

Doutrina**VENDA CASADA: INTERFACE ENTRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR****Arthur Badin**

*Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico - MJ.
Presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.
Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Especialista em Defesa da Concorrência e Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.
Advogado.
e-mail: arthur.badin@mj.gov.br.*

1. Introdução; **2.** Primeiras Definições; **3.** Por que Fornecedores Praticam a Venda Casada?; **3.1.** Teoria da “Alavancagem” do Poder de Mercado; **3.2.** Criação de Barreiras à Entrada (“Entry Barriers”): a Teoria Dinâmica da Alavancagem (“Dynamic Leverage Theory”); **3.3.** Evasão de Cartel; **3.4.** Evasão de Regulação Estatal; **3.5.** Discriminação de Preços; 3.6. Eficiência; **4.** Elementos Caracterizadores da Prática e de sua Ilícitude; **4.1.** Escorço Histórico; **4.1.2.** Experiência Brasileira; **4.2.** Dos Requisitos Caracterizadores da Prática; **5.** Do Significado do art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor; Bibliografia.

RESUMO

A venda casada, não obstante seja uma das mais comuns e disseminadas práticas empresariais, é ainda um tema mal resolvido no direito brasileiro. Negligenciada pela doutrina nacional e refém de uma babel de normas abertas e contraditórias, a prática raramente foi objeto de apreciação pelos tribunais administrativos e judiciários do Brasil, do que decorrem a tibieza do instrumental teórico e a incipiência da técnica jurídica. O presente trabalho pretende abordar, de forma panorâmica, os principais aspectos da venda casada, sobretudo a partir das experiências jurídica e econômica norte-americanas, para inferir a racionalidade subjacente à prática e esboçar os quesitos analíticos para caracterização de seu uso ilegítimo ou lesivo. Ao final, estressando os dissensos entre as perspectivas da defesa do consumidor e a da concorrência, o artigo busca propor uma solução de síntese a respeito da venda casada, que dirima a aparente antinomia entre os dois microsistemas jurídicos.

Palavras-chave: Direito Econômico. Direito do Consumidor. Venda Casada.

1. INTRODUÇÃO

A venda casada está presente no dia-a-dia do consumidor. Jornais são vendidos com fascículos de cursos de inglês, história ou geografia, sem que ao consumidor seja facultado adquirir apenas o diário(1). Bancos condicionam serviços de natureza pública, como saques do FGTS, à aquisição de produtos comerciais como seguros e previdência privada(2), ou obrigam consumidores a abrir conta corrente como condição para liberar o financiamento da casa própria(3). Diversas escolas condicionam a matrícula à compra de material ou uniforme no próprio estabelecimento escolar(4). Supermercados subordinam a venda de bebidas alcoólicas à aquisição de produtos alimentícios(5). Serviços de acesso em banda larga à internet (tecnologia ADSL) são condicionados à contratação de serviços de provedores de acesso(6). Concessionários são obrigados a executar a construção dos jazigos com empreiteiros do próprio cemitério(7). Cinemas proíbem o consumo de refrigerantes ou guloseimas adquiridos fora de seu estabelecimento(8). Empresas de equipamentos de reprografia obrigam seus consumidores a com elas contratar os serviços de manutenção, reposição de peças ou material de consumo(9). Sapatos são vendidos aos pares(10), carros com pneus e softwares operacionais com sistemas informatizados de acesso à internet (11).

Nota:

- (1) Procedimento Preparatório de Ação Civil Pública e Inquérito Civil Público da Promotoria de Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo.
- (2) Expediente Investigativo da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul.
- (3) Processo Administrativo instaurado pelo PROCON/SP.
- (4) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 141.133-5/4, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 09.02.00, recurso não conhecido no mérito.
- (5) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Criminal nº 202.331-3/4-00, Rel. Des. Marcos Zanuzzi, j. 25.03.98, recurso desprovido, para manter a sentença que considerou não provada a materialidade delitiva.
- (6) Ação Civil Pública proposta pelo Procurador da República Pedro Antônio de Oliveira Machado em face de Telecomunicações de São Paulo S.A., em trâmite perante Justiça Federal em Bauru (SP), *in* Revista do Consumidor nº 47 (set. 2003), p. 233.
- (7) Ação Civil Pública nº 1.213/99, proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra Cemitério do Morumby, perante a MM. 8ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 181.938.5/0-00, Rel. Desa. Teresa Ramos Marques, Oitava Câmara, v.u., j. 08.05.02.
- (8) Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 195.256-4/1-00, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, Oitava Câmara, j. 08.08.01, *in* Revista do Consumidor nº 42/357. Ação cautelar Inominada nº 93.4717-5 e Ação ordinária nº 93.6161-5, ajuizadas por Xerox do Brasil Ltda. contra União Federal, perante a MM. 16ª Vara Federal no Distrito Federal, em 14.04.93 e 17.05.93, respectivamente.
- (9) CADE, Processo Administrativo nº 23/91, Repró Materiais e Equipamentos Ltda. v. Xerox do Brasil Ltda., Rel. Cons. Marcelo Monteiro Soares, v. u., j. 31.03.93.
- (10) Exemplo emprestado de HOVENKAMP (1993:141) e desenvolvido por SALOMÃO FILHO (2003:224).
- (11) United States District Court for the District of Columbia, Civil Action nºs 98-1232 e 98-1233, Juiz Colleen Kollar-Kotelly, US vs. Microsoft. Informações sobre o caso, incluindo peças processuais, podem ser obtidos no site do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em "http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm#district".

Esta profusão de situações, que permeiam nossas experiências quotidianas(12), exige dos operadores do direito uma melhor compreensão da racionalidade do empresário em adotar a prática da venda casada, seus benefícios e malefícios ao consumidor, e o aprimoramento do instrumental analítico que permita discernir entre as condutas lícitas das ilícitas.

Nota:

- (12) "Vendas Casadas são endêmicas na economia moderna" (Meese, 1997:1).

A proteção do consumidor, no Direito brasileiro, é hoje objeto de dois microssistemas jurídicos distintos: de um lado, a Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência) e, do outro, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)(13). No entanto, AVERITT e LANDE (1998:27) demonstram que as normas de proteção ao consumidor e à concorrência compõem uma unidade, na medida em que partilham do mesmo objetivo, qual seja, garantir a escolha (ou soberania) do consumidor. De um lado, as normas antitruste visam a assegurar que o mercado permaneça competitivo e que, assim, coloque à disposição dos consumidores uma variada gama de opções no mercado a preços razoáveis. De outro, as normas de defesa do consumidor visam assegurar que consumidores possam efetivamente escolher, dentre aquelas opções, sem ter suas faculdades críticas prejudicadas. Nesse sentido, a interação dos dois microssistemas é imprescindível para garantir que a economia e o mercado continuem a operar efetivamente(14).

Nota:

- (13) As Leis nºs 8.884/94 e 8.078/90 são consideradas dois microssistemas

jurídicos pois compreendem conjuntos de interação multidisciplinar de normas de direito material e processual (gramática) que se relacionam e reportam a um sistema de princípios de maneira própria (sintaxe). Vide, a esse respeito, NERY JR. (2001:444).

- (14) Vide, no mesmo sentido, MURIS (2002:1). Adotamos com ressalvas essa “Unified Theory of Antitrust and Consumers Protection Law” proposta pelos dois autores e corroborada por T. Muris, na medida em que consideramos que o direito do consumidor, no Brasil, também tem um forte componente de ativismo social de direitos de cidadania e humanos, cumprindo função de afirmação histórica desses valores. Vide, a esse respeito, RIOS (1998).

Não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores, os dois microssistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão, de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam. A venda casada é, ao mesmo tempo, considerada prática abusiva tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) como pela Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei nº 8.884/94). O primeiro, em seu art. 39, inciso I, dispõe que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas condicionar o fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. O segundo, em seu art. 21, inciso XXIII, considera que pode caracterizar infração contra a ordem econômica, na medida em que configurar a hipótese prevista no art. 20, “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”.

Essa ubiqüidade, antes de oferecer maior proteção ao bem-estar do consumidor, gera antinomia de difícil solução pela dogmática jurídica. Enquanto para a doutrina de defesa do consumidor a venda casada é considerada um ilícito “per se”(15), para a defesa da concorrência sua ilicitude é analisada pela “regra da razão”, que no direito brasileiro se traduz pela necessidade da demonstração dos efeitos do art. 20 e da análise das eficiências mencionadas no art. 54, § 1º, ambos da Lei nº 8.884/94(16). O reconhecimento da venda casada como prática abusiva “per se” pela defesa do consumidor, independentemente da análise dos efeitos e razões do empresário, além de criar verdadeiro conflito entre as duas normas (norma mais restritiva esvazia norma menos restritiva), pode levar ao absurdo de sancionar prática ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor. Estes inconvenientes levaram o SALOMÃO FILHO (2003:91) a dizer que a inserção da venda casada no Código do Consumidor, bem como sua regulamentação específica, é equivocada e pode trazer problemas aplicativos, com conseqüências estruturais negativas para o sistema concorrencial.

Nota:

(15) BENJAMIN (2001:324), ao comentar o mencionado dispositivo legal, é peremptório ao afirmar que a “a justa causa [...] só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor”. Em outras palavras, para aquele autor, não caberia, para a venda casada, a análise de eventual “justa causa”, como maior eficiência pela redução de custos de transação (custos de estoque ou distribuição) ou inerentes à proteção aos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (proteção da própria reputação ou interdependência tecnológica).

(16) Segundo SALOMÃO FILHO (2003:91), a venda casada depende, para sua caracterização, de poder de mercado e ausência de justificativa econômico-jurídica, que compõem a conhecida regra da razão, típica do raciocínio concorrencial. Ou seja, nos termos da Resolução CADE nº 20/1999, “embora [as restrições verticais, como a venda casada] constituam, em princípio, limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade”.

Para resolver o problema assim posto, após uma primeira abordagem geral sobre o tema, procuraremos responder às seguintes perguntas: (i) por que um empresário pratica venda casada? e (ii) quais os elementos devem caracterizar a ilicitude da prática?

