gera o mesmo resultado do caso em que os produtos são vendidos somente separadamente.

Nota:

(22) Que vai ser igual ao preço do pacote menos o preço de reserva do produto vinculante, ou o preço do pacote menos o preço praticado do produto vinculante a depender da configuração dos preços.

Esse resultado poderia ser entendido como equivalente àquele descrito pelos expoentes da Escola da Chicago. Isso acontece porque, no caso em que não há comprometimento com a estratégia do empacotamento puro, não há incentivos para que as firmas alterem seus preços.

No entanto, Whinston (1989) apresenta um resultado diferente em um cenário no qual a firma monopolista estabelece um pré-compromisso com a comercialização dos produtos somente em pacote. Nesse caso, o autor conclui que tal compromisso faz com que a firma rival tenha uma receita menor do que naquele em que os produtos sejam vendidos também separadamente, podendo, no limite, tornar a operação do rival inviável economicamente.

Apesar de contra-intuitivo(23), esse resultado é alcançado pelo fato de que o compromisso de somente vender os produtos em pacote altera os incentivos para fixação de preços da empresa monopolista. Se a firma só vende o bem vinculante por meio de pacote, para fazer com que as vendas sejam lucrativas, ela precisaria diminuir o preço do bem vinculado, já que só venderia o primeiro se também vender o segundo. Assim, para tentar compensar a perda de demanda em razão da venda dos produtos em conjunto(24), a firma monopolista deverá diminuir o preço que cobra pela porção vinculada do pacote. Neste cenário, Whinston (1989) demonstra que vendendo apenas em conjunto, a empresa tem incentivos para cobrar menos pelo produto vinculado, deslocando as vendas da firma rival para si – o que o autor chama de “fechamento estratégico”.

Nota:

(23) Uma vez que à primeira vista pensaríamos que se o preço PA (do bem vinculante) é igual ao preço de reserva do produto (g), e o preço de B (bem vinculado) da firma monopolista é igual a PB1, o fato de vendê-los em conjunto pelo preço $g + PB1$ não deslocaria demanda adicional para a firma monopolista.

(24) Uma vez que o preço do pacote pode ser maior do que a soma dos preços de reserva de alguns consumidores.

Nessa situação, tanto o preço do bem vinculado, cobrado pelo monopolista, quanto o cobrado pelo rival diminuem, reduzindo os lucros desse último. Dessa forma, ao se comprometer com a estratégia do empacotamento, a firma monopolista pode fazer com que as operações do concorrente no mercado vinculado se tornem continuamente não-lucrativas, prescrevendo a saída daquela empresa.

Essa, no entanto, é uma estratégia que também diminui os lucros da empresa monopolista em comparação à situação de empacotamento misturado. Esse resultado decorre não só do fato de que o empacotamento diminui as vendas do produto vinculante(25), mas também devido à diminuição do preço cobrado pelo produto vinculado. Assim, de acordo com esse modelo, a firma monopolista não irá se comprometer com a estratégia do empacotamento, **a menos que ela tenha certeza de que a firma rival sairá do mercado e não retornará**.

Nota:

(25) Devido à perda das vendas para aqueles consumidores cujo preço do pacote é maior do que seu preço de reserva para os dois produtos.

Devemos lembrar que o modelo de Whinston (1989) assume a existência de um oligopólio no mercado vinculado, além da presença de economias de escala. Na presença de retornos constantes de escala e de um mercado competitivo para o bem vinculante, a estratégia de empacotar os produtos não será capaz de alterar os preços e, portanto, não haveria pressão para o concorrente sair do mercado.

As conclusões de Whinston (1989) sobre esses dois modelos podem ser resumidas da seguinte maneira: (i) a estratégia de venda casada ou empacotamento, ao contrário do que afirma a Escola de Chicago, pode ser usada de

maneira lucrativa como mecanismo de exclusão de rivais; (ii) dadas as hipóteses anteriormente elencadas, tais estratégias só serão usadas caso o comprometimento com elas seja possível; (iii) tal comprometimento sempre diminui a lucratividade dos rivais no mercado vinculado; e (iv) a venda casada ou o empacotamento só serão utilizados quando através deles for possível efetivamente excluir os rivais do mercado vinculado.

Note-se, ainda, que nesses dois primeiros modelos, Whinston (1989) assume que os preços de reserva do produto vinculante são iguais para todos os consumidores. Entretanto, o autor encontra resultados um pouco diferentes ao assumir que os preços de reserva para o produto vinculante são heterogêneos entre os consumidores. Neste caso, o compromisso da empresa de somente vender o pacote não reduz necessariamente os lucros da firma rival no mercado vinculado. Isso acontece por duas razões. Em primeiro lugar, com preços de reservas diferentes, pode ser que parte dos consumidores não atribua um valor tão elevado ao produto vinculante, isto é, existe um intervalo de preços de reserva abaixo do preço praticado. Esses indivíduos não comprarão o produto vendido pelo monopolista e migrarão para a firma concorrente. Nesse cenário, o empacotamento não é suficiente para fazer com que a rival seja excluída do mercado vinculado.

Por sua vez, se partirmos da hipótese de que o bem vinculado é quase homogêneo, chegaremos a um resultado ainda mais interessante. O empacotamento faz com que esse mercado, que antes era competitivo devido à homogeneidade, passe a trabalhar baseado com uma diferenciação vertical. A diferenciação, por sua vez, pode aumentar os lucros da firma rival no mercado vinculado. Esse resultado também depende da hipótese de que os preços de reserva dos consumidores para o produto vinculante sejam heterogêneos. Com isso, as duas firmas passam a dividir o mercado.

Assim, quando as preferências dos indivíduos pelo bem vinculante são diferentes, o comprometimento da firma monopolista com o empacotamento não leva necessariamente à saída da firma rival do mercado vinculado, podendo até ser benéfica para a rival. Nesse caso, as razões para o empacotamento poderiam estar ligadas às já elencadas pelos autores da Escola de Chicago, além de razões relacionadas a eficiências(26).

Nota:

(26) Na Seção 3.2, estão expostas algumas eficiências que podem decorrer de uma estratégia de empacotamento.

Um outro modelo discutido pelo autor é aquele em que os preços de reserva para o produto vinculante são diferenciados, mas a firma monopolista não estabelece um compromisso com o empacotamento. Nessa situação, o autor conclui que tal estratégia pode ser capaz de fechar o mercado vinculado para a firma rival de maneira similar ao caso em que há o comprometimento com o empacotamento e a demanda pelo bem vinculante é homogênea(27).

Nota:

(27) A prova deste resultado é por demais complexa para este voto, mas pode ser conferida no artigo de Whinston (1989).

Em resumo, os modelos de Whinston (1989) mostram que a teoria da alavancagem não é uma idéia superada, podendo ser viável uma vez adotados os pressupostos de economias de escala e da interação estratégica entre as empresas. Nesse cenário, a venda casada e o empacotamento podem fazer com que um monopolista no mercado vinculante seja capaz de tornar não lucrativas as operações de um rival no mercado vinculado, a ponto de excluí-lo. Ademais, na inexistência de outros ofertantes, a empresa empacotadora pode aumentar seus lucros com a venda do produto vinculado.

Uma análise alternativa das estratégias de empacotamento e venda casada pode ser encontrada em Carlton e Waldman (1998)(28). Para esses autores, não só tais estratégias seriam capazes de fechar o mercado vinculado para firmas rivais, na linha discutida por Whinston (1989), como também poderiam ser usadas como mecanismo para criação ou preservação do poder de monopólio no próprio mercado vinculante.

Nota:

(28) CARLTON, Dennis W. & WALDMAN, Michael (1998), *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, NBER Working Paper Series, Working Paper nº 6.831.

Através de modelos dinâmicos, os autores se centram na discussão de como o monopolista seria capaz de aumentar os lucros futuros ao deter a entrada de firmas eficientes no seu mercado primário e em seu mercado relacionado. Para isso partem de alguns pressupostos básicos.

Em um primeiro modelo de dois períodos, os autores assumem que existe um mercado de bens complementares ao produto monopolizado, caracterizado por economias de escopo intertemporais. Isto implica que para uma nova firma que

queira entrar no mercado complementar no segundo período, torna-se mais lucrativo participar desse mercado também no primeiro período.

Nessa linha, os autores mostram que se houver possibilidade de entrada da firma rival no mercado primário (monopolizado) em um segundo período, então existe incentivo para que a firma monopolista utilize o empacotamento para bloquear tal entrada e preservar seu poder no mercado primário. Isso acontece porque o empacotamento aumenta os custos da firma rival, fazendo com que ela tenha que entrar nos dois mercados desde o primeiro período. Como consequência, os autores mostram que novas firmas podem acabar não entrando nos dois mercados e a empresa já estabelecida (*incumbent*) consegue manter seu poder no mercado primário.

Em um segundo modelo, os autores relaxam a hipótese da existência de economias de escopo intertemporais, mas assumem efeitos de rede no mercado complementar. Nessa situação, os resultados alcançados são similares àqueles de quando existem economias de escopo intertemporais. Como no caso anterior, o rival pode acabar não entrando em nenhum dos dois mercados.

Importante ressaltar que nos modelos propostos por Carlton e Waldman (1998) as estratégias de empacotamento ou de venda casada são utilizadas para excluir do mercado uma firma que produz um bem superior, tanto no mercado primário quanto no mercado secundário.

Um outro cenário considerado pelos autores é aquele no qual o empacotamento pode ser usado estrategicamente para estender a posição de monopólio no mercado primário para um novo mercado emergente, associado ao mercado do bem complementar(29). Nesse caso, existem duas motivações ligadas ao uso dessa estratégia. Em um dos modelos, pressupõe-se que a firma monopolista busca estender seu poder de monopólio a esse novo mercado emergente. Em outro, o mercado emergente surge como complementar ao produto primário, mas é capaz de torná-lo obsoleto, razão pela qual a firma deseja monopolizá-lo.

Nota:

(29) Neste caso, existiriam três mercados: o produto primário, o produto complementar e o produto emergente.

No primeiro caso, os autores assumem novamente que existem economias de escopo intertemporais e que, adicionalmente, esse novo mercado não existe no primeiro período, sendo que ambas as firmas podem entrar no início do segundo período a um dado custo. Esse novo produto pode tanto ser usado individualmente, quanto em conjunto com o bem complementar. Além disso, pressupõe-se ausência de ameaça da firma entrar no mercado primário em um segundo período, o que exclui a motivação do uso do empacotamento para manter o poder de monopólio no mercado primário, como desenvolvido anteriormente.

Nesse modelo, Carlton e Waldman (1998) mostram que o monopolista pode usar o empacotamento do produto primário e do produto complementar no primeiro período para deter a entrada da firma rival no mercado complementar e no novo mercado emergente no segundo período. Nessa linha, estar-se-ia estabelecendo um monopólio nesse novo mercado emergente(30).

Nota:

(30) A prova deste resultado pode ser conferida no texto citado.

No segundo modelo, os autores assumem as seguintes hipóteses: (i) existência de efeitos de rede ligados ao produto emergente; (ii) que o monopolista não se depara com ameaça de entrada da firma rival no mercado primário no segundo período; e (iii) que inicialmente o produto primário e o produto emergente são complementares, e que no segundo período eles passam a ser substitutos.

O foco da discussão desse modelo baseia-se na forma como o monopolista pode usar o empacotamento para monopolizar o novo mercado e, dessa forma, obter lucros de monopólio, mesmo depois que o progresso tecnológico proposto pelo novo padrão torne o produto do monopolista obsoleto. Os resultados alcançados mostram que:

“Se a firma rival vende o produto emergente no primeiro período, então ela será capaz de monopolizar esse mercado no segundo período, diminuindo assim os lucros da firma monopolista no mercado primário. Para evitar que isso aconteça, o monopolista usa o empacotamento no primeiro período para fazer com que os consumidores comprem o produto emergente dele e, em razão das externalidades de rede, ela consegue obter uma posição de monopólio no novo mercado emergente no segundo período” (Carlton e Waldman, 1998: 29) – tradução livre.

Por fim, os autores mostram que todos os resultados obtidos em uma análise de dois períodos podem ser generalizados para uma análise de vários períodos. Em outras palavras, o monopolista pode introduzir novas versões dos produtos primário e complementar a cada novo período.

Note-se que os modelos supracitados estão centrados principalmente na competição por preço. No entanto, como foi dito anteriormente, entendendo que em grande medida o padrão de concorrência na indústria de informação ocorre em maior escala

por via de inovação. Nessa linha, é interessante lembrar modelos que levem em conta um canal importante pelo qual arranjos de empacotamento e venda casada afetam a concorrência: a inovação.

Choi (2002) demonstra que os ganhos da firma com empacotamento podem ser gerados pelo efeito dessa estratégia nos incentivos para investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), que, por sua vez, refletem na formação de preços. O autor trabalha com a hipótese de dois produtos independentes e se concentra na interação entre o jogo de P&D e o jogo de preços. Dessa forma, surge um outro canal, dessa vez relacionado à inovação, pelo qual a firma pode alavancar o poder de monopólio de um mercado para o outro. O autor constrói um jogo de três estágios, incluindo a variável de investimento em P&D, endogeneizando a função de custo de produção de cada firma.

No primeiro estágio, apenas a primeira firma – que atua no mercado vinculante e no vinculado – joga e decide se vai realizar o empacotamento dos produtos. No segundo estágio, as duas firmas decidem o quanto vão investir em P&D no mercado vinculado. O autor pressupõe uma função que relaciona o montante de investimento em inovação com um percentual na redução de custos de produção. Se há investimento, há redução de custos, e quanto maior o montante investido, maior será a redução de custos, o que implica economias de escala relacionadas à inovação(31). Finalmente, no terceiro estágio, a competição de preços é derivada a partir do modelo padrão de Hotelling(32). O jogo é resolvido por indução retroativa. Choi demonstra que, a partir desse jogo, **“ os incentivos de P&D da firma empacotadora aumentam em detrimento dos da firma rival. (...) Isso é apenas a manifestação da “hipótese de apropriação dos benefícios da inovação”, que garante que os incentivos para inovar são diretamente proporcionais à apropriação dos benefícios da inovação. (...) O empacotamento permite que a firma capture uma maior participação no mercado vinculado que se traduz em maior lucro com a inovação. Portanto, a decisão de empacotamento pode ser considerada como um compromisso de investimentos mais agressivos em P&D. Isso também corrobora o argumento de que o empacotamento feito por uma firma dominante reduz os incentivos à inovação dos competidores no mercado vinculado.”** No modelo de Choi, o fechamento de mercado não exclui necessariamente a firma rival do mercado. É importante salientar que este é um resultado forte, que depende das hipóteses de natureza determinista de P&D e de diferenciação horizontal dos produtos(33).

Nota:

(31) Como nota de esclarecimento, Choi (2002) constrói uma função $\Phi(\Delta)$, com primeira e segunda derivadas positivas: $\Phi'(\Delta) > 0$ e $\Phi''(\Delta) > 0$.

(32) Para detalhes sobre o modelo de Hotelling, vide Tirole J. (1998) *The theory of industrial organization*, Capítulo 7.

(33) Por conta da primeira hipótese (natureza determinista do P&D), é que Choi conseguiu definir uma função diferenciável ($\Phi(\Delta)$) e, assim, incluir o efeito do investimento em inovação no problema de maximização de lucro das firmas. A segunda hipótese (diferenciação horizontal no mercado vinculante) permitiu a utilização do modelo de Hotelling. A meu ver, a primeira hipótese é a de fato mais forte, e deve ser vista com maior cuidado.

De forma resumida, o quadro abaixo destaca principais conclusões dos modelos apresentados:

MODELOS	HIPÓTESES	CONCLUSÕES
Escola de Chicago. Hipótese Básica: o mercado vinculado é competitivo e sujeito a retornos constantes de escala		
MODELO	Monopólio do bem vinculante (A), que o consumidor valora ao nível de VA e que tem um custo de produção de CA. Esse consumidor também valora o bem vinculado (B), ao nível de VB e que tem o custo de produção de CB.	Caso o monopolista decida vender os produtos em conjunto, o máximo que poderá cobrar será VA + CB, pois só assim o consumidor irá comprar os dois produtos. De qualquer forma, o único lucro que o monopolista terá será a diferença entre VA e CA, que será o mesmo caso venda os produtos separadamente ou em pacote.
Autor: Whinston (1989). Hipótese básica: o mercado vinculado é um oligopólio com economias de escala		
MODELO 1	O preço de reserva do produto vinculante (A) de todos os consumidores são iguais e não há comprometimento com a venda do pacote. O preço de reserva do pacote é menor do que a soma dos preços dos produtos vendidos individualmente.	O resultado de equilíbrio em que a firma vende os produtos empacotados é economicamente equivalente ao resultado em que os produtos são vendidos somente de forma separada. Resultado equivalente ao da Escola de Chicago, pois nessa hipótese não há incentivos para que as firmas alterem seus preços.

MODELO 2	O preço de reserva do produto vinculante (A) de todos os consumidores são iguais, mas há comprometimento com a venda do pacote.	O compromisso com a venda do pacote faz com que a firma rival tenha uma receita menor do que no caso em que os produtos são vendidos também em separado, o que pode fazer com que a operação dessa firma se torne economicamente inviável. Há mudança para o esquema de incentivos para a fixação do preço da porção B do pacote (produto vinculado), o que faz com que os preços do produto B da firma monopolista e da firma rival caiam, podendo fazer com que a firma rival saia do mercado (fechamento estratégico de mercado).
MODELO 3	Os preços de reserva do produto vinculante (A) são heterogêneos entre os consumidores, e há comprometimento com a venda do pacote.	O compromisso com a venda do pacote não reduz, necessariamente, os lucros da firma rival no mercado vinculado. Isto ocorre por duas razões: 1º) caso o preço de reserva do produto A de um grande número de consumidores seja menor do que seu custo de produção; ou 2º) caso a diferença entre os preços de reserva faz com que a firma rival acabe se beneficiando do empacotamento, já que apesar de todos os consumidores possuírem uma avaliação maior do pacote do que do produto B2. Para alguns deles essa diferença será maior do que para outros e, dependendo do nível de preços do pacote, alguns acabem por não comprá-lo.
MODELO 4	Os preços de reserva do produto vinculante (A) são heterogêneos entre os consumidores e não há comprometimento com a venda do pacote.	Tal estratégia pode ser capaz de fechar o mercado B para a firma rival, de maneira similar ao caso em que há comprometimento com o pacote e a demanda pelo produto A é homogênea.
Autores: Carlton e Waldman (1998). Modelos Dinâmicos. Demonstração em dois estágios, que podem ser generalizados para T-períodos.		
MODELO 1	Modelo de dois períodos, onde existe um mercado de bens complementares ao produto monopolizado, caracterizado por economias de escopo intertemporais.	Se houver possibilidade de entrada da firma rival no mercado primário (monopolizado) em um segundo período, então existe incentivo para que a firma monopolista utilize o empacotamento como forma de bloquear tal entrada e preservar seu poder no mercado primário.
MODELO 2	Modelo de dois períodos, onde existe um mercado de bens complementares ao produto monopolizado, caracterizado por efeitos de rede.	A ameaça de entrada no mercado primário a partir do segundo período também funciona como incentivo para que o monopolista se utilize do empacotamento para aumentar os custos operacionais do rival, obrigando-o a entrar nos dois mercados a partir do primeiro período. Como no Modelo 1, o rival pode acabar não entrando em nenhum dos dois mercados.
MODELO 3	Existência de um terceiro mercado (mercado emergente) associado ao mercado do bem complementar. Assume existência de economias de escopo intertemporais e que o mercado emergente não existe no primeiro período, sendo que ambas as firmas podem entrar nesse mercado, no segundo período, a um custo Em. o novo produto pode ser usado tanto individualmente quanto em conjunto com o bem complementar. Não existe ameaça de entrada da firma no mercado primário em um segundo período.	O monopolista pode usar o empacotamento do produto primário e do produto complementar no primeiro período para deter a entrada da firma rival no mercado complementar e no mercado emergente no segundo período, estabelecendo um monopólio nesse novo mercado emergente.

O que se observa é que, os modelos descritos anteriormente mostram que o empacotamento pode ser uma estratégia lucrativa de fechamento de mercado, desde que algumas hipóteses sejam verificadas na prática. Ao longo deste voto, irei analisar se alguns desses pressupostos estão presentes no caso em questão.