2. PRIMEIRAS DEFINIÇÕES

A venda casada é a prática de condicionar o fornecimento de bem ou serviço ao fornecimento de outro bem ou serviço. Com pequenas variações de redação, é proibida no ordenamento jurídico brasileiro desde a antiga lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 2º, IV, b, da Lei nº 4.137/62, combinado com art. 11, “i”, da Lei Delegada nº 04/62, posteriormente substituído pelo art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91). Em 1990, a prática de “subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço” foi tipificada como crime (art. 5º, II, da Lei nº 8.137/90), apenado

com detenção de dois a cinco anos, ou multa(17). É ainda objeto do art. 6º, VIII, do Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul (Protocolo de Fortaleza), aprovado pela Decisão do Conselho do Mercado Comum nº 18/96, e do art. 17 da Resolução nº 2.878/2001, do Conselho Monetário Nacional.

Nota:

- (17) No seu único precedente sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que “a figura típica descrita no art. 5º, II, da Lei nº 8.137/90 é crime de mera conduta, que não depende da concretização da venda ou da prestação do serviço para a sua consumação, bastando, para tanto, que o agente subordine ou sujeite a venda ou prestação de serviço a uma condição” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.378/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., j. 28.05.2002, DJ 24.06.2002).

No direito norte-americano, a Seção 1 do Sherman Act(18) (1890) aplica-se às vendas casadas (*tying arrangements*) que envolvam bens ou serviços, e a Seção 3 do Clayton Act(19) (1914) cobre vendas casadas que envolvam apenas bens (20). No âmbito da Comunidade Econômica Européia, a prática é defesa pelo Tratado de Roma (1957), nos arts. 81º (aplicado a casos de concerto entre empresas)(21) e 82º (aplicado a casos de condutas individuais de empresas)(22).

Nota:

- (18) “Every contract, combination in the form of trust or other wise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court”.
- (19) “That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of United States, or fix a price charged therefore, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce”.
- (20) GELLHORN e KOVACIC (1994:326).
- (21) “Art. 81º - 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tem ligação com o objecto desses contratos”.
- (22) “Artigo 82º. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tem ligação com o objecto desses contratos”.

Para a conveniência do estudo que se segue, proponho a seguinte taxonomia das diferentes formas pelas quais a venda casada se manifesta: (i) “pacote” (“bundle”), que se subdivide em (i.a) “pacote de bens complementares” e (i.b) “pacote de

bens não-complementares” e (ii) “fornecimento atrelado” (“tying requirements”), do qual se destaca o “enclausuramento” (“lock-in”). O “pacote” é próprio de contratos descontínuos (ou não-relacionais)(23), em que o fornecedor subordina a venda de um bem à aquisição de outro, em proporções fixas e determinadas, no ato da venda(24). Os bens ou serviços que compõem o “pacote” podem ser complementares entre si ou não. Complementares são os aqueles cuja utilidade, para o consumidor, depende de sua fruição conjunta (por exemplo, “porca e parafuso”, “*hardware* e *software*”, “matrícula em escola e uniforme escolar”, “lentes e óculos”, “serviço de telefonia e aparelho de telefone”). Bens não complementares são aqueles cuja fruição total independe da aquisição do outro (por exemplo, “filme A e filme B”, “contrato de conta-corrente e título de capitalização” ou “jornal e fascículo de curso de inglês”). Importante esclarecer que o pacote, quer seja de bens complementares ou não, não se confunde com os “conjuntos” (“clusters”), onde não se têm bens distintos casados, mas sim um único bem, constituído por diferentes componentes (por exemplo, “automóvel e motor”, “tampa e garrafa”, “televisão e todas as peças que a compõem”, “camisa e botões”)(25). O “fornecimento atrelado” (“tying requirement”) é mais comum em *contratos relacionais* (26), em que o fornecedor obriga contratualmente o consumidor a adquirir-lhe, no futuro ou em momento subsequente, os insumos de que precisará para usufruir a utilidade do bem que comprou (por exemplo, “máquina copiadora e papel”, “contratos de *franchising*” e “automóveis e serviços de revisão autorizada”)(27).

Nota:

(23) Para distinção entre contratos descontínuos ou instantâneos (“discrete contracts”) e contratos de longa duração ou relacionais (“relational contracts”), vide MACEDO JR. (2000). Para esse autor, os contratos descontínuos têm como características básicas o fato de serem impositivos, “presentificadores” (isto é, tendem a tornar presente o futuro), envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas, e requererem mútuo consentimento das duas partes. O exemplo é a compra e venda simples (“one stop shop”). Os contratos relacionais, ao contrário, tendem a criar relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são abertos. São exemplos de contratos relacionais os contratos de franquia, de trabalho, de fornecimento e de distribuição.

(24) SLADE (1997:3).

(25) Na prática, a distinção entre um “pacote” e um “conjunto” não é tão trivial quanto parece e constitui, como se verá a seguir, a primeira das dificuldades em caracterização da prática de venda casada. Vide, abaixo, nossos comentários sobre o caso Jefferson Parish Hospital v. Dr. Hide (1984), decidido pela Suprema Corte norte-americana, e sobre o caso “Cemitério do Morumbi”, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 181.938.5/0-00, Rel. Desa. Teresa Ramos Marques, Oitava Câmara, v.u., j. 08.05.02. Para SALOMÃO FILHO (2003:91), o critério para se definir se há um *cluster* ou venda casada é a existência de demanda para os bens separados. Nos exemplos acima, não haveria demanda para a camisa sem botões pois, provavelmente, a venda separada importaria em custos maiores do que a percepção do consumidor da utilidade extraída do fato de poder adquirir a camisa sem botões. É certo que, nessas hipóteses, o consumidor poderia adquirir a camisa e os botões que melhor combinam com seu gosto. Todavia, o “custo de transação” destas aquisições separadas, além do custo de serviço de pregar os botões, não compensaria o ganho de eficiência da venda conjunta. Para outras considerações acerca da questão, vide item 4.2 infra (“Dos requisitos caracterizadores da prática”).

(26) Vide, sobre definição de contratos relacionais e contratos instantâneos, MACEDO JR. (1998).

(27) SLADE (1997:3). Para essa autora, “requirements tying occurs when a firm that operates in one market, the tying market, stipulates that users of the tying good must also obtain their requirements of a second good, the tied good, from the seller of the first. Requirements tying should be distinguished from bundling. With bundling, the tying firm only sells packages or bundles of the products whose proportions are fixed”.

3. POR QUE FORNECEDORES PRATICAM A VENDA CASADA?

3.1. Teoria da “Alavancagem” do Poder de Mercado

A mais comum e também controversa explicação a respeito da racionalidade econômica subjacente à prática da venda casada é a Teoria da Alavancagem (“Leverage Theory”). Essa teoria sustenta que a venda casada é usada por monopolistas para expandir seu poder de monopólio em um mercado sobre outro e, conseqüentemente, auferir lucros monopolistas nos dois(28). Ao “casar” a venda de produto sobre o qual detém poder de monopólio (vinculante) à aquisição de outro, sujeito ao regime de concorrência (vinculado), o monopolista eliminaria a concorrência no mercado vinculado (“market foreclosure”), tornando-se monopolista em ambos(29). Isso porque a prática “nega aos demais competidores livre acesso ao mercado do produto vinculado, não porque a empresa que impõe a venda casada tem melhor produto ou menor preço, mas porque tem poder de alavancagem no mercado vinculante”(30).

Nota:

- (28) Segundo COELHO (1995:84), “a prática [da venda casada] pode estar ligada à conquista de domínio de certo mercado, a partir da posição dominante já consolidada em outro. É o que se denomina teoria da alavanca: valendo-se de operações casadas, o empresário que domina a produção pode, inclusive, estender seu domínio para o setor da distribuição, exemplifica Denozza (1998:101/110)”.
- (29) Vide SLADE (1997:4). Essa autora distingue duas formas de abuso do poder econômico por meio da venda casada, que denomina “forte” e “fraca”. Na forma “forte”, o monopolista usa a venda casada para estender o poder que tem no mercado vinculante para excluir a competição no mercado vinculado. Em outras palavras, os competidores são varridos do mercado vinculado. Na forma “fraca”, o monopolista usa seu poder de mercado para extrair lucro monopolista adicional também no mercado vinculado através de seu total fechamento.
- (30) Vide *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958), apud CARLTON e PERLOFF (2000:643).

A Suprema Corte norte-americana, em 1931, condenou uma empresa que, sendo monopolista no mercado de “caixa de isopor para acondicionar e transportar gelo”, obrigava o comprador a adquirir-lhe o “gelo seco”, produto sujeito ao regime de concorrência. O voto vencedor argumenta que, com essa prática, a empresa estaria obtendo lucro monopolista não apenas sobre a comercialização do produto monopolizado (caixa de isopor), mas também sobre a comercialização do produto que se sujeitava à concorrência perfeita (gelo seco)(31).

Nota:

- (31) *Carbice Corp. of Amer. V. Amer. Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27, 51, S.Ct. 334 (1931), apud HOVENKAMP (1986:147).

As críticas mais severas à Teoria da Alavancagem foram feitas pela Escola de Chicago, que sustentava ser impossível a um monopolista extrair lucros monopolistas, concomitantemente, nos mercados vinculante e vinculado, tornando, portanto, a prática irracional e indiferente para o bem-estar do consumidor. Com efeito, tratando-se de “pacotes de bens complementares”, a demanda é determinada pelo preço final do “pacote”, sendo indiferente, para o consumidor, a proporção dos preços de cada um dos bens sobre o preço final do “pacote”. Um aumento do preço final do “pacote” levaria a uma retração de demanda para aquém do equilíbrio maximizador de lucros(32). Considere-se um “pacote de bens complementares”, como porcas e parafusos. Por hipótese, as porcas estão sujeitas a um regime de concorrência perfeita, sendo portanto seu preço igual ao custo marginal, de \$7. Os parafusos sujeitam-se a um regime de monopólio, sendo o custo \$10 e o preço maximizador de lucros \$16 (a diferença de \$6 é o lucro monopolista). Na percepção do consumidor, portanto, o preço final do “pacote” seria de \$23. Suponha-se agora que o monopolista pratique venda casada, condicionando a venda dos parafusos à compra das porcas, com o objetivo de eliminar a concorrência no mercado de porcas e tornar-se monopolista nos dois. Nesse caso, o monopolista não conseguiria crescer \$1 além dos \$23 do “pacote”, pois isto implicaria retração da demanda e perda do equilíbrio maximizador de lucros. Ou seja, mesmo monopolizando os dois mercados, o produtor jamais seria capaz de extrair qualquer centavo além dos \$6 de lucro monopolista com a venda do pacote(33). Esta explicação é referida pela literatura especializada como “argumento da soma fixa” (“fixed sum argument”)(34).