3.2 – Os Efeitos sobre a Concorrência e o Bem-Estar

Os resultados da política de empacotamento de produtos podem ser variados e dependem das motivações que levam à adoção de tal estratégia. Como enfatizam Katz e Shapiro (1998), caso os motivos para o empacotamento sejam a redução de custos de transação ou a garantia de qualidade dos produtos, essa estratégia pode ser benéfica para os consumidores, além de gerar eficiência econômica.

Quando por trás do empacotamento estão implícitas a estratégia de medição (*metering*) da demanda ou da discriminação de preços, os resultados para o bem-estar social podem ser positivos, apesar de, em geral, ocorrer uma redução do excedente do consumidor. No entanto, quanto mais perto da discriminação de preços perfeita uma firma for capaz de chegar, maior serão os ganhos em termos de eficiência alocativa obtidos a partir do empacotamento. Em alguns casos ainda, com a discriminação de preços, a firma incorpora à demanda os consumidores que estariam fora do mercado, caso fosse cobrado um preço único maior do que o de reserva do grupo disposto a pagar menos pelo produto.

Boa parte da literatura sobre empacotamento envolve a análise de como essa estratégia é usada para discriminação de preço por um monopolista multiproduto. Contudo, Nalebuff (2003) destaca que esta não é aplicação mais importante, apesar de ser a mais estudada e a melhor compreendida. Nessa linha, portanto, as autoridades antitruste devem tomar cuidado ao interpretar o uso do empacotamento como estratégia pura de discriminação de preço. Há que se lembrar que para isso ocorrer de maneira efetiva, as demandas pelos bens vinculado e vinculante devem ser negativamente correlacionadas. Não parece razoável assumir que os consumidores do Money e do MOSB apresentem demandas negativamente relacionadas por esses produtos. Afinal, um consumidor que atribua maior valor ao Money também, provavelmente, o fará com relação ao MOSB. No máximo, podemos considerar que as demandas por esses produtos sejam independentes. Assim, parece descartável a suposição de que o objetivo da Microsoft em empacotá-los tenha como finalidade discriminar preço.

Segundo Katz e Shapiro (1998), os efeitos derivados do empacotamento visando o fechamento de mercado podem ser ambíguos. Entretanto, há que se notar que os consumidores não perderão somente se puderem trocar de fornecedores. Caso contrário, se a estratégia de fechamento de mercado for bem sucedida a ponto de excluir concorrentes do mercado e transformar o mercado vinculado em um monopólio, então os consumidores serão lesados devido à diminuição da concorrência e seus impactos sobre preços.

Já Whinston (1989) afirma que, quando as preferências pelo produto vinculante são homogêneas, as conseqüências do empacotamento sobre o bem-estar não são claras. Por um lado, os consumidores perdem quando os preços se elevam devido ao monopólio obtido no mercado vinculado, e porque a exclusão dos rivais leva a uma menor variedade de produtos nesse mercado. Por outro lado, se o mesmo incentivo que provocou a redução do preço do produto vinculado da firma monopolista, e que levou a saída da firma rival do mercado, continuar agindo após a obtenção do monopólio, é provável que o efeito final seja o de haver aumentos de preços, a médio e longo prazo, reduzindo o excedente do consumidor.

De acordo com esse autor, os efeitos sobre a eficiência agregada são incertos. Em primeiro lugar, o viés associado ao processo de livre entrada no mercado implica que a exclusão de firmas não necessariamente leva à redução do bem-estar agregado. Além disso, a literatura que trata de empacotamento ressalta que os efeitos de tal estratégia são ambíguos no que tange à discussão sobre eficiência alocativa. Adams e Yellen (1976)(34), por exemplo, mostram que, em alguns casos, o empacotamento pode levar à ineficiência distributiva ou alocativa, fazendo com que um ou ambos os bens sejam sub (ou super)-produzidos. No entanto, também destacam certos casos em que o empacotamento diminui a perda de peso-morto em uma situação de monopólio.

Nota:

(34) ADAMS, W. J. & YELLEN, J. L. (1976) *Commodity Bundling and the Burden of Monopoly*. Quarterly Journal of Economics (90), p. 475-498.

Carlton e Waldman (1990), por sua vez, argumentam que existem inúmeras dificuldades para se tirar conclusões sobre o bem-estar a partir dos seus modelos. A principal delas está ligada à avaliação de se os produtos podem realmente ser considerados como produtos separados. Em outras palavras, o fato de que os produtos podem ser produzidos, comercializados e consumidos separadamente não é suficiente para se concluir que o pacote composto por eles não tenha algum tipo de ganho para os consumidores, como, por exemplo, a conveniência de uso ou alguma facilidade adicional.

Os autores argumentam ainda que em determinados casos é muito difícil verificar se realmente os consumidores se beneficiam do empacotamento, ou se essa é somente uma estratégia capaz de permitir a exclusão de rivais. Segundo eles, esse é um *trade-off* de difícil avaliação. Nesse cenário, estabelecem alguns critérios que devem ser considerados.

Em primeiro lugar, qualquer eficiência plausível deve ter um grande peso na análise. Em segundo, devem ser avaliadas as prováveis motivações para a adoção de tal prática, inclusive buscando evidências para elas. Em terceiro, as eficiências obtidas pela integração física dos componentes devem ter maior peso do que as obtidas através de contratos (35).

Nota:

(35) Ou seja, A e B sendo vendidos como um pacote C ao invés da venda da combinação de A e B por força de negociações contratuais.

Um segundo ponto levantado pelos autores se refere à discussão sobre se o aumento dos retornos privados não seria desejável em indústrias sujeitas a rápidas mudanças tecnológicas, devido a seus incentivos sobre a inovação. Segundo alguns estudos citados por eles(36), o retorno social sobre a inovação seria maior do que os retornos privados, justificando assim a tolerância a práticas ou estruturas que incentivem o aumento desses últimos.

Nota:

(36) MANSFIELD, Edwin, RAPOPORT, John, ROMEO, Anthony, WAGNER, Samuel e BEARDSLEY, George (1977) *Social and Private Rates of Return from Industrial Innovation* . Quarterly Journal of Economics (92), 223-240; BERNSTEIN, Jeffrey e NADIRI, M. Ishaq (1988) *Interindustry R&D Spillovers, Rates of Return, and Production of High-Tech Industries* . American Economic Review (78), 429-434; e MANSFIELD, Edwin (1991) *Social Returns from R&D: Findings, Methods and Limitations* . Research Technology Management.

Nos modelos dinâmicos desenvolvidos por Carlton e Waldman (1990) as conseqüências sobre a inovação são ainda mais difíceis de serem analisadas. Isso porque, apesar de nos primeiros estágios a interação estratégica entre as firmas levar a um aumento nos retornos privados, o que incentivaria a inovação, a conseqüência desse comportamento estratégico nos períodos subseqüentes pode ser a de limitá-la, através da redução da concorrência(37).

Nota:

(37) Há autores que defendem que maior concorrência leva a maiores inovações, enquanto outros argumentam que mercados mais concentrados teriam melhores condições financeiras para investir em inovações. Na verdade, a discussão sobre o papel da estrutura na intensidade de inovação no mercado é controversa na literatura até hoje.

Choi (2002) demonstra que o bem-estar social agregado é reduzido com o empacotamento . No entanto, como já ressaltado na seção anterior, o autor parte de hipóteses bem fortes para chegar a esse resultado.

Há que se reconhecer que existem dificuldades para se determinar o efeito de uma estratégia de empacotamento sobre o bem-estar. Note-se que, não existe apenas uma explicação ou motivação para que as firmas adotem a referida estratégia. Nalebuff (2003) faz uma separação para fins didáticos entre razões ligadas à eficiência e razões estratégicas. Redução de custo, melhora da qualidade e redução de ineficiências do sistema de preços compõem a primeira categoria. Já o aumento de barreiras à entrada, mitigação da competição, ofuscação de preços e ganhos de vantagem competitiva fazem parte da segunda. O problema é que muitas vezes as duas categorias sobrepõem-se . **“ Motivos relacionados a eficiência também podem ser estratégicos, já que eficiência gera vantagem estratégica, na presença de competição, quando os rivais não são capazes de duplicar a estratégia de empacotamento ”** (38) .

Nota:

(38) Nalebuff (2003), *op. cit.*, p. 18. Tradução livre.

Segundo ainda o mesmo autor, a razão mais óbvia para se vender produtos conjuntamente é redução de custos e/ou melhora da qualidade. O autor usa a própria indústria de *softwares* como exemplo. É mais barato disponibilizar uma suíte de *softwares* em um único CD do que vendê-los separadamente. Salinger (1995) também reconhece que há sinergias de custos, e que essas são mais fortes quando os valores que os consumidores atribuem aos produtos empacotados são positivamente relacionadas. No caso específico do Money e do MOSB, como já foi mencionado anteriormente, é bem razoável esperar que as demandas por esses produtos sejam positivamente correlacionadas. Em outras palavras, um maior grau de padronização, gerado pelo empacotamento, pode significar mais para todos (produtor e consumidor). Nalebuff (2003) ressalta ainda que, em alguns mercados, não há a opção de se comprar os produtos do pacote avulsos, porque não há demanda para isso. Nesse caso, não se pode inferir que o empacotamento tem o objetivo de levar a cabo uma estratégia de exclusão de rivais ou mitigação da competição, conforme exposto nos modelos apresentados por Whinston e Choi.

Nalebuff (2003) também sugere um outro tipo de eficiência gerado pela redução da gama de escolhas resultante do empacotamento, qual seja: facilitar o processo de decisão de compra do produto. O senso comum nos diz que quanto mais amplo for o leque de escolhas, melhor será o resultado para o consumidor. Contudo o autor apresenta trabalhos relacionados a teoria da decisão comportamental que mostram que oferecer muitas opções ao consumidor pode resultar em nenhuma escolha(39). Em outras palavras, o consumidor posterga a decisão. Aqui não se trata de falta de informação, mas de dificuldade em processar as informações relacionadas ao produto. Assim, restringir o conjunto de escolha com um pacote

pode facilitar o processo de decisão. Além de gerar mais utilidade para o consumidor, a estratégia também é maximizadora de lucro para a firma. Neste cenário, portanto, o empacotamento ocorre tanto por razões de eficiência como por razões estratégicas.

Nota:

(39) Vide Ravi Dhar, “ *Choice Deferral* ” (1999), in the Elgar Companion to Consumer Research and Economic Psychology (ed/ P. Earl and S. Kemp.); Ravi Dhar and I. Simonson, “ *The Effect of Forced Choice on Choice* ”, Journal of Marketing Research, (mimeo); Ravi Dhar “ *Consumer Preference for a No-Choice Option* ” , (1997) Journal of Consumer Research.

Não obstante, existem ainda aqueles que argumentam que reduções de custos e melhoria de qualidade podem também criar um problema antitruste, uma vez que uma firma dominante pode levar vantagem sobre suas rivais quando realiza o empacotamento. Contudo, essa tese de “eficiência ofensiva” se choca com os princípios básicos da economia. Condenar uma firma por gerar eficiência seria o mesmo que condená-la por investir em tecnologias de redução de custo e melhoria de qualidade. Como bem ressalta Nalebuff (2003), não se espera que pacotes que gerem eficiências não devam chamar a atenção de autoridades antitruste. Entretanto há que se perceber que as eficiências não são parte do problema.

Em resumo, os autores argumentam que a dificuldade de se proceder uma análise exata de custo-benefício do empacotamento implica que justificativas plausíveis de eficiências devem ser suficientes para aceitá-lo no caso de integração física de componentes. Ainda que haja um certo fechamento de mercado, é importante do ponto de vista antitruste, analisar se o consumo do pacote não gera maior utilidade ao consumidor do que o consumo dos mesmos bens separadamente.

4 – ANÁLISE DA CONDUTA

4.1 – Da Delimitação do Mercado Relevante

Conforme discutido no parecer da SDE, o mercado de *software* para microcomputadores (PCs) está dividido em dois segmentos: (i) os *softwares* básicos, que incluem ambientes, plataformas e sistemas operacionais; e (ii) o mercado de aplicativos, que engloba diversos tipos de *softwares* , destinados a diferentes necessidades dos usuários, tais como os processadores de texto, planilhas eletrônicas, bancos de dados, aplicativos financeiros e outros.

É sabido que o conceito de mercado relevante está associado à idéia de substitutibilidade de bens, tanto por sua dimensão produto, como por sua dimensão geográfica. Assim, estarão contidos em um mesmo mercado relevante todos os produtos que são considerados pelos consumidores como substitutos entre si, sejam produtos diferentes destinados ao mesmo uso (dimensão produto), seja o mesmo produto que pode ser adquirido em diferentes localidades (dimensão geográfica).

De acordo com ELZINGA e MILLS (1999): “O sistema operacional é o programa que administra o PC. Geralmente, serve de plataforma sobre a qual cada aplicativo irá rodar. Isso significa que o sistema operacional é quem irá prover os serviços de programação que serão utilizados pelos programadores quando forem escrever os softwares aplicativos. Esses serviços de sistema tornam-se disponíveis por meio das interfaces de aplicação de programas (application programming interfaces - APIs). O sistema operacional também é responsável por controlar todos os dispositivos internos e periféricos, assim como as multifunções e a interface com os usuários.”(40)

Nota:

(40) ELZINGA, Kenneth G. & MILLS, David E. *PC Software . Antitrust Bulletin* , v. 44, n. 3, Fall 1999, p. 739-786. Tradução livre.

Nesse contexto, resta evidente que sistemas operacionais e aplicativos devem ser definidos como mercados relevantes separados, uma vez que possuem demandas complementares e não substitutas.

No caso de aplicativos, devemos considerar que estes são desenvolvidos especificamente para uma plataforma, o que implica que aumentos de preços de *softwares* aplicativos nem sempre levam à substituição de produtos, uma vez que a troca pode envolver também mudanças no *hardware* ou no sistema operacional. Sendo assim, o mercado de aplicativos deve ser definido levando-se em conta sua compatibilidade com determinado *hardware* ou com o sistema operacional instalado. Considerando, ainda, que cada aplicativo é destinado a atender diferentes necessidades dos consumidores, pode-se dizer que dentro de uma mesma classe há distintos mercados relevantes, como, por exemplo, os aplicativos destinados ao processamento de textos ou à manipulação de dados, tais como as planilhas eletrônicas.

No caso em questão, a denúncia se refere a um tipo específico de aplicativo, qual seja: *softwares* destinados a organizar as finanças de pessoas físicas ou jurídicas.

Em razão do que foi exposto, acompanho a SDE e o Conselheiro Relator que definiram o mercado relevante, na sua

dimensão produto, como o de **aplicativos para Windows destinados ao controle financeiro de usuários domésticos e de pequenas empresas. A dimensão geográfica deste mercado foi restringida ao território nacional, principalmente em função das limitações de idioma** .

Apesar de acompanhar a definição proposta com relação ao mercado geográfico, considero possível ainda segmentar o mercado de produto proposto, dada a capacidade da Representada de discriminar preços entre **vendas a varejo e corporativas** . Como já afirmado anteriormente, de acordo com as *Merger Guidelines* norte-americanas, nos casos onde existe segmentação de mercado e o monopolista hipotético é capaz de discriminar preços, o mercado relevante pode ser definido de maneira distinta para cada grupo de compradores.

No que se refere ao mercado de vendas a varejo, devemos também considerar que o caráter dinâmico da indústria de *softwares* leva a uma definição do mercado de maneira prospectiva. Nessa linha, os limites de um mercado relevante dentro dessa indústria se alterariam ao longo do tempo, de acordo com a tecnologia e as práticas de mercado. Assim, alguns autores defendem que o mercado de aplicativos, tais como processadores de texto, planilhas eletrônicas ou banco de dados, rapidamente se transformou em um mercado de suítes (ou pacote de aplicativos) (Katz & Shapiro, 1998:13).

É importante frisar que a análise a ser empreendida, particularmente no que se refere a vendas a varejo, tem como pano de fundo o fato de que um mercado que anteriormente tinha como concorrentes somente os produtores de aplicativos destinados ao controle financeiro dos usuários, agora passa a sofrer a concorrência indireta de uma suíte (o MOSB).

Por sua vez, o mercado de suítes poderia até ser considerado um mercado relevante em separado. No entanto, as relações concorrenciais no mercado de aplicativos financeiros são irremediavelmente alteradas a partir do momento em que uma suíte passa a ser composta também por este aplicativo, que antes era vendido somente em separado.

Como já ressaltado, a concorrência na base de produtos tende a ser substituída pela concorrência na base de suítes no mercado de *softwares* . No entanto, porquanto ainda existam programas vendidos em separado, acredito que deve ser empreendida uma análise dos impactos das suítes no mercado de *softwares* individuais. E vista disso, entendo necessário definir um segundo mercado relevante, o do produto vinculante. Sendo assim, para a análise da conduta em questão, defino um segundo mercado relevante constituído pelas suítes.

4.2 – Participação de Mercado

No que se refere ao mercado de aplicativos financeiros, a Tabela 1 está apresentada a evolução da participação dos produtos desde 1997.

TABELA 1
Vendas de Aplicativos Financeiros
(Participação de Mercado em %)

ANO FISCAL	CAIXA FORTE	FINANCE	QUICKEN	MONEY	PRESTO
1997	0,1	1,8	1,5	94,6	2,1
1998	0,1	0,4	2,2	84,9	12,5
1999	0,1	2,0	3,5	43,9	50,5
2000	0,1	1,2	3,0	23,0	72,7
2001	0,5	16,5	11,7	70,5	0,9
2002	1,2	83,6	12,3	0,0	2,9
2003	1,5	94,1	0,0	0,0	4,4

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos através de diligências

Notas:(i) Estão excluídas as vendas do Money para Bancos;

(ii) O ano Fiscal aqui considerado vai de julho do ano anterior a junho do ano corrente.

Já no que se refere ao mercado de suítes, os dados estão expostos na Tabela 2.

TABELA 2
Mercado de Suítes Integradas
(Participação de Mercado em %)

ANO	MS OFFICE	LOTUS	STAR OFFICE	OUTROS
1999	93,0	3,0	1,0	3,0
2000	94,0	2,0	1,5	2,5
2003	94,0	2,0	2,0	2,0

Fonte: Parecer daSEAE no Processo nº 08012.008024/98-49 (FGV).

É possível inferir, *a priori*, que a Representada detém uma elevada parcela do mercado de suítes. Ocorre que a análise antitruste preconiza que o controle de parcela substancial do mercado relevante é condição necessária, mas não suficiente, para o exercício unilateral do poder de mercado, devendo ser observados outros fatores, ainda mais consideradas as especificidades dos argumentos aqui discutidos.

4.3 – Possibilidade de Exercício de Poder de Mercado

Conforme já exposto, a indústria de *software* tende a ser concentrada. No entanto, a participação de mercado significa muito pouco em ambientes sujeitos a rápidas mudanças tecnológicas. Uma participação de mercado historicamente alta deve ser menos significativa caso se vislumbre, no futuro, um mercado aberto à competição para novas firmas, que poderiam, eventualmente, vir a neutralizar as vantagens da firma estabelecida (*incumbent*).

Segundo Katz e Shapiro (1998), o que realmente importa na avaliação da concorrência em mercados dinâmicos são os ativos que as empresas podem trazer ao mercado. O controle sobre esses ativos e o efeito disso sobre a concorrência futura é o que deve ser levado em consideração. Nessa linha, a análise das condições de entrada torna-se elemento fundamental para avaliar a possibilidade de exercício de poder de mercado na indústria de *software*.

Como discutimos anteriormente, a existência de efeitos de rede tem grande impacto sobre a possibilidade de mudança de produtos que, em conjunto com os custos de troca e de coordenação, levam ao surgimento de efeitos *lock-in* dos consumidores. Some-se a isso os altos custos de desenvolvimento da primeira cópia, que são, por essência, irrecuperáveis, e que fazem com que as previsões sobre o equilíbrio pós-entrada tenham grande impacto sobre as decisões de se efetivamente entrar no mercado. Assim, mercados marcados por elevada base instalada e sujeitos a efeitos de rede e elevados custos de troca e de coordenação se tornariam menos atrativos.

Em termos concretos, nas tabelas apresentadas anteriormente, pude observar que o mercado de aplicativos financeiros para usuários domésticos e pequenas empresas sempre foi muito concentrado. O Money detinha praticamente todo o mercado até 1998. Já em 1999 o Presto passou a ser o produto dominante, permanecendo assim até 2000. Em 2001, o Money voltou a deter uma elevada fatia e o Finance iniciou o seu processo de crescimento. A partir de 2001, com a saída do Money e do Quicken, o Finance passou a ser o produto líder, sendo responsável por cerca de 84% do mercado em 2002.