Nota:

- (32) Se o monopolista é o único a oferecer determinado produto do mercado, por que ele não cobra preços “infinitamente altos” do consumidor? Obviamente, mesmo sendo o único agente no mercado a oferecer determinado produto, o monopolista deve se sujeitar à demanda dos consumidores. Regra geral, quanto mais caro o produto, menos consumidores estarão dispostos a comprá-lo e quanto mais barato, mais consumidores estarão dispostos a comprá-lo. Assim, para cada real a mais no preço, uma determinada quantidade de consumidores é excluída do consumo daquele produto e vice e versa. Como faz, então, o monopolista, para identificar o preço que deve cobrar de seus produtos? O monopolista maximiza seu lucro no exato momento em que o Custo Marginal equivale à Receita Marginal. O custo marginal é o custo de produzir uma unidade a mais de determinado produto ($CMg = \Delta CT / \Delta Q$). A Receita Marginal é a receita auferida com a venda de uma unidade a mais de determinado produto ($RMg = \Delta RT / \Delta Q$). A diferença entre Receita

e Custo é Lucro. Portanto, o monopolista vai aumentar sua produção até o momento em que o custo de produzir uma unidade a mais for igual à receita auferida com a venda daquela unidade, ou seja, quando o lucro for nulo. A produção de uma unidade além dessa seria irracional pois, a partir de então, o custo passaria a ser maior que a receita, gerando prejuízo. Vide, a respeito dos fundamentos de macro e microeconomia, MANKIW (2001).

(33) Exemplo emprestado de Hovenkamp (1986). Análise semelhante foi feita por um dos expoentes da Escola de Chicago, Richard Posner, aqui em versão livre para o português: “a tibieza da teoria da alavancagem é sua incapacidade de explicar porque uma empresa monopolista intentaria monopolizar também os bens complementares. É óbvio que dois monopólios são melhores que um. Todavia, desde que os dois produtos sejam usados, por hipótese, em conjunto, isso não é tão óbvio assim. Se o preço do produto vinculado é maior que aquele que o consumidor compraria em um mercado competitivo, a diferença representará um aumento no preço do produto final ou serviço, e ele demandará menor quantidade e portanto comprará menos do produto vinculante”. Para ilustrar sua afirmação, POSNER traz exemplo semelhante ao caso *International Business Machine Corp. (IBM) v. United States* (1936), julgado diferentemente de sua tese: imagine-se que um consumidor esteja disposto a pagar \$100 por serviço de processamento de dados, o que demanda o uso de um minuto de uma máquina de processamento de dados e 10 cartões perfurados (trata-se de sistema precursor, na década de 30, dos atuais microcomputadores). O monopolista dos computadores é capaz de alugar seu processador a \$90 por minuto.

Por minuto, o processador de dados requer 10 cartões perfurados, que são vendidos a \$1 no mercado sob regime de competição. O monopolista pode alugar seu processador de dados a \$90 por minuto e permitir que seus clientes adquiram os cartões perfurados livremente no mercado. Ou, então, pode praticar a venda casada, obrigando que seu locatário compre dele os cartões por \$2. Nesse caso, ele terá de reduzir o preço do aluguel de seu processador de dados para \$80 por minuto (pois os consumidores estão dispostos a pagar, no máximo, \$100, no ponto de equilíbrio maximizador de lucros). Ou seja, o lucro monopolista não se altera.

(34) BORK, *apud* KAPLOW (1985) refere-se ao argumento assim criticado como a “falácia da dupla contagem”.

or esta razão, a tese de que o monopolista teria incentivo de praticar a venda casada para expandir seu poder de mercado sobre o produto complementar ao seu, para tornar-se monopolista também neste e, assim, auferir lucros monopolistas em ambos, conhecida como “teoria da marginalização dupla” (“double monopoly profits theory”), é considerada pela literatura de matriz neoclássica como “implausível”(35) e rejeitada acidamente por seus expoentes(36). Apesar da hostilidade neoclássica, “o debate sobre a capacidade das empresas em usar venda casada para alavancar seu poder de monopólio de um mercado para outro continua através da história do direito antitruste”(37) e é ainda sustentada por muitos autores(38) e por vários julgados da Suprema Corte norte-americana(39). A discussão acompanha, paralelamente, os debates a respeito dos efeitos da chamada “integração vertical”, onde duas ou mais empresas, não concorrentes, que se situam em níveis diferentes da cadeia produtiva, se fundem. Aqueles que propugnam uma revisão da “teoria da alavancagem”, estigmatizada pela verve dos neoclássicos, o fazem sob a luz da “teoria dinâmica da alavancagem” e da “criação de barreiras à entrada”.

Nota:

(35) HOVENKAMP (1986:147). Anos mais tarde (HOVENKAMP, 1994), esse autor reafirmou que “essa teoria da alavancagem do poder de mercado não é uma forma plausível de aumentar o lucro monopolista [...] A teoria de que um monopolista pode usar a venda casada para aumentar lucros monopolistas foi condenada repetidamente pela doutrina por quatro décadas”.

(36) Vide BORK (1978), *apud* SLADE (1997:5). Aquele autor afirma que “a teoria da venda casada nada mais é que outro exemplo da desacreditada teoria transferência de poder de mercado e provavelmente nenhuma outra variedade dessa teoria foi tão completa e repetidamente destruída pela doutrina e jurisprudência”.

(37) KAPLOW (1985).

(38) Por exemplo, GREER (1984), *apud* SLADE (1997), afirma que “se o vendedor do produto vinculante restringe uma parcela substancial do mercado vinculado, os competidores do mercado vinculado sofrerão aumento de custos e sairão do mercado”.

(39) Vide *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.* (243 U.S. 502, 518 (1917) ; *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 509 (1969) ; *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 611 (1953) (“a essência da ilegalidade da venda casada é o aumento do poder de monopólio; o vendedor explora sua posição dominante em um mercado para expandir seu império sobre o seguinte”); *United Shoe Mach. Corp. v. United States*, 258 U.S. 451, 457-58 (1922) .

3.2. Criação de Barreiras à Entrada (“Entry Barriers”): a Teoria Dinâmica da Alavancagem (“Dynamic Leverage Theory”)

Ao praticar a venda casada, o monopolista do produto vinculante torna mais difícil para outros competidores no mercado vinculado vender seus produtos, pois obriga potenciais concorrentes a entrar nos dois mercados simultaneamente. A escola neoclássica admite ser este efeito o mais plausível da Teoria da Alavancagem(40). Todavia, ressalva que a barreira à entrada somente existirá caso a venda casada reduza os custos da empresa que a pratica pois, do contrário, duas empresas independentes, operando em cada nível da cadeia produtiva, seriam capazes de competir com o monopolista, contestando eventuais abusos de seu poder. O “poder de alavanca” somente seria preocupante para a análise antitruste, dizem os neoclássicos, se a produção integrada dos produtos vinculante e vinculado implicar redução dos custos em relação à produção separada. A redução de custos de produção ou distribuição, inegavelmente, traduz-se em eficiência econômica, cujos benefícios devem ser sopesados na análise antitruste em cotejo aos malefícios da restrição à concorrência.

Nota:

(40) HOVENKAMP (1986:148).

Estudos recentes – motivados sobretudo pelo famoso caso Microsoft perante a Justiça norte-americana – propõem uma nova abordagem da Teoria da Alavancagem, demonstrando que as críticas a ela feitas pela doutrina neoclássica, para defender a suposta inocuidade da prática da venda casada para o bem-estar do consumidor, decorrem de um modelo de análise eminentemente estático. BOWMAN, por exemplo, argumenta que se o produto vinculado puder continuar ser ofertado em circunstâncias competitivas, nenhum novo ou adicional poder de monopólio poderia ser criado. Isso é verdade no presente, mas Bowman não considera os efeitos no longo prazo. Esses estudos revisionistas procuram separar os efeitos atribuídos ao poder de alavancagem, (i) a maximização dos lucros e (ii) a extensão de poder de monopólio. Essa distinção pode ser entendida como uma distinção entre efeitos que podem ser observados em um modelo estático e efeitos que somente surgem a partir de uma perspectiva dinâmica(41). A análise feita a partir de uma análise dinâmica procura demonstrar que um monopolista pode praticar a venda casada, obrigando a venda de bem complementar, para preservar seu poder de monopólio no mercado vinculante. Ademais, trazem robustas provas de que a venda casada pode, sim, ser usada para transferir poder de monopólio do mercado original para um emergente ou de nova tecnologia. Esse motivo dinâmico da venda casada é chamada por CARLTON e WALDMAN (2000) como “estratégia da venda casada de bens complementares”(42).

Nota:

(41) KAPLOW (1985:6).

(42) Existem poucos estudos empíricos a respeito da venda casada. A teoria da alavancagem, todavia, é consistente com os poucos estudos empíricos já realizados. Por exemplo, HASS-WILSON (1987), *apud* SLADE (1997:3), descobriram que os preços de lentes de contato eram significativamente maiores em Estados onde sua venda era vinculada a serviços de oftalmologia e de oculista.

O argumento da “alavancagem dinâmica” é importantíssimo, porém mais compatível com mercados dinâmicos (e.g, de alta tecnologia).

3.3. Evasão de Cartel

Um das razões para a prática da venda casada comumente mencionadas pela doutrina é a proteção do monopolista contra um cartel no mercado vinculado. Suponha o exemplo das porcas e parafusos referido anteriormente, onde as porcas eram vendidas em um mercado perfeitamente competitivo e os parafusos, sujeitos a um monopólio. Através da prática de cartel, as empresas concorrentes no mercado de porcas combinam preços, fixando-os em \$11 (\$4 acima do preço

competitivo, de \$7). Nesse caso, o monopolista está sendo prejudicado, pois o preço pelos parafusos é aviltado. Ora, conforme visto anteriormente, o preço do pacote, na percepção do consumidor, é fixo, ou seja, o consumidor está disposto a pagar \$23 pelo pacote, no ponto de equilíbrio da maximização dos lucros do monopolista. O monopolista, no entanto, pode evitar ter seu lucro monopolista expropriado em \$4 através da venda casada(43).

Nota:

(43) HOVENKAMP (1986).

3.4. Evasão de Regulação Estatal(44)

Nota:

(44) Vide *Northern Pacific Railway Co. v. United States* (1958) ; *Litton Systems, Inc v. American Tel. & Tel. Co* (AT&T) (1983); *Sandoz Pharmaceutical Corp.* (1991).

Muitas vezes, a venda casada é usada por monopolistas sujeitos a regime de controle de preços para fraudar as limitações impostas pelo órgão regulador, vinculando a venda de um bem cujo preço não é regulado à venda do bem regulado. Este tipo de comportamento visa ao aumento de lucros do monopolista que, na impossibilidade da elevação de preços no mercado do produto regulado, por conta do controle estatal, busca a maximização de seus lucros atrelando, ao produto regulado, a venda de produtos ou serviços que fogem do controle do agente regulador. Ao invés de lucrar diretamente pelo bem ou serviço no qual detém poder de mercado (o produto vinculante) a empresa lucrará a partir do produto vinculado. HOVENKAMP (1986) formula o seguinte exemplo: suponha que uma companhia de telefone local, que é monopolista em sua área de concessão, maximize seus lucros monopolistas cobrando de seus clientes o valor de \$15 mensais pela assinatura. Todavia, a agência reguladora fixou a tarifa em \$10, preço próximo ao que seria em um mercado competitivo. A companhia de telefone poderia fraudar o preço regulado obrigando seus clientes a dela alugar o aparelho de telefone. O aparelho pode ser obtido no mercado competitivo a \$2. Todavia, a companhia de telefone impõe o valor do aparelho telefônico em \$7, de modo a obter, indiretamente, seus \$15(45). O prejuízo ao consumidor decorre não só da indevida transferência de renda do consumidor para o fornecedor, mas também da exclusão, no mercado de consumo, de vários consumidores que não estão dispostos a pagar mais que \$12 pelo pacote(46).

Nota:

(45) HOVENKAMP (1986:149).

(46) Vale a pena, neste ponto, mencionar que além do prejuízo causado aos consumidores que passaram a ter de pagar mais pelos mesmos produtos e àqueles que deixaram de consumi-los, a prática gera ineficiência alocativa na economia, impondo prejuízos a todos os cidadãos, na medida em que entrava o crescimento econômico, o emprego e a renda. É o que os economistas chamam de “dead weight loss” ou peso morto. O aumento do “excedente do produtor” decorrente do aumento do preço é menor que o decréscimo do “excedente do consumidor” (vide capítulo seguinte). Ou seja, além da indevida transferência de renda do bolso do consumidor para o bolso do fornecedor, a sociedade como um todo perde no total de bem-estar, assim considerado o somatório do bem-estar de todos os integrantes daquela sociedade. Para uma abordagem bastante didática dessa e outras questões microeconômicas, vide MANKIWI (2003).

3.5. Discriminação de Preços

Os consumidores atribuem valores diferentes a um mesmo bem, em função de imponderáveis fatores pessoais, como renda, necessidade, gosto, crenças, instrução, cultura e estado psicológico, que podemos chamar de “percepção de utilidade”. Regra geral e intuitiva, quanto mais caro um bem, menor será a quantidade de consumidores que estarão dispostos a comprá-lo e vice e versa. Ao ofertar seu produto a um determinado preço para todos os consumidores, o monopolista beneficia aqueles consumidores que, ainda que o preço fosse mais alto, estariam dispostos a comprá-lo. A diferença entre o preço a que o consumidor estaria disposto a pagar e o preço ofertado, quando positivo, é chamado de “excedente do

consumidor”. Imagine-se, por outro lado, que o monopolista dispusesse de um meio de identificar os consumidores que estariam dispostos a pagar mais pelo seu produto e deles cobrar preços majorados. Nesse caso, o fornecedor estaria se apropriando do “excedente do consumidor”, aumentando seus lucros.

Diversas são as técnicas de discriminação de preços de que se vale o fornecedor para capturar os consumidores que estão dispostos a pagar mais pelo seu bem. Ao cobrar ingressos mais baratos em determinados dias e horários da semana, geralmente durante os dias úteis e à tarde, cinemas conseguem discriminar aqueles consumidores que trabalham (e, portanto, supõem-se dispostos a pagar mais pelo ingresso) dos estudantes e aposentados (que têm maiores restrições de renda). Ao cobrar tarifas mais baratas de passageiros que pernoitam no local de destino, empresas aéreas discriminam os passageiros executivos ou de negócios, que se supõem dispostos a pagar mais pela passagem e não dispostos a pernoitar no local de destino (como os turistas).

A venda casada pode ser praticada pelo monopolista para discriminar preços entre os diversos consumidores para, assim, apropriar-se do chamado “excedente do consumidor” e maximizar seus lucros. Suponha-se que um distribuidor esteja definindo a estratégia de lançamento de dois livros concomitantemente, em dois países diferentes. A tabela abaixo demonstra o máximo que cada grupo de consumidores está disposto a pagar pelos livros:

	CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE	GABRIEL GARCIA MÁRQUEZ
Consumidor brasileiro	\$100	\$70
Consumidor colombiano	\$ 60	\$80

Se o distribuidor for obrigado a fixar o mesmo preço para os dois mercados, ele teria de vender o livro de CDA por \$60 e GGM por \$70 (do contrário, qualquer centavo além, os consumidores não conterrâneos ao autor deixariam de comprá-lo), perfazendo um total de \$130. Todavia, se fizer um “pacote de bens não complementares”, ele pode extrair \$10 a mais de lucro, cobrando \$140 (que é o preço máximo que pode extrair do consumidor colombiano). Esta forma de discriminação de preços através da venda casada é conhecida como *block-booking*.

A venda casada, na modalidade “fornecimento atrelado”, também pode ser usada para “medir” a utilidade de determinado produto entre diversos consumidores e, assim, ensejar ao monopolista discriminar os preços entre eles. Por exemplo, alguns locatários de máquinas reprográficas tiram 1.000 cópias por mês, outros 10.000 e outros 50.000. É possível generalizar que aquele que tira mais cópias atribua maior valor à máquina reprográfica. Nesse caso, o locador é capaz de aumentar seu lucro monopolista, vinculando o fornecimento de papel de copiar ao aluguel da máquina reprográfica, cobrando preço de monopólio pelos papéis(47).

Nota:

(47) HOVENKAMP (1986) cita o seguinte exemplo: “Zyrex Company fabrica e aluga máquinas copiadoras patenteadas que é eficiente, confiável e faz cópias melhores que qualquer outra máquina copiadora do mercado. Em consequência, Zyrex tem substancial poder de monopólio no mercado de máquinas reprográficas. Em um mercado competitivo, a máquina da Zyrex seria alugada por \$100. Todavia, o preço maximizador dos seus lucros é \$150 ao mês. Papel para cópias é obtido no mercado competitivo a \$0,02 por folha. Zyrex aluga suas máquinas a \$100 por mês, mas exige de todos os seus consumidores que comprem dela papéis de cópia a \$0,04 por folha (\$0,02 de lucro monopolista). Como resultado, Zyrex não auferir lucro monopolista sofre o aluguel da máquina, sobre o qual detém patente, mas sim sobre a venda das folhas de papel. Os pequenos locatários que tiram 1.000 cópias por mês geram \$20 por mês de lucro monopolista. Os locatários médios que tiram 10.000 cópias geram \$200 de lucro monopolista à Zirex. E os grandes, que tiram 50.000, geram \$1.000. Ao final, Zyrex pôde apurar um lucro maior do que aquele que teria caso alugasse suas máquinas por \$150.

Os efeitos da discriminação de preços sobre o bem-estar do consumidor e a concorrência são controversos na literatura econômica. Por um lado, como visto no exemplo acima, a discriminação gerou apropriação do excedente do consumidor pelo fornecedor, mas sem perda de eficiência alocativa (ou seja, houve transferência de renda dos consumidores para o produtor, sem prejuízo ao mercado). Por outro, permitiu que consumidores pequenos tivessem a oportunidade de acessar o mercado de consumo.

3.6. Eficiência

A prática da venda casada pode gerar importantes eficiências econômicas, associadas sobretudo à redução dos custos de transação(48) e desenvolvimento tecnológico. No primeiro caso, enquadram-se situações em que (i) a venda de produtos em conjunto envolve economias de escala na obtenção de informações, na realização de contratos de ou na logística e

gestão de estoques; (ii) a reputação do fornecedor e de seus ativos é protegida contra danos oriundos do uso de produtos complementares, de qualidade inferior, que possam denegrir a imagem do produto vinculante; e (iii) no caso de franquias de marca, cria-se uma garantia de atendimento a padrões de qualidade exigidos pelo franqueador(49). No segundo caso – as eficiências do tipo tecnológico – são duas as principais situações geradoras de eficiências na venda casada: (i) a produção conjunta gera significativas economias de escopo(50) ou (ii) os produtos em questão podem constituir sistemas, de interdependência tecnológica, de forma a tornar seu desenvolvimento mais eficaz quando realizado de forma integrada por um mesmo produtor(51). As eficiências econômicas geram, de um lado, preços mais baixos aos consumidores e, de outro, otimização da alocação dos escassos recursos materiais na sociedade (“eficiência alocativa”), maximizando o bem-estar (econômico) na sociedade.