Interessante notar que o Quicken da EverSystems, um dos produtos líderes nos EUA, nunca conseguiu se fixar no Brasil, tendo saído do mercado em 2001(41). De acordo com a empresa que comercializava o produto no Brasil, em resposta ao Ofício CADE nº 365/2003, a expectativa de venda do Quicken no país “*foi baseada no número de cópias vendidas nos USA. Esta expectativa não foi alcançada, devido a grande diferença de cultura entre os usuários destes países. A pirataria no mercado de software no Brasil é muito grande (...)*” (42).

Nota:

(41) A participação do Quicken em 2002, representada na Tabela 1, se deve ao fato de que na citada tabela está considerado o ano fiscal, que vai de 01 de julho do ano anterior a 30 de junho do ano corrente. Sendo assim, a participação de mercado do Quicken em 2002 se refere às vendas entre 01 de julho de 2001 e 30 de junho de 2002.

(42) Fls. 3.044 dos autos.

Segundo definição constante no Relatório de Análise de Similaridade entre o Finance e o Money, expedido pela Unicamp (43),

Nota:

(43) Relatório emitido por solicitação da Fundação Centro Tecnológico para Informática - CTI, que por sua vez recebeu solicitação da Secretaria de Política de Informática e Automação, do Ministério da Ciência e Tecnologia, para que realizasse exames funcionais entre os produtos concorrentes Money e Finance. A participação desta Secretaria no processo ocorreu por solicitação da SDE, via Ofício nº 3.192/98/GAB/SDE/MJ, de 04 de setembro de 1998.

“Um software de administração financeira genérico – para ser utilizado em gestões pessoais e pequenas e médias empresas dentro do âmbito brasileiro – deve conter, basicamente, as seguintes macrofunções:

- I. Contas Correntes*
- II. Planos de Contas*
- III. Orçamentos*

IV. Fluxo de Caixa

V. Investimentos

VI. Ativos

VII. Relatórios

VIII. Formatação Geral

Essas macrofunções, divididas em suas especificidades, deverão compor um sistema de ações e processamento, que permita ao seu usuário a constante verificação de sua posição financeira – atual e real, realizar previsões e provisões financeiras, administrar seus investimentos e ativos, com base no conjunto básico de lançamentos de débito/crédito usualmente aceitos nas operações bancárias tradicionais” (44).

Nota:

(44) Fls. 1.312 e seguintes.

Como se percebe, no caso dos aplicativos financeiros, por serem produtos de uso pessoal, e para os quais não há interesse na troca de informações entre usuários, o valor de sincronia é baixo. Em outras palavras, não existe interesse de um usuário trocar informações sobre seu orçamento pessoal com outros, seja no caso de usuários domésticos, seja no caso de pequenas empresas.

Para esses produtos o único valor de sincronia é o derivado da compatibilidade dos aplicativos com os diversos sistemas de *home/internet banking*. Nesse sentido, quanto maior o número de produtos compatíveis, mais opções o usuário terá. Conforme se depreende das respostas às diligências realizadas, a compatibilidade dos diversos sistemas de *home banking* com os diversos aplicativos financeiros não é questão muito complicada, mas é algo que demanda algum tempo e investimento para fazer com que o programa se integre a cada banco. Portanto, o esforço de compatibilizarão de um *software* financeiro é um risco que, por menor que seja, deve ser analisado vis-à-vis às perspectivas de mercado com as quais cada empresa se depara.

Como em qualquer outro segmento baseado em diferenciação de produtos e inovação, os custos de *marketing* e os aqueles ligados ao desenvolvimento da primeira cópia do *software* são, em geral, elevados e irrecuperáveis. Nessa linha, um exemplo das grandes barreiras à entrada que existem nesse mercado foi a experiência do *software* “Simply Money” da Computer Associate nos Estados Unidos, citado por Katz e Shapiro (1998): “ *mesmo a Computer Associate virtualmente cedendo seu programa de graça, e recebendo algumas críticas favoráveis ao produto, ainda assim não conseguiu larga aceitação no mercado* ” (1998:24).

No Brasil, algumas empresas entraram no mercado de aplicativos financeiros. Entretanto, é importante destacar que os dois programas líderes nos EUA não se estabeleceram no país, tendo o Money saído em abril de 2001 e o Quicken, da Intuit, em meados do mesmo ano. É bem verdade que, somente o Finance se manteve atualizado, detendo cerca de 94% do mercado. O que se observou foi que, das cinco empresas que entraram nesse mercado, duas já saíram (Microsoft e Eversystems/Intuit) e duas possuem hoje participação marginal, apresentando vendas insignificantes. Entretanto, pelo próprio porte das empresas envolvidas, que atuam em nível mundial, e pelas suas respectivas estruturas de distribuição e venda no Brasil, acho pouco provável que esse movimento de entrada e saída do mercado esteja relacionado aos custos de desenvolvimento e distribuição.

Tendo a assumir a hipótese inicial de que, na verdade, o mercado de aplicativos no Brasil não é realmente muito amplo, seja pela falta de cultura do brasileiro de fazer planejamento orçamentário, seja pelo alto grau de pirataria entre usuários domésticos. Dessa forma, esse mercado estaria basicamente voltado para pequenas e médias empresas.

Supondo o mercado de aplicativos financeiros, de forma isolada, não se pode dizer que exista uma empresa capaz de exercer poder de mercado. Apesar das dificuldades inerentes ao fato de que este é um mercado sujeito à diferenciação de produtos e à inovação, parece-me que o principal entrave neste caso seja justamente o seu tamanho. As barreiras à entrada não são intransponíveis para uma empresa que deseje efetivamente atuar nesse segmento. Ao meu ver, o problema são as perspectivas de equilíbrio pós-entrada, dado o aparente nível reduzido de demanda e a produção das empresas já instaladas. Em certo sentido, o pequeno número de empresas atuando hoje, com somente uma detendo 94% do mercado, parece-me reflexo da própria estrutura do mercado.

Aliado a tudo isso, há o fato de que o *software* de gerenciamento financeiro parece não ser considerado um produto essencial pelo público-alvo. Ao contrário, pela análise que pude realizar, apesar de não possuir dados capazes de corroborar definitivamente esta tese, arrisco-me a dizer que este é um produto cuja elasticidade preço da demanda não é baixa, o que limita a capacidade da firma-líder exercer poder de mercado.

Entretanto, há que se perceber que o mesmo não pode ser dito do mercado de pacote de aplicativos (suítes), como demonstrarei a seguir.

Como afirmei anteriormente, nesse segmento, a existência de efeitos de rede, custos de troca e custos de coordenação geram barreiras à entrada importantes quando uma nova firma que quiser entrar no mercado analisa a possibilidade de equilíbrio pós-entrada. Nesse cenário, dada a imensa base instalada do sistema operacional Windows e do pacote Office(45), a Microsoft poderia ser capaz de fixar preços que implicam lucros supra-normais para a firma, sem com isso perder todos os seus consumidores.

Nota:

(45) Com a Microsoft detendo sistematicamente mais de 90% desse último ao longo dos anos.

Ademais, não é só o preço que deve ser considerado ao se analisar qualquer conduta que envolva empresas de *software*, dado o padrão de concorrência fortemente baseada no processo inovativo.

Vale lembrar ainda que, Krattenmaker, Lande e Salop (1991)(46) chamam a atenção para o fato de que existem dois meios de se exercer poder de mercado: através do aumento de preços da própria firma (poder de controlar preços) ou através do aumento de custos dos rivais (poder de excluir concorrentes).

Nota:

(46) KRATTENMAKER, Thomas G., LANDE, Robert H. e SALOP, Steven (1991) *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law*. In FIRST, H., FOX, E.M. e PITOFSKY, R. (eds.) *Revitalizing Antitrust in Its Second Century*. New York: Quorum Books, p. 2-35.

4.4 – Da Caracterização da Conduta Imputada

De acordo com a SDE, a prática denunciada não se caracteriza como uma venda casada, pois “mesmo integrado à suite MOSB, tanto o Office (nas versões Standard e Professional) quanto o próprio Money poderiam ser adquiridos separadamente” (47).

Nota:

(47) Fls. 2.288 e 2.289 dos autos.

Em sua defesa, a Representada alegou que a inclusão do Money no MOSB seria apenas uma promoção estratégica de lançamento do produto. Acredito que a discussão sobre se a atuação da Representada seria uma promoção ou não é infrutífera. Se por um lado, existe alguma racionalidade na defesa de que tal prática foi somente uma promoção de lançamento do MOSB, por outro, não há como saber qual a real intenção da empresa na adoção de tal estratégia. Ademais, considerando o disposto no art. 20 da Lei nº 8.884/94, ainda que o objetivo da Representada fosse a promoção do produto, a simples possibilidade de produzir alguns dos efeitos previstos no referido artigo seria suficiente para caracterizar a infração.

Há que se lembrar que à época da instrução deste processo administrativo, de fato, era possível adquirir o Money de maneira avulsa. Já a partir de 2001, a Microsoft passou a oferecer o programa apenas como parte da suíte MOSB. No entanto, ainda é possível adquirir o MOSB sem o Money. Os produtos vendidos sem o aplicativo financeiro são o Office Standard e o Office Professional. A diferença entre esses dois é o acréscimo do Access na segunda suíte.

Katz e Shapiro (1998) propõem uma distinção muito interessante entre as práticas de venda casada e de empacotamento. Segundo esses autores, o termo venda casada (*tying*) é utilizado quando a firma se recusa a vender o bem vinculante, a menos que o consumidor também compre o bem vinculado. Já a prática denominada de empacotamento (*bundling*) refere-se ao caso em que o preço do pacote é menor do que a soma dos preços dos produtos individuais.

Nessa linha, a conduta da Microsoft não pode ser considerada venda casada, uma vez que o programa vinculante (o MOSB), pode ser adquirido sem o programa vinculado (o Money). Por sua vez, apesar de o Money não ser mais comercializado fora do pacote, não há como se descartar, em princípio, que essa estratégia seja um simples resultado de falta de demanda por seu aplicativo financeiro. O fato é que à época da conduta analisada, havia as duas opções para o consumidor: compra em separado ou compra através do pacote.