Nota:

(48) A teoria dos custos de transação foi desenvolvida sobretudo a partir dos trabalhos de COASE (1937) e WILLIAMSON (1975, 1981 e 1985). WILLIAMSON (1985), *apud* PONDÉ (2002), identifica dois tipos de custos de transação, a saber: os custos *ex ante* de negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas do contrato, que estão presentes nas situações onde é difícil estabelecer as pré-condições para que a transação econômica seja efetuada de acordo com os parâmetros planejados e esperados; e os custos *ex post* de monitoração, renegociação e adaptação dos termos contratuais às novas circunstâncias.

(49) Segundo PONDÉ (1999), para que a venda casada possa apresentar ganhos de eficiências por meio de redução de custos de transação, é necessário que: (i) “a venda de vários produtos em um pacote gere reduções de custos de transação relacionadas à coleta de informações, negociação de contratos, logística e gestão de estoques; (ii) permite a proteção de imagem/reputação do fabricante contra os efeitos da comercialização de produtos complementares de qualidade inferior. O produto complementar pode ser um serviço pós-venda. O pré-requisito para que este tipo de eficiência seja relevante é que o consumidor tenha dificuldades em avaliar a contribuição precisa de diferentes fatores para o desempenho do produto consumido”.

(50) Nos termos da Resolução CADE nº 20/1999, “ocorre economia de escopo quando o custo da produção conjunta de mais de um bem ou serviço é menor do que o custo da produção de cada um deles de forma isolada”.

(51) POSSAS e MELLO (2002), p. 156.

4. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA PRÁTICA E DE SUA ILICITUDE

4.1. Escorço Histórico

4.1.1. Experiência Norte-Americana

Como visto no item 3 acima, os efeitos da venda casada são ainda bastante controversos. Se por um lado a venda casada pode gerar eficiências importantes para a economia, por outro os malefícios decorrentes do poder de alavancagem e da discriminação de preços são ainda objeto de acesos dissensos doutrinários. A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, desde 1917, ilustra o debate sobre esta querela, ainda indefinida, e sua análise oferece valioso instrumento de prospecção histórica da evolução do instituto.

A Suprema Corte norte-americana tradicionalmente vê com maus olhos a prática da venda casada, tendo-a considerado inúmeras vezes ilícita “per se”. A regra “per se”, típica do raciocínio concorrencial, traduz-se, na tradição jurídica brasileira, em orientação de interpretação para análise da ilicitude da conduta, em que o prejuízo à concorrência, presentes determinadas circunstâncias, é pressuposto (presunção relativa de ilicitude). Tradicionalmente, a regra “per se” é tratada como antinômica à conhecida “regra da razão”, que por sua vez exige do intérprete uma prospecção nos efeitos da conduta(52). As cortes americanas sustentaram que o uso do poder em um mercado para influenciar ou “alavancar” seu poder em outro “geralmente não serve a qualquer objetivo legítimo que não possa ser alcançado de outra forma menos restritiva”(53). Como consequência, vendas casadas passaram a ser presumidamente anticompetitivas e condenadas como uma violação “per se” à Seção 1 do Sherman Act e à Seção 3 do Clayton Act(54).

Nota:

(52) Para uma crítica à tradicional dicotomia “*rule of reason-per se rule*”, vide HOVENKAMP (1999) e SCHUARTZ (2002)

- (53) *Fortner I*, 394 US 495, 503 (1969).
- (54) Veja, abaixo, *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958) (“tying arrangements are per se violations of § 1 of the Sherman Act”); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396 (1947) (“[I]t is unreasonable, per se, to foreclose competitors from any substantial market”).

É importante notar, entretanto, que os tribunais norte-americanos vêm aplicando uma “quasi-per se rule” ou “partial per se” para a venda casada⁵⁵. Para invocar essa “partial per se rule”, o reclamante ou autoridades devem provar o seguinte: (i) existência de dois ou mais produtos distintos (e não “conjuntos”); (ii) que a venda de um dos produtos é condicionada à venda do outro (coerção); (iii) que o vendedor tem poder de mercado suficiente no mercado no produto vinculante para “restringir a competição de forma apreciável” e (iv) a prática restringe substancial parcela do comércio no mercado do produto vinculado (56).

- Nota:
- (55) [A]s a practical matter, the need to conduct a number of market-related inquiries in order to invoke the per se rule and the willingness of the courts to consider justifications for the challenged conduct result in an analysis of economic effect that in some respects approaches a rule of reason inquiry” (ABA Antitrust Section, Antitrust Law and Developments 89-90 (2d ed. 1984), *apud* MYERS (1985).
- (56) MYERS (1985).

Em 1917, a Suprema Corte norte-americana condenou uma empresa que, detendo poder de monopólio em razão de patente no mercado de projetores de filmes, impunha a seus consumidores um “fornecimento atrelado” de seus próprios filmes. A venda casada foi condenada porque “o detentor de poder de monopólio legal em um mercado (projetores) usou o poder de alavancagem para monopolizar outro mercado” (filmes)(57).

- Nota:
- (57) *Motion Picture Patents Co. v. Universal Films Mfg. Co.* (1917).

Em 1931, a Suprema Corte julgou o caso *Carbice Corp. of Amer. v. Amer. Patents Development Corp.*, mencionado anteriormente no Capítulo 3.1, como exemplo clássico da aplicação da Teoria da Alavancagem.

Em 1936, a Suprema Corte norte-americana condenou as duas maiores fabricantes de tabuladores mecânicos de dados por condicionarem a venda de seus computadores à aquisição de cartões perfurados (“punched cards”), necessários a seu funcionamento(58). Aquela Corte concluiu que as empresas usaram do poder de monopólio que detinham no mercado de computadores para monopolizar também o mercado de cartões perfurados. A defesa alegou que a exigência era feita para preservar o bom funcionamento dos computadores e, portanto, sua reputação. Todavia, a Corte desconsiderou o argumento, entendendo que outros produtores ofereciam no mercado cartões perfurados em qualidade técnica semelhante. Esta decisão foi objeto de duras críticas pela Escola de Chicago, sob o “argumento da soma fixa”, visto anteriormente(59).

- Nota:
- (58) Trata-se de sistema precursor aos atuais computadores. Vide item 3.5 supra.
- (59) *International Business Machines v. United States*, 298 US 131 (1936).

Em 1947, apresentou-se à Suprema Corte norte-americana o seguinte caso: uma empresa detentora de patente sobre duas máquinas destinadas a processos industriais, a primeira para dissolver rochas de sal e a segunda para injetá-lo em produtos enlatados, condicionava o aluguel dessas máquinas à aquisição posterior de sal. Tratava-se de outro caso de “fornecimento atrelado”, onde o locatário da máquina era obrigado a adquirir o sal única e exclusivamente do próprio locador. Neste caso, a Suprema Corte norte-americana sentenciou: “é irrazoável, ‘per se’, fechar o mercado para concorrentes de qualquer mercado [...] e a tendência da prática [de venda casada] obviamente conduzirá à formação de poder de monopólio”. Novamente, a defesa de que a venda casada era condição para controle de qualidade e preservação da reputação foi

rejeitada(60).

Nota:

(60) *International Salt Co. v. United States*, 332 US 392 (1947).

Nesses quatro casos, julgados de 1917 a 1947, consagrou-se a Teoria da Alavancagem e a regra “per se”, de modo que os efeitos anticompetitivos eram presumidos desde que houvesse poder de mercado e uma substancial parcela de mercado fosse atingida.

Em 1953, o julgamento de *Times-Picayune Publ. Co.* representou um revés nessa tendência. *Times*, uma editora de jornal matutino e vespertino, foi acusada pela autoridade antitruste de tentar excluir a concorrência, vinculando a venda de espaço publicitário no jornal matutino (em que era o único no mercado) à aquisição do mesmo espaço no jornal vespertino (em que sofria a concorrência de outro jornal). A Suprema Corte norte-americana entendeu que (i) a acusada não detinha poder de dominação no mercado vinculante (jornal matutino); e (ii) que não se provou que uma substancial parcela do mercado havia sido restringida. O caso foi considerado paradigmático porque simbolizava uma tendência da Suprema Corte norte-americana em passar a analisar a prática de venda casada sob uma perspectiva próxima à da regra da razão(61). Todavia, essa tendência não se confirmou. Logo em 1958, a Suprema Corte norte-americana condenou a *Northern Pacific Raiwail Co.* que, sendo proprietária das terras contíguas às por onde passava a linha de ferro, obrigava seus arrendatários a escoar toda a produção através de sua ferrovia. A Corte expressamente invocou a decisão do caso *International Salt*, considerando a prática ilícita per se, dado o poder de mercado capaz de restringir a competição (terras) e a não insubstancial restrição ao comércio no produto vinculado (transporte). Alguns autores consideram que a racionalidade subjacente à conduta da *Northern Pacific Railway* era fraudar o controle de preços sobre seu frete(62).

Nota:

(61) *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 611 (1953).

(62) *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

Em 1962, no julgamento do caso *United States v. Loew's, Inc.*, a Suprema Corte norte-americana aplicou uma análise “per se” semelhante, presumindo poder de mercado em direitos autorais de filmes. *Loew's* vendia pacote de filmes, como mecanismo de “block booking”, tratado anteriormente(63). A Suprema Corte norte-americana considerou ilícita a prática de condicionar a venda de “bons filmes” à aquisição de “maus filmes”, mencionando a “coerção” (“coertion”) como elemento caracterizador do ilícito(64).

Nota:

(63) Vide item 3.5.

(64) *United States v. Loew's Inc.*, 371 US 38, 45 (1962).

Em 1969, mais uma vez a regra “per se” foi aplicada de forma estrita pela Suprema Corte norte-americana. *US Steel* foi acusada por sua concorrente *Fortner Enterprises Inc.* de praticar venda casada ao oferecer crédito em condições mais vantajosas às oferecidas no mercado aos construtores que lhe adquirissem casas pré-fabricadas. Argumentava a acusação que a empresa detinha poder de monopólio no mercado de crédito e que as vendas de casas pré-fabricadas, no valor de 9 milhões de dólares, revelava que uma parcela não insubstancial do mercado havia sido afetada. A Corte recusou a aplicação da regra da razão, ao afastar o argumento da defesa de que a venda casada permitia substanciais eficiências, como ganho de escala e redução dos custos de transação, e determinou a restituição do caso às instâncias inferiores, para que fosse produzida prova a respeito da existência de poder de mercado por parte da *US Steel*(65). Oito anos mais tarde, o caso voltou à Suprema Corte norte-americana, que confirmou a decisão de que a empresa detinha poder de monopólio e, por essa razão, condenou a prática de venda casada(66).

Nota:

(65) *Fortner Enterprises Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 US 495 (1969).

(66) *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 US 610 (1977).

Em 1984, Jefferson Parish Hospital foi acusado pelo médico Dr. Hyde de prejudicar a concorrência no mercado de serviços de anestesiologia, ao condicionar o uso de suas salas de cirurgia à contratação de médicos anestesiológicos cadastrados pelo próprio Hospital. O Hospital alegou que a venda casada reduzia os custos do serviço e implicava aumento do controle de qualidade dos mesmos. Cinco, dos nove juízes que votaram, liderados pelos Justices Brennan e Marshall, afirmaram que a regra “per se” ainda se aplicava aos casos de venda casada; todavia, naquele caso concreto, entenderam que o Hospital não tinha poder de mercado e que não havia restado demonstrado o efeito adverso à competição. Os outros juízes, liderados pela Justice O’Connor, consideraram que era hora de “abandonar a regra ‘per se’ e refocar a análise nos prejuízos deletérios à economia, e os potenciais benefícios econômicos, que a venda casa pode ter”. A corrente dissidente considerou, ainda, que os serviços de anestesiologia e de sala de cirurgia não poderiam ser considerados bens distintos, para fins de venda casada, mas um *cluster* (67).

Nota:

(67) *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 US 2 (1984) . Para uma interessante análise do caso, vide LYNK (1984) . Vide mais sobre o caso no item 4.2 infra.

Em 1992, a empresa Eastman Kodak Co. foi acusada de vincular a venda de peças de reposição de suas máquinas fotocopadoras aos serviços de reparação. A primeira questão que se colocou à Suprema Corte norte-americana foi se se tratavam de bens distintos ou não (“conjunto”). Ao depois, investigou-se se a Kodak, apesar de não deter poder de monopólio no mercado de máquinas fotocopadoras, poderia o ter nos serviços de reparo e reposição de peças de suas máquinas. Trata-se de um clássico exemplo de “lock-in”, em que o consumidor, uma vez tendo adquirido a máquina patenteada desta ou daquela empresa, não tem opção de compra de peças (patenteadas) de outros concorrentes. A Kodak alegou que, não detendo poder de monopólio sobre o mercado de máquinas copiadoras – o que restou reconhecido pela Corte – não teria como impor preços supracompetitivos sobre suas peças de reposição pois, se o fizesse, seus clientes simplesmente deixariam de comprar suas máquinas. Apesar de deter 80% do mercado de reposição e serviços de reparos em suas próprias máquinas, alegou a Kodak que a acirrada competição no mercado de novas máquinas a impediria de aumentar os preços acima dos limites competitivos. Implicitamente, trata-se do “argumento da soma fixa”, pelo qual o consumidor, atribuindo valor ao pacote e não individualmente aos bens que o compõem, impede que o monopolista extraia simultaneamente dois lucros monopolistas nos dois mercados (no caso, não havendo poder de mercado, qualquer tentativa nesse sentido representaria migração das vendas do pacote para os concorrentes). Por fim, alegou que a venda casada era mecanismo de que dispunha para preservar o “controle de qualidade” e, conseqüentemente, a “reputação” de seus produtos e marca. A Corte rejeitou a defesa da Kodak alegando que o custo do consumidor trocar a máquina por outra de um concorrente (“lock-in”) e o custo e a dificuldade de se aferir o valor do pacote (ou seja, o valor da máquina mais o valor de todas as peças de reposição e serviços de reparação de que ela precisará por todo seu ciclo de vida) permitiria à Kodak explorar os consumidores mais vulneráveis.

4.1.2. Experiência Brasileira

Poucas vezes casos de venda casada foram levados à apreciação dos tribunais administrativos e judiciais do Brasil. Explica-o a falta de compreensão dos operadores do direito a respeito dos efeitos da venda casada e seus elementos caracterizadores, que por sua vez decorre da pobreza da produção científica a respeito da prática.

Em 1993, a Xerox do Brasil Ltda. foi acusada perante o CADE de pressionar os locatários de suas máquinas fotocopadoras a somente adquirir materiais de consumo (toner, revelador e cilindro) que tenham a sua marca. A Xerox defendeu-se argumentando que não obrigava seus consumidores a adquirir suas peças de reposição, mas apenas advertia que o uso de produtos de seus concorrentes poderia causar danos à máquina e comprometer a qualidade de sua performance. Entendeu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que a Xerox, (i) além de não provar que os produtos de seus concorrentes são de qualidade inferior e causaram ou poderiam causar danos a suas máquinas, não especificou as características técnicas das peças que exigia para suas máquinas; (ii) a Xerox detinha posição dominante nos mercados de locação e prestação de serviço de assistência técnica (91%), bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopadoras (de 74% a 100%); (iii) a Xerox impunha contratualmente a seus clientes uma cláusula-padrão em contratos de prestação de serviços de assistência técnica que os inibiam de suprirem-se de material de consumo fabricado por terceiros; e (iv) essa conduta inibia a concorrência e criava dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado, mantendo a Xerox no domínio do mercado. Por essas razões, o CADE, à unanimidade, condenou a Xerox a multa equivalente hoje a R\$ 4,3 milhões(68), bem excluir de seus contratos a cláusula-padrão(69).

Nota:

(68) A condenação original, de Cr\$ 25 bilhões, foi atualizada monetariamente segundo a tabela de evolução mensal de índices, que faz publicar mensalmente a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, referentemente a débitos oriundos da Justiça Federal.

(69) CADE, Processo Administrativo nº 23/91, Repra Materiais e Equipamentos Ltda. v. Xerox do Brasil Ltda., Rel. Cons. Marcelo

Monteiro Soares, j. 31.03.93.

Contra essa decisão insurgiu-se a Xerox do Brasil Ltda., ajuizando ações cautelares e ordinárias, perante a Justiça Federal (70). Ambas foram julgadas improcedentes em dezembro de 1997. Em 2001, a Xerox interpôs recursos de apelação, que no momento ainda aguardam julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região(72). Entrementes, a Xerox ainda ajuizou, perante aquele Tribunal, Ação Cautelar inominada para atribuir efeito suspensivo à apelação interposta na ação cautelar, de modo a manter suspensa a exigibilidade da multa que lhe fora infligida pelo CADE. Essa ação foi julgada improcedente, atestando a Desembargadora Federal Relatora que “o CADE está correto quando afirmou que a Xerox não pode eliminar do mercado suas concorrentes, criando dificuldades para a utilização dos produtos por elas fabricados ou fornecidos, sem qualquer prova técnica. A Xerox não pode pressupor que apenas seus produtos são idôneos e que todos os outros danificarão suas máquinas, objeto de locação. [...] A Xerox procura há muitos anos repetir neste país [sic] conduta considerada imprópria no seu próprio país desde, pelo menos, 29 de julho de 1975, pois se vale da necessidade que tem sua clientela do serviço de assistência técnica, para lhe impor a aquisição do material de consumo para as máquinas copiadoras. O que isso significou? Significou que os clientes da Xerox não puderam escolher livremente seus fornecedores. A dificuldade das empresas clientes em optarem por diferentes produtos, por sua vez, criava embaraço para que novas concorrentes surgissem no mercado”(73).

Nota:

- (70) Ação cautelar Inominada nº 93.4717-5 e Ação ordinária nº 93.6161-5, ajuizadas por Xerox do Brasil Ltda. contra União Federal, perante a MM. 16ª Vara Federal no Distrito Federal, em 14.04.93 e 17.05.93, respectivamente.
- (71) Sentenças nºs 421/99 e 422/99, subscritas pelo Juiz Federal Francisco Neves da Cunha.
- (72) Recursos de Apelação nºs 2001.01.00.036742-5 e 2001.01.00.036741-1, perante a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
- (73) Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Medida Cautelar nº 2000.01.00.000454-3/DF, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, j. 22.10.01.

Dias após o julgamento do caso Xerox, o CADE condenou Sharp Indústria e Comércio Ltda., também acusada de vincular a prestação de serviço de assistência técnica a máquinas fotocopadoras à aquisição de produto a ser utilizado naqueles serviços. Do voto do Conselheiro Relator, consta que “a vinculação de produto a serviço e vice-versa, conforme doutrina prevalente nacional e estrangeira, outro objetivo não tem que o de impedir que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou serviço que melhor lhe convenha. A consequência inevitável dessa conduta é a restrição do mercado relativamente aos compradores do produto vinculado, eliminando-se concorrentes reais ou potenciais, pois cria dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento das empresas do setor”(74).

Nota:

- (74) Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 01/91, Interchemical Indústria e Comércio Ltda. v. Sharp Indústria e Comércio Ltda., j. 28/05/93, in Revista do IBRAC, Caderno de Jurisprudência, Julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1993.