Com base nas respostas às diligências realizadas junto à Microsoft, pode-se comparar o preço dos pacotes Office e MOSB ao somatório do preço dos produtos vendidos em separado, conforme pode ser visto na Tabela 3(48). Conforme se pode notar, o preço dos pacotes é muito menor do que o somatório do preço dos produtos vendidos separadamente – critério defendido por Katz & Shapiro para configurar a prática como empacotamento.

Nota:

(48) Devo ressaltar que a Microsoft informou não ser possível recuperar os dados para anos anteriores a 1999, razão pela qual não há como reproduzir a tabela abaixo para os anos em que a conduta foi iniciada.

TABELA 3

Em US\$ Corrente					
ANO FISCAL	1999	2000	2001	2002	2003
MOSB					
Preço Médio do Pacote	254,98	233,22	198,65	194,01	175,46
Somat do PME dos Apps	1.009,85	902,63	795,31	772,33	746,16
OFFICE					
Preço Médio do Pacote	178,43	172,82	151,82	129,96	118,16
Somat do PME dos Apps	767,37	721,22	538,86	705,51	548,18

Fonte: Elaboração própria a partir de dados constantes às fls. 26 e 34 (Doc. 1) do apartado confidencial

Assim, da mesma forma que a SDE entendo que a prática em questão não se configura como venda casada, mas sim como um empacotamento de produtos. Sob o ponto de vista jurídico formal, tal prática, em tese, pode dificultar a entrada, permanência e desenvolvimento de competidor no mercado relevante, devendo, portanto, ser enquadrada para efeito de análise no artigo 21, inciso V da Lei nº 8.884/94.

5 – ANÁLISE DO CASO EM QUESTÃO

A análise de uma estratégia tal como o empacotamento está longe de ser uma tarefa fácil. Se por um lado, do ponto de vista empresarial, existem justificativas racionais para o uso dessa prática, por outro, querendo a Representada, ou não, em tese tal estratégia poderia ser capaz de alguma forma de limitar a entrada de outros concorrentes ou excluir atuais rivais do mercado. Assim, cabe ponderar esses dois efeitos a fim de inferir se a prática do empacotamento constitui uma infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/94.

Ressalto a expressão “querendo a Microsoft ou não” para lembrar mais uma vez que, de acordo com a Lei nº 8.884/94, os atos, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos previstos no art. 20 constituem infração à ordem econômica.

Recapitulando o que foi discutido até agora, a teoria econômica nos mostra que existe racionalidade econômica por trás do empacotamento de produtos no mercado de *software*, não só devido às questões ligadas especificamente à discussão de *bundling*, mas também devido às próprias características desse mercado. Conforme vimos, quando os consumidores possuem demandas muito heterogêneas e o produtor não é capaz de discriminar preços, o empacotamento pode ser uma estratégia capaz de fazer com que a firma receba uma receita extra, que não seria possível caso os produtos fossem vendidos separadamente. Aliado a isso, o fato da indústria de *software* estar sujeita a custos marginais próximos de zero, faz com que seja eficiente para o produtor oferecer seu produto a todos os consumidores, mesmo àqueles que não necessariamente o demandam.

Um fato adicional no caso do Brasil é o de que o *software* Money foi desenvolvido nos EUA, tendo entrado nesse mercado em 1990. Além disso, ele é comercializado em diversos países. Sendo assim, muito provavelmente os custos de P&D envolvidos no desenvolvimento do *software* já tinham sido recuperados ou bastante amortizados em 1997, ano em que o MOSB ingressou no mercado brasileiro.

Assim, além dos custos marginais serem próximos de zero, os custos de desenvolvimento da cópia inicial provavelmente já tinham sido recuperados (ou estavam muito próximos disso), razão pela qual a inclusão do Money em um pacote de aplicativos, do ponto de vista da empresa, é perfeitamente racional, até mesmo se a inclusão desse aplicativo não impusesse nenhum custo adicional para o consumidor brasileiro. Em outras palavras, mesmo que a Microsoft resolvesse incluir definitivamente o Money no MOSB, sem cobrar um centavo a mais do consumidor para isso, ela não estaria incorrendo em perdas, e estaria melhorando um pacote de aplicativos destinado à micro e pequenas empresas.

Se do ponto de vista empresarial a inclusão do Money no MOSB pode ter algum sentido econômico não necessariamente ligado a uma intenção de fechamento de mercado, do ponto de vista de seus impactos é preciso que se verifique se tal prática pode se constituir em alguma forma de limitação à entrada de novos concorrentes e/ou exclusão de rivais, como sugerido por Whinston (1989). Sendo assim, passo agora a avaliar os efeitos sobre o mercado do empacotamento do Money ao MOSB.

A primeira variável a ser observada quando analisamos a possibilidade de fechamento de mercado é o tamanho do mercado que estava à disposição das firma participantes. Só após isso poderemos inferir se a quantidade de pacotes MOSB vendidos seria capaz de ter um impacto grande o suficiente para fechar o mercado.

Segundo se pode concluir a partir das respostas às diligências realizadas, apesar dos aplicativos financeiros estarem voltados para qualquer usuário de computador que deseje gerenciar suas finanças, sejam pessoas físicas ou jurídicas, no Brasil este mercado somente conseguiu atingir um nicho mais específico de usuários, quais sejam, aqueles que utilizam *home/office banking* e *Internet banking* (49).

Nota:

(49) A diferença entre *home/office banking* e *internet banking* é que no primeiro “os usuários utilizam um programa instalado em seu micro para se conectar ao banco, que pode ser feita (*sic*) via Internet ou via acesso discado. Neste caso a informação é registrada no micro do usuário e pode ser utilizado para análises.” Com a *internet banking* “os usuários utilizam um browser (que também é um programa) para se conectar ao banco, sempre via internet. Os dados ficam no Banco e sua análise somente pode ser feita pelas ferramentas disponibilizadas pelo banco.” (resposta à diligência, fls. 06 do apartado confidencial. A divulgação dessa informação não compromete o caráter de confidencialidade das informações prestadas, uma vez que tal definição é pública.)

Além disso, o mercado parece estar mais voltado para as pessoas jurídicas, dada a falta de cultura dos brasileiros de realizarem planejamento orçamentário e pelo alto índice de pirataria que existe no mercado doméstico(50).

Nota:

(50) Índice esse que chegou a 86% em 1991 e entre 1997 e 1999 chegou em torno de 60%, segundo consta no site da Associação Brasileira das Empresas de Software - ABES.

Assim, se a partir do público alvo tentássemos estimar um potencial de mercado para esses produtos, deveríamos, em princípio, levar em consideração não só o número de pessoas que possuem um computador, mas também o número de micro, pequenas e médias empresas que existem no país. No entanto, assumo inicialmente a hipótese de que esse mercado está restrito aos usuários que acessam um *home/office banking* e um *Internet banking* (51). Em outras palavras, estarei considerando o menor mercado potencial possível para os vendedores de aplicativos financeiros.

Nota:

(51) Dessa forma, assumo uma perspectiva conservadora do tamanho do mercado.

É claro que poderíamos considerar ainda os usuários domésticos que possuem um microcomputador e que não acessam um *home/office/internet banking*, pois em tese eles poderiam querer um *software* de gerenciamento financeiro para fazer seu planejamento orçamentário. No entanto, como no Brasil esse não parece ser um número significativo, prefiro trabalhar com uma estimativa de mercado mais conservadora para verificar se as vendas do MOSB teriam algum potencial de fechar o mercado de aplicativos financeiros para os concorrentes do Money.

Segundo a Federação Brasileira dos Bancos - Febraban, o número de clientes de *home/office banking* e *Internet banking* no Brasil são os seguintes:

TABELA 4

	Em milhões				
	1997	1998	1999	2000	2001
Clientes com Internet/Home Banking	2,1	2,6	4,3	6,8	2,4
Clientes com Internet/Office Banking	0,34	0,5	0,6	1,5	1,3
Clientes com Internet Banking	-	-	-	8,3	13
Total	2,44	3,1	4,9	16,6	16,7

Fonte: Resposta à diligência (fls. 3.181) e site da Febraban.

Em uma hipótese ainda mais restritiva, poderíamos ainda considerar que o mercado em questão parece estar mais

voltado para as pessoas jurídicas, dado, como já exposto, o elevado percentual de pirataria entre os usuários domésticos. Ou seja, em uma perspectiva conservadora, o tamanho de mercado para os aplicativos financeiros se restringiria aos usuários de *office banking*.

Vemos pela tabela acima que existiam 340.000 pessoas jurídicas em 1997 e 500.000 mil em 1998 que acessavam um *office banking* e que poderiam comprar pelo menos 1 cópia de um aplicativo financeiro(52). Nesse sentido, a venda de 4.400 cópias do MOSB entre setembro de 1997 e julho de 1998, em tese, não poderia ser considerada como uma venda capaz de fechar o mercado aos outros concorrentes, visto que representou um percentual mínimos das vendas potenciais no mercado durante o período.

Nota:

(52) Poderíamos pensar que, normalmente, as pessoas jurídicas teriam incentivo para comprar mais de uma cópia do *software*.

No entanto, apesar de potencialmente o tamanho do mercado ser considerado pelo número de empresas que tenham acesso a um *office banking*, a análise das vendas efetivas nos revelam um outro cenário. Na verdade, desde que o Finance, o primeiro *software* destinado ao gerenciamento financeiro, entrou no mercado, até hoje, não foram vendidas mais do que cerca de 299.000 cópias por ano, sendo este número o referente ao ano fiscal de 1997(53). Mesmo em 2002, em que praticamente só o Finance sobreviveu no mercado, o número de cópias vendidas não chegou a 3.000, como demonstrado na Tabela 5. Isso nos leva a concluir que o mercado efetivo é muito menor do que o potencialmente estimado em princípio.

Nota:

(53) Não estou considerando a comercialização de *softwares* aos bancos por considerar que tais vendas não são representativas do mercado. Elas são vendas corporativas, em grandes volumes e somente ocorreram em um momento especial do mercado, podendo ser consideradas como *outliers*. Considero-as dispensáveis para a real compreensão do funcionamento do mercado de aplicativos financeiros no Brasil, razão pela qual todos os meus cálculos foram considerados sem tais vendas.