Em 2000, a 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo julgou procedente Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra o Cemitério do Morumbi. Invocando o Código de Defesa do Consumidor, entendeu a Juíza de Direito ser abusivo o dispositivo contratual segundo o qual “o fornecimento de jazigos fica subordinado à obrigação de construir gavetas, lápides, entre outros, pela própria [ré], impedindo que tais serviços sejam prestados por terceiros, estranhos ao contrato. [...] Ao impedir que os serviços sejam prestados por terceiros, as rés cobram o preço que bem entenderem, e praticamente coagem o consumidor a pagá-los, pois geralmente estão em situação desesperada, com o corpo do parente íntimo para enterrar. Conforme demonstrado pelo autor, as rés cobram preços abusivos e escorchantes, o que somente é possível em razão da imposição da venda casada, que impede a concorrência de outros construtores de jazigos e gavetas, bem como demais fabricantes de lápides de bronze”. A sentença refuta o argumento da defesa segundo o qual os consumidores estão cientes da imposição desde o momento da contratação, pontuando que os preços não são definidos no contrato, mas sim *a posteriori*, no momento em que se fazem necessários. Ademais, o argumento de que a vinculação se presta a garantir a harmonia arquitetônica foi rechaçado pela sentença, pois “cabe às rés determinarem as regras”. A sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em apelação, sob os argumentos de que “as benfeitorias não constituem outro produto ou serviço, uma vez que completam o jazigo, único bem fornecido na concessão onerosa de uso, não se caracteriza abuso, conhecido como venda casada” e que, por razões de organização da necrópole, não convém que

outros empreiteiros, que não seja da confiança da administração, faça intervenções que poderiam comprometer a harmonia arquitetônica(75).

Nota:

(75) Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 181.938.5/0-00, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, Oitava Câmara, v.u., j. 08.05.02.

Em 2001, o Tribunal de Justiça de São Paulo apreciou um caso de venda casada, em sede de Agravo de Instrumento interposto contra liminar em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Cinemark Brasil S.A. Alegava o MP que a ré, empresa que explora o mercado de cinemas na cidade de Santos, ao proibir a entrada, na sala de projeção, de produtos alimentícios adquiridos em estabelecimentos fora de suas dependências, estaria “cerceando a liberdade de escolha do consumidor”. O Tribunal de Justiça, fundamentado exclusivamente na legislação consumerista, atestou que “a reserva de mercado imposta, em princípio, pela agravante, restringindo o acesso dos produtos de sua marca às salas ou, por outro lado, a vedação da entrada de outros, comprados em estabelecimentos congêneres, ferem o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal e 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, isto é, retira do consumidor o direito sagrado e protegido pela norma constitucional do direito de escolha”(76).

Nota:

(76) Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 195.256-4/1-00, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, Oitava Câmara, v. u., j. 08.08.01, *in* Revista do Consumidor nº 42/357.

Em 2001, o Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Santo Amaro considerou que a prática da empresa Momentum Empreendimentos Imobiliários de impingir aos adquirentes de lotes de terrenos à aquisição de serviços de administração do loteamento e conservação configurava a – em suas próprias palavras – “famigerada venda casada”, considerada, no caso, abusiva(77).

Nota:

(77) Sentença publicada subscrita pelo Juiz de Direito Alexandre David Malfatti, publicada na Revista do Consumidor nº 42 (jun/2002).

Em 2003, o Ministério Público de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública contra empresa denominada EuroSumaré Edições Culturais Ltda. que, em suas palavras, “condiciona o fornecimento dos cursos de computação à aquisição do material didático, isto é, o consumidor somente terá acesso aos cursos ministrados se adquirir o material didático fornecido pela [EuroSumaré]”(78).

Nota:

(78) Petição Inicial subscrita pelo Promotor de Justiça Joel Carlos Moreira da Silva, publicada na Seção “Trabalhos Forenses” da edição nº 48 da Revista do Consumidor (out/2003).

Nesses casos da jurisprudência judicial analisados (cinema, jazigo, lotes e curso) – que praticamente são os únicos publicados ou disponíveis para pesquisa – nenhuma consideração foi tecida a respeito da existência de poder de mercado ou de justificativas econômico-jurídicas para a prática. Em todos, a prática é tomada como ilícita “per se”, a partir de uma análise bastante primitiva e da interpretação textual da legislação consumerista.

4.2. Dos Requisitos Caracterizadores da Prática

Como visto, a Suprema Corte norte-americana, embora ainda titubeante, definiu os seguintes requisitos de análise para configuração da ilicitude da prática da venda casada, do ponto de vista da defesa da concorrência: (i) existência de dois ou

mais produtos distintos; (ii) coerção; (iii) existência de poder de mercado no produto vinculante e (iv) restrição de substancial parcela do comércio no mercado do produto vinculado.

No Brasil, ante a ausência de precedentes jurisprudenciais significativos, a venda casada ainda se nos apresenta como uma grande incógnita. SALOMÃO FILHO (2003:91), em um dos raros trabalhos publicados no Brasil a respeito da matéria, defende que a ilicitude da venda casada caracteriza-se por dois elementos: (i) existência de coerção e (ii) objetivo ilícito de eliminar os concorrentes do mercado, nele prevalecendo, que se desdobraria em (ii.a) criação de barreiras à entrada e (ii.b) ausência de justificativas econômico-jurídicas. No seu entender, os requisitos apontados pela jurisprudência norte-americana de “existência de dois produtos separados” e “coerção” se confundem pois, não existindo mercado para o produto secundário, a venda casada seria natural, e não coercitiva. O Professor Calixto parte do pressuposto de que, em determinadas circunstâncias, a venda casada se justifica porque os custos de separação dos dois produtos elevará o custo de venda dos produtos separadamente próximo ao preço do pacote. Nesses casos, não haveria propriamente “coerção” – nem tampouco dois mercados relevantes distintos. Assim, para o referido Professor, “a inexistência de um mercado separado para o produto ‘casado’ ou secundário leva à inexistência de ilícito”. As justificativas lícitas que relaciona seriam “a proteção da própria reputação, às vezes também caracterizada como interdependência tecnológica” (SALOMÃO, 2003:92).

De fato, como aponta o Professor Calixto (2003:92), os requisitos estabelecidos pela jurisprudência norte-americana (“existência de dois produtos separados”, “coerção”, “poder de mercado” e “restrição substancial ao comércio”), de certa forma, podem se confundir, na medida em que se inter-relacionam e influenciam-se reciprocamente. Por que ninguém se considera “coagido” ao comprar suas camisas com botões, se existe uma infinidade de opções do mercado de botões que poderiam ajustar de melhor forma o conjunto camisa-botões à percepção de utilidade do consumidor? Será que neste caso, há dois produtos diferentes ou se trata de um *cluster*? Conforme visto acima, o Professor Calixto considera que, apesar de existirem dois produtos diferentes (botões e camisa), não existiria mercado para os produtos separados, na medida em que os custos envolvidos na separação, distribuição e transação provavelmente seriam tão altos que equivaleria à aquisição do conjunto. Intuitivamente, pode-se afirmar que o custo de aquisição separada da camisa, dos botões e do serviço de cosedura seria tão alto quanto comprar a camisa com os botões e depois substituí-los. Desta forma, o requisito da “existência de dois produtos diferentes” se confundiria com o da “coerção”, na medida em que a eficiência gerada pela venda casada do conjunto botão-camisa não permitira dizer propriamente que o consumidor foi “coagido” ou lesado em seu direito de escolha. A eficiência gerada a toda a sociedade, que pode adquirir o conjunto botões-camisa por preços mais baratos, justifica a imposição de certo prejuízo à parcela minoritária que gostaria de adquirir a camisa sem botões(79).

Nota:

(79) Salomão (2003:91) utiliza-se do exemplo de HOVEMKAMP (1986), de venda de sapatos aos pares (venda casada do pé esquerdo e do pé direito). Neste exemplo, à diminuta parcela da população que almejava adquirir um só pé de sapato é imposta a aquisição casada na medida em que esta gera substancial eficiência a todos os demais consumidores. O custo de separação, distribuição e transação dos pés separados provavelmente elevaria os preços a patamares muito próximos ao do conjunto.

No julgamento do caso *Jefferson Parish v. Dr. Hide*, visto anteriormente, a maioria vencedora reconheceu que “inquestionavelmente, o serviço de anesthesiologia componente do pacote oferecido pelo hospital *poderia* ser provido separadamente e *poderia* ser escolhido pelo paciente ou por um de seus médicos, se o hospital não insistisse em incluir os serviços de anesthesiologia no pacote oferecido a seus clientes. Na prática, os serviços de anesthesiologia são cobrados separadamente dos serviços que o hospital provê”(80). Já a minoria vencida, liderada pela Justice O’Connor, considerou que “não parece haver razão econômica para tratar cirurgia e anestesia como serviços separados. Pacientes estão interessados em contratar serviços de anestesia somente em conjunto com os serviços hospitalares, de modo que o Hospital não pode adquirir poder de mercado adicional vendendo os dois serviços em conjunto” (81).

Nota:

(80) *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 US 2 (1984).

(81) *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 US 2 (1984).

Ante a dificuldade de se definir uma clara distinção entre um “cluster” e um “pacote”, parece convir que esse requisito apontado pela jurisprudência norte-americana não seja levado em consideração pelas autoridades brasileiras, sobretudo porque direta ou indiretamente considerado na análise dos demais requisitos.

O requisito da “coerção” também pode ser confundido com o requisito da “existência de poder de mercado”. Tanto assim, que o Professor Calixto (2003:92), embora não o dizendo expressamente, excluiu o requisito da “existência de poder de mercado” de seu *two-steps standard*. Afinal, não havendo poder de mercado, não está “coagido” o consumidor a adquirir o produto vinculado, na medida em que pode buscá-lo junto a outros ofertantes. Porém, o requisito da coerção pode ser entendido apenas e simplesmente como “imposição de venda conjunta” ou qualquer prática que constranja o consumidor a adquirir o pacote. Nesse sentido, descolando-se o conceito de “coerção” da noção de “poder de mercado”, o quesito estaria voltado a identificar apenas a existência de cláusulas contratuais (expressas ou não) que condicionam a aquisição de um bem

ou serviço à aquisição de outro bem ou serviço. Para evitar confusão, abandonaremos a expressão, preferindo apenas “existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços”.

O requisito da “existência de poder de mercado”, por sua vez, confunde-se com o requisito da “restrição a substancial parcela de comércio”, na medida em que, sem poder de mercado, a venda casada, quando ineficiente, só importará perda de mercado ao fornecedor. Também por essa razão é que o Professor Calixto (2003:92) sequer menciona este requisito, pois pressuposto de seu segundo quesito (“existência de objetivo ilícito de eliminar os concorrentes do mercado, nele prevalecendo”).