TABELA 5
Vendas de Aplicativos Financeiros, por Ano Fiscal
(Quantidade)

	CAIXA FORTE	FINANCE	QUICKEN	MONEY	PRESTO	TAMANHO DO MERCADO
FY97	293	5.331	4.351	282.925	6.155	299.055
FY98	139	637	3.720	146.785	21.530	172.811
FY99	50	973	1.678	21.218	24.388	48.307
FY00	52	874	2.187	16.516	52.249	71.878
FY01	40	1.471	1.042	6.288	76	8.917
FY02	30	2.045	302	-	70	2.447
FY03 (incomp.)	24	1.551	-	-	72	1.647

Fonte: Elaboração própria a partir das respostas às diligências.

A pergunta que resta é se a partir desses dados, poderia a venda do MOSB ser considerada como uma estratégia capaz de fechar o mercado aos outros concorrentes? Para responder a esta pergunta usarei a literatura sobre empacotamento discutida na seção 3 para, a partir daí, analisar o impacto das vendas do MOSB sobre o mercado de aplicativos financeiros.

Como vimos anteriormente, Whinston (1989) chega à conclusão de que quando o mercado vinculado é oligopolizado e sujeito a economias de escala, o empacotamento é uma estratégia passível de excluir os rivais do mercado se observadas as seguintes hipóteses: (i) preços de reserva do produto vinculante homogêneos entre consumidores e compromisso da firma monopolista de vender somente o pacote; ou (ii) preços de reserva do produto vinculante heterogêneos entre consumidores e a empresa monopolista não estabelece nenhum tipo de comprometimento com a produção do pacote, vendendo tanto este quanto um dos produtos em separado.

Já nos casos em que o mercado vinculado é competitivo e sujeito a retornos constantes de escala, o autor argumenta que essa prática não teria a capacidade de ocasionar o fechamento de mercado, resultando apenas nos efeitos preconizados pelos defensores da Escola de Chicago. Em outras palavras, só haveria problema caso a interação entre as firmas fosse capaz de produzir incentivos sobre mudanças nos preços de seus produtos, o que só acontece em mercados não sujeitos a

algo próximo à concorrência perfeita.

No caso em tela, apesar de acreditar que não existam grandes ganhos de escala na produção de aplicativos financeiros, é razoável supor que este mercado seja um oligopólio, sujeito a algumas economias de escala principalmente ligadas à distribuição e marketing. Assumindo uma situação limite, o empacotamento poderia resultar em fechamento de mercado aos rivais caso uma das hipóteses elencadas acima fossem verificadas. Gostaria de salientar que esta é uma perspectiva conservadora. De fato, se em um cenário como esse fosse verificado que não haveria possibilidade de fechamento de mercado por parte da Microsoft, que dirá em um outro cenário em que o mercado é sujeito a retornos constantes de escala.

Partindo deste ponto, se assumirmos a hipótese de que os preços de reserva do produto vinculante são homogêneos, a Microsoft deveria estabelecer um comprometimento de somente vender o MOSB com o Money para que a estratégia de empacotamento pudesse resultar na exclusão de rivais do mercado. Entretanto isso não ocorre como já foi dito na seção anterior.

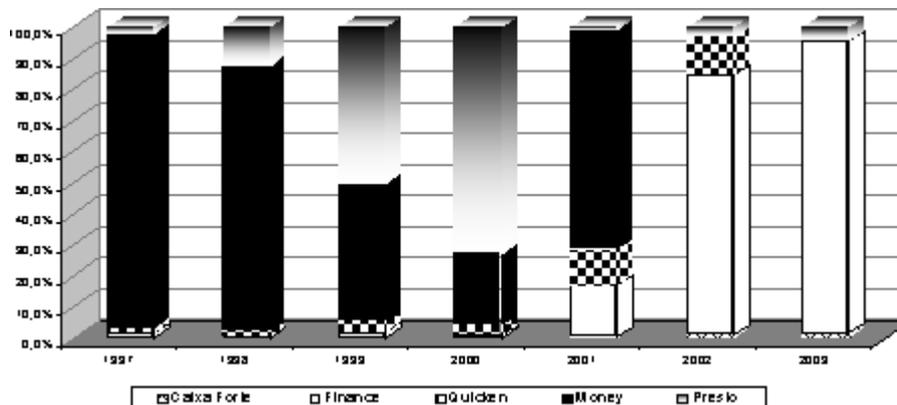
Cabe ainda chamar a atenção para uma idiossincrasia do mercado de *softwares*: o fato de que o custo marginal de produção de cada aplicativo é muito próximo de zero facilita a estratégia do empacotamento. Mais especificamente, no caso em tela não há praticamente custo adicional para a Microsoft vender o Money em conjunto com o MOSB, posto que esta inclusão não afeta os lucros recebidos com o MOSB. Dessa forma, o fato de a Microsoft ter deixado de vender o Money avulso não significa que a empresa visasse adotar estratégias futuras de praticar preços mais agressivos no mercado de aplicativos financeiros. É de se esperar que os outros *player*s também percebam isso e que, portanto, não interpretem essa nova estratégia como uma ameaça crível ao mercado vinculado. Há que se lembrar que os resultados de Whinston e Choi, nessas situações, dependem da existência da presença de uma ameaça crível para que a estratégia de fechamento de mercado ocorra de forma efetiva.

No que tange à hipótese de que os preços de reserva do produto vinculante são heterogêneos entre consumidores, e que a empresa não se compromete com o empacotamento, esta poderia guardar uma certa relação com o caso em questão, dado que a Microsoft vendia tanto o pacote como o aplicativo financeiro em separado. Assim, pelo bem da argumentação, poderíamos considerar que os preços de reserva do MOSB são heterogêneos entre os diversos consumidores e, em tese, essa seria uma estratégia capaz de levar ao fechamento de mercado de *softwares* financeiros.

No entanto, para se concluir que tal conduta realmente tinha esse efeito potencial, devemos avaliar as quantidades vendidas dos produtos e o comportamento das firmas no mercado ao longo dos anos.

GRÁFICO 1

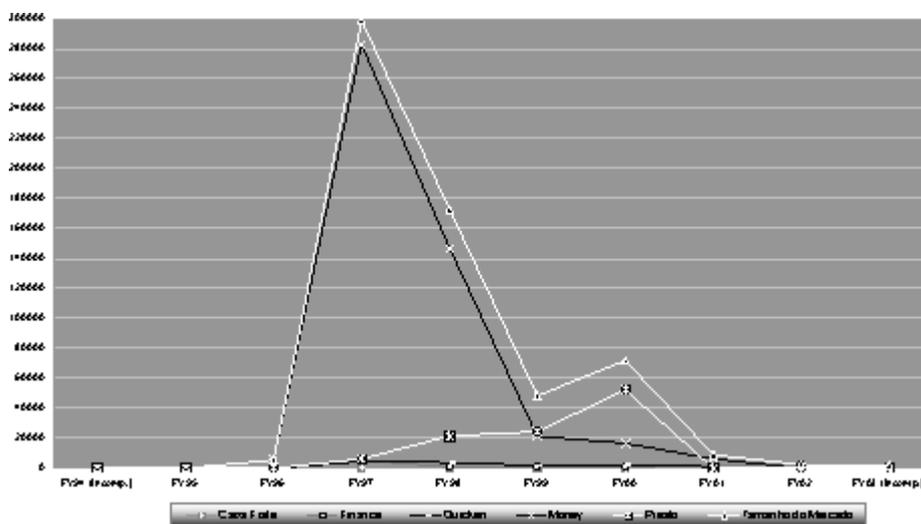
Participação de Mercado de Aplicativos Financeiros, por Ano Fiscal



A análise da evolução da participação de mercado dos diversos fabricantes de aplicativos financeiros e das quantidades vendidas de cada um é uma boa indicação de qual foi o impacto do pacote MOSB sobre o mercado. O Gráfico 1 mostra a participação de mercado, por ano fiscal, dos diversos aplicativos financeiros de 1997 até fevereiro de 2003, enquanto o Gráfico 2 mostra a evolução das vendas dos diversos aplicativos financeiros, também por ano fiscal.

GRÁFICO 2

Quantidade Vendida de Aplicativos Financeiros, por Ano Fiscal



Levando-se em consideração que a prática de empacotamento foi conduzida entre setembro de 1997 e julho de 1998, a análise dos gráficos acima demonstra que o mercado de aplicativos não foi afetado de forma significativa pela conduta. Como se observa pelo Gráfico 2, o Presto iniciou seu processo de crescimento no mercado no ano fiscal de 1997, aumentando sua participação até 2000, quando começou a ter uma queda nas vendas. A suposta conduta em questão é praticamente toda captada no ano fiscal de 1998(54), o que me leva a concluir que, apesar da existência do pacote, ainda foi possível a uma empresa concorrente crescer no mercado.

Nota:

(54) Como já mencionado, o ano fiscal aqui considerado vai de julho do ano anterior a junho do ano corrente e, portanto, o FY98 se refere às vendas ocorridas entre julho de 1997 e junho de 1998.

Interessante também notar que a própria Paiva Piovesan (Representante), além de não ter saído do mercado, hoje é a empresa líder no segmento de aplicativos financeiros, detendo praticamente 95% do mesmo. Esse crescimento se deu principalmente após a diminuição da participação da Setape, com o Presto, a partir de 2001. Esse também foi o ano em que o Money deixou de ser vendido de maneira avulsa.

O Gráfico 2 também nos traz uma outra informação interessante. Apesar de excluir as vendas aos bancos, por considerá-las como uma espécie de *outlier*, dado que o mercado seguiu sempre um padrão de pequeno número de vendas, é importante notar que a curva denominada “Tamanho do Mercado” acompanha sempre as vendas da firma líder no momento. Isso pode ser indicativo de que esse é um mercado que não comporta um grande número de empresas, sendo que quanto mais firmas estiverem presentes, mais marginais serão suas vendas. Ademais, este também me parece um indício de que o padrão de competição neste caso é muito mais “pelo mercado” do que “no mercado”.

Não bastasse tal fato, não há como se afirma a priori que estamos tratando de uma situação na qual os preços de reservas do produto vinculante seriam heterogêneos entre os consumidores.

No que tange aos modelos de Carlton e Waldman (1998), me parece pouco plausível aplicá-los ao presente caso, principalmente se considerarmos que em nenhum momento se cogitou a possibilidade da firma rival entrar no mercado primário.

Em resumo, pode-se perceber que o caso em tela não se enquadra exatamente nas hipóteses daqueles modelos que resultam em fechamento de mercado. Além disso, mesmo extrapolando para hipóteses mais restritivas, os dados disponíveis também não confirmam a presença de efeitos anticompetitivos.

Por sua vez, vale destacar algumas inferências sobre a possibilidade de emergirem eficiências da estratégia adotada no caso em tela. Há que se lembrar que em determinadas situações, seguindo a análise de Nalebuff (2003), um pacote pode ter um valor para o consumidor do que o produto avulso. O autor usa especificamente a indústria de *softwares* como exemplo de que o empacotamento poderia reduzir os custos de coordenação no consumo. A coordenação de interfaces e comandos torna o uso dos *softwares* mais simples e mais funcional. Além disso, a facilidade no atendimento centralizado do serviço pós-venda também acaba por ser levada em conta na decisão de compra. Essas, inclusive, podem ser razões para o consumidor preferir adquirir o MOSB já com seu próprio aplicativo financeiro, o Money.

6 – COMPARAÇÃO COM O CASO NETSCAPE

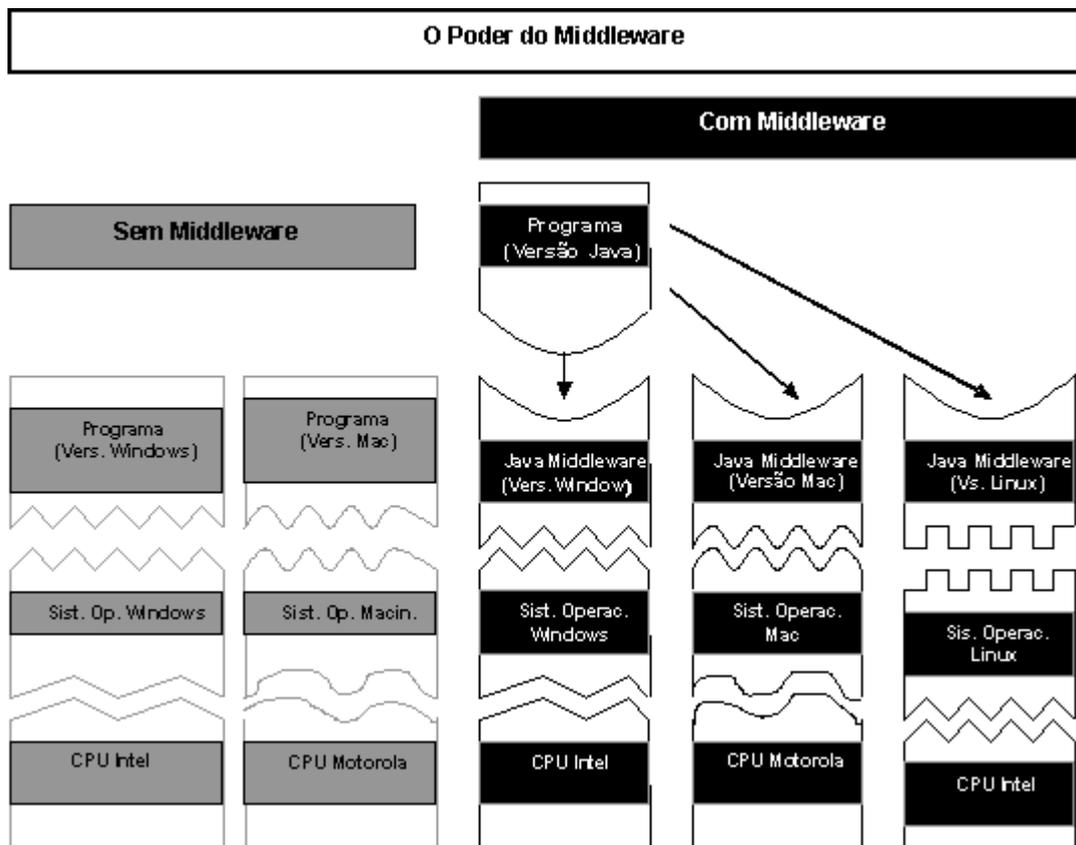
Por fim, gostaria de tecer alguns comentários em relação à diferença entre o caso em tela e aquele envolvendo o Netscape, nos EUA. O problema do empacotamento do Explorer ao *Windows* é muito diferente do empacotamento de um simples aplicativo financeiro como é o Money ao Office. Isso porque o Netscape poderia comprometer o poder de mercado da Microsoft no mercado de sistemas operacionais, caso se transformasse em uma nova plataforma para a qual outros programas seriam desenvolvidos. Em outras palavras, é possível que o Netscape viesse a se transformar em um novo tipo de sistema operacional, acabando por minar o poder da Microsoft.

O *browser* Netscape, assim como a linguagem Java, são *softwares* chamados *middlewares*. Os *middlewares* são *softwares* que residem acima dos sistemas operacionais e através deles os API's (Application Programming Interface) – que são as ferramentas através das quais os recursos dos sistemas operacionais e de outros programas podem ser utilizados -se tornam expostos, permitindo seu uso por qualquer programador e promovendo assim a independência das plataformas.

Em termos práticos, com os sistemas que temos hoje, os programas desenvolvidos para certas plataformas só “*rodam*” nelas mesmas. Ou seja, programas desenvolvidos para Windows só funcionam dentro do sistema operacional Windows e programas desenvolvidos para Macintosh só rodam em microcomputadores Macintosh. No entanto, com o uso dos *middlewares* e da linguagem Java, um programador poderia desenvolver seu programa nessa linguagem e o *middleware* poderia traduzi-lo para rodar em qualquer tipo de sistema operacional. Em termos gráficos, a questão pode ser melhor entendida através do quadro a seguir(55):

Nota:

(55) HARTY, Ronan P., *The Microsoft Case: A Legal and Business Analysis*, ABA Section of Business Law, Annual Meeting, August 2002.



Nesse sentido, o texto do Carlton & Waldman (1998) discute a questão da racionalidade econômica ligada ao empacotamento destinado a preservar o poder de mercado nos casos em que o produto complementar pode vir a ameaçar a hegemonia do produto primário, tomando seu lugar, que é exatamente o que poderia acontecer caso o uso do Netscape viesse a trazer para o mercado toda uma nova tecnologia de desenvolvimento de *softwares*.

Assim, a Microsoft parece ter conduzido uma série de outras condutas complementares destinada a manter a hegemonia do *Windows*.

“Em detrimento dos consumidores... A Microsoft tem feito mais do que desenvolver um browser inovador de qualidade recomendável e oferecê-lo empacotado com o Windows ao custo zero... A Microsoft também engajou em uma série de ações concertadas desenhadas para proteger as barreiras à entrada no mercado de aplicativos, e manter seu poder de monopólio, das várias ameaças dos middleware, inclusive aquelas decorrentes da implementação do Java pela Netscape e Sun Microsystems.” (Fisher & Rubinfeld, 2000:42) (56)

Nota:

(56) FISHER, Franklin M. & RUBINFELD, Daniel L. (2000) *United States v. Microsoft: An Economic Analysis* in EVANS, David S., FISHER, Franklin M., RUBINFELD, Daniel L. & SCHMALENSEE, Richard L., *Did Microsoft*

O sistema operacional é o principal produto da Microsoft. É dele que emana quase todo o poder da empresa. Apesar de outros aplicativos também possuírem efeitos de rede, se existisse uma linguagem capaz de ser usada em qualquer sistema operacional e na qual qualquer aplicativo pudesse ser desenvolvido, os impactos dos efeitos de rede seriam muito inferiores. Muito provavelmente, arquivos de aplicativos diferentes, mas com funções similares, seriam compatíveis uns com os outros. Nesse cenário, a Microsoft certamente deteria um menor poder de mercado. Se esse fato poderia gerar um maior incentivo à inovação é uma discussão não superada pela literatura.

Sendo assim, o que estava em jogo quando da decisão de empacotar o Explorer ao Windows era algo muito maior do que se discute no caso em tela, em que a inclusão de mais um *software* a um pacote de aplicativos destinado à micro e pequenas empresas se mostrou até razoável do ponto de vista da empresa e, ainda, não teve o efeito de fechar o mercado a outros concorrentes.

Também não encontrei evidência, nos autos, de que a estratégia adotada pela Microsoft se constituísse em um empacotamento por tecnologia, como é o caso do Explorer com o Windows. Vale lembrar que Nalebuff (2003) entende que o empacotamento por tecnologia acaba por ser um entrave muito maior à concorrência do que o tradicional empacotamento contratual. No caso do segundo tipo de empacotamento, o consumidor tem como alternativa se desfazer do bem vinculado, embora tenha pago por ele. Já no caso de empacotamento por tecnologia, essa opção pode ser inviável. De acordo com Nalebuff (2003), “*essa foi uma preocupação significativa na integração do Windows com o Explorer realizada pela Microsoft. Não estava claro que os consumidores poderiam se desfazer do Explorer sem afetar a performance do sistema operacional.*”

7 – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, considero que a prática de empacotamento do *software* Money ao MOSB não constitui infração à ordem econômica, na medida em que não tinha a potencialidade de gerar os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Dessa forma, e considerando o que já foi mencionado no início deste voto-vista a respeito das demais condutas imputadas, acompanho o Conselheiro-Relator, votando pelo arquivamento do processo administrativo, e determinando:

- “(i) o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, para verificação de eventual ilegalidade praticada pelo BB e pela CEF na compra, por inexigibilidade de licitação, de 360 mil cópias do aplicativo financeiro Money da Microsoft, assim como da provável ilegalidade, pontada no parecer da Profa. Isabel Vaz (fls. 2.490/2.511), de fazer constar nos contratos a definição dos valores da compra em moeda estrangeira; e*
- (ii) o envio à SDE de sugestão de abertura de averiguações preliminares para apurar os efeitos sobre a concorrência das práticas denunciadas pela Representante às fls. 1.941/2.007 e 2.046/2.049 dos autos (impedir o desenvolvimento de softwares de terceiros)”.*

Por fim, gostaria de ressaltar que as informações que foram por mim solicitadas não trouxeram aos autos fatos ou provas novas capazes de modificar o contexto decisório. As diligências realizadas, com base no art. 17, § 2º do Regimento Interno e art. 9º, inciso III da Lei nº 8.884/94, tiveram apenas por objetivo elucidar alguns pontos que julguei importante para a tomada de decisão.

É o voto.

Brasília, 19 de maio de 2004.

Cleveland Prates Teixeira
Conselheiro do CADE