O requisito da “restrição à parcela substancial do comércio” é imposto pela lei americana em razão do texto do vetusto Sherman Act (1890), que no Brasil traduziu-se nos efeitos mencionados nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

No Brasil, somente são consideradas infrações à ordem econômica aquelas práticas que *tenham por objeto* ou *possam produzir* pelo menos um dos seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços, que não através de processo natural fundado em maior eficiência de agente econômico em relação aos demais competidores; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e/ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante (art. 20, da Lei nº 8.884/94). No caso da venda casada, a existência de “poder de mercado” é condição *sine qua non* da potencialidade de geração dos referidos efeitos. Não havendo poder de mercado, a imposição da venda casada não terá o condão de “restringir parcela substancial do comércio”, gerando os efeitos referidos no art. 20 da Lei nº 8.884/94. As justificativas econômico-jurídicas mencionadas por SALOMÃO (2003:92) estão relacionadas sobretudo à geração de eficiências, que beneficiam os consumidores e a sociedade, em razão da alocação eficiente dos ativos na economia (art 20, § 1º, da Lei nº 8.884/94).

Feitas essas considerações, propomos que um guia de análise para a identificação da prática de venda casada passe pelos seguintes passos: (i) existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) existência de poder de mercado no produto vinculante; (iii) existência de objetivo ou potencialidade de gerar qualquer dos efeitos do art. 20, da Lei nº 8.884/94; (iv) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática.

O requisito “existência de dois produtos distintos” apontado pela jurisprudência norte-americana, é considerado na análise dos requisitos (i) e (iv). A análise do requisito da “coerção”, também referido pela jurisprudência norte-americana, decorre da conjugação dos requisitos (i) e (iv) supra. O requisito da “existência de restrição a substancial parcela de mercado” é considerado pelo requisito (iii). Assim, opta-se por uma abordagem iluminada pela *regra da razão*, admitindo-se que a prática pode, eventualmente, gerar eficiências.

5. DO SIGNIFICADO DO ART. 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como visto no capítulo introdutório, existe uma aparente antinomia entre a caracterização do ilícito na prática da venda casada, assim como definidos nos microssistemas jurídicos de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. Enquanto o primeiro, indubitavelmente, exige prova (i) da existência de cláusulas ou condições contratuais que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) da existência de poder de mercado no produto vinculante; (iii) da existência de objetivo ou potencialidade de gerar qualquer dos efeitos do art. 20, da Lei nº 8.884/94; e (iv) da ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática, na legislação consumerista, a prática parece ser sancionada sem maior apuro analítico(82), não se admitindo qualquer justificativa(83).

Nota:

(82) Vide casos analisados no capítulo 4.1.2.

(83) BENJAMIN (2001:324).

A primeira tentativa de solução desta aparente antinomia poderia advir do argumento dogmático de que a Lei nº 8.884/94, por ser mais recente e específica nesta matéria, teria revogado a Lei nº 8.078/90(84). A segunda tentativa viria da separação do âmbito de aplicação do CDC e da Lei nº 8.884/94, restringindo ao primeiro os casos que envolvam relações de consumo e à Lei nº 8.884/94, os demais(85). Por fim, para facilitar o encargo do hermenêuta, bastaria simplesmente renegar o CDC e afirmar, como SALOMÃO (2003:92), ter sido “equivocada” sua inserção no CDC.

Nota:

(84) Consoante ensina Fabio Ulhoa Coelho (1994:85), “para se eliminar o conflito entre normas jurídicas, existem três critérios aceitos pelos teóricos do direito: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. Pelo critério cronológico, a norma posterior prevalece sobre a norma anterior. Entende-se que a norma mais nova revoga a mais antiga, em função do pressuposto do constante aperfeiçoamento do direito positivo”.

(85) Nesse sentido, por exemplo, COELHO (2001:229) argumenta: “O Código de Defesa do Consumidor havia já considerado essa prática comercial [venda casada] como abusiva (art. 39, I), mas esse diploma, com o âmbito de incidência restrito às relações de consumo, não se aplica aos negócios entre empresários”.

Nenhuma dessas soluções, todavia, convém. A terceira e última, evasiva, é descartada de plano, pois incompatível com as exigências da dogmática para solução de conflito de normas. A primeira porque o Código de Defesa do Consumidor, embora posterior à Lei nº 8.884/94, é mais especial, no âmbito das relações de consumo. Portanto, do ponto de vista da dogmática jurídica, a Lei nº 8.884/94 não derogou o CDC. E a segunda porque existem situações – e são as mais frequentes – em que a venda casada é praticada no último elo da cadeia produtiva, na comercialização direta com o consumidor. Excluir a aplicação do direito antitruste a essas situações, sob a consideração de que o CDC, por ser supostamente mais restritivo (“per se”), não permitiria levar em consideração as exceções admitidas na análise antitruste, levaria ao absurdo de se sancionar práticas eficientes e, portanto, benéficas para consumidor e para a sociedade. Os dois microsistemas devem coexistir, pois ensejam controles e sanções distintos, porém não excludentes(86).

Nota:

(86) Nada impede que a prática seja sancionada como infração à ordem econômica pelo CADE e como infração ao direito do consumidor pelo PROCON.

Por essas razões, é preciso enfrentar a questão de frente, aproveitando-se do desenvolvimento da ciência do direito em relação à venda casada sob o enfoque antitruste para inferir uma melhor exegese do art. 39, I, do CDC. Para WADA (2004:378), o art. 39, I, do CDC contempla uma “proteção à livre escolha do consumidor, pois não se admite que ocorra um condicionamento, cerceando a liberdade que deve ter o consumidor na aquisição de produtos ou contratação de serviços. Parece-nos nítido o objetivo da norma, além da proteção da livre escolha, a garantia de que o consumidor não pode ser obrigado a contratar, a adquirir algo de forma que não lhe convenha ou seja mais custosa. Preserva-se tanto a boa-fé objetiva do consumidor, como seu interesse econômico. [...] Fica caracterizada tanto a ofensa individual aos consumidores, como também, segundo o critério objetivo, a coletiva, pelo descumprimento da norma. Entre os princípios ofendidos com a prática está a boa-fé do consumidor, materializando-se o sentimento de lesão, pois foi impedido o ato de consumo e de dignidade da pessoa, que se vê ‘coagida’ na relação com o fornecedor”. Como se vê, a teleologia da norma é evitar a *coerção* sobre o consumidor, preservando sua soberania de escolha.

Como visto anteriormente, a coerção decorre da existência dos dois fatores: (i) existência de poder de mercado e (ii) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática. Sem “poder de mercado”, não se pode considerar que o consumidor foi “coagido” a comprar os produtos casados, pois pode servir-se livremente de outros produtos ofertados no mercado. Se o um produtor de cosméticos, despido de poder de mercado, condiciona a compra de seu xampu à compra do condicionador, de modo que não agrada o consumidor, este pode adquirir outro xampu e outro condicionador de qualquer outro fornecedor. Será que o Código de Defesa do Consumidor quis garantir ao consumidor um direito mais absoluto que esse, um direito de adquirir, separadamente, os produtos de um mesmo fornecedor? No exemplo acima, será que teria o consumidor um direito a adquirir separadamente o xampu daquele fornecedor, a despeito de poder servir-se de outros produtos ofertados no mercado de outros fornecedores? Definitivamente, não parece justificável tal restrição à livre iniciativa. O objetivo da lei é garantir ao consumidor a oportunidade de escolha, dentre os produtos ofertados no mercado. As condições de oferta decorrem de estratégias de venda do fornecedor e podem ser por ele livremente estabelecidas, desde que não afetem a livre escolha do consumidor. Livre escolha, entenda-se, de servir-se de quaisquer dos produtos ofertados no mercado. Havendo poder de mercado, a imposição da venda casada restringe de forma substancial a escolha do consumidor.

A ausência de justificativa econômico-jurídica é uma verdadeira excludente de ilicitude. Considerando que a venda casada, como visto anteriormente, pode ser um importante instrumento de mitigação de custos – e, assim de fornecimento a mais consumidores a menores preços – a condenação da prática sem considerar eventuais eficiências geradas levaria ao absurdo de prejudicar o interesse difuso de todos os potenciais consumidores, em favor de um consumidor marginal. Por essas razões, parece-nos que os requisitos para caracterização da prática de venda casada, face ao CDC, são os mesmos referidos para caracterização do ilícito antitruste, à exceção do requisito do objetivo ou potencialidade de gerar os efeitos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Assim, para que se caracterize a infração do art. 39, I, do CDCV, é preciso: (i) existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) existência de poder de mercado no produto vinculante; (iii) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática.

Ressalve-se que, ainda que não se verifiquem os requisitos anteriormente citados, a prática pode, dependendo das circunstâncias, configurar qualquer outro ilícito previsto no CDC. Nos casos da experiência judicial brasileira anteriormente analisados (cinema, jazigo, lotes e curso), em princípio, não havia poder de mercado nem tampouco coerção ao consumidor (pelo menos esses requisitos não foram abordados nas peças processuais disponíveis para consulta). Assim, não houve “coação” do consumidor que, em princípio, poderia se dirigir a outro estabelecimento que o satisfizesse. O acesso ao consumo dos produtos ali tratados (cinema, jazigo, lotes e curso), muito provavelmente, não são concentrados nos respectivos mercados relevantes. Nos três casos, o ilícito parece ter sido mal tipificado. O que em verdade se pretendia proteger era o direito do consumidor de saber o verdadeiro preço do pacote que, pelas circunstâncias, poderia não ter sido claramente exposto ao consumidor no ato da celebração do contrato (matrícula no curso de inglês, celebração do contrato de concessão do jazigo, compra de ingresso e escritura de venda e compra do imóvel).

Os requisitos que conformam este ilícito são distintos e obedecem a outro modelo legal, que não da venda casada (art. 39, IV, do CDC(87)).

Nota:

(87) É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, "prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

BIBLIOGRAFIA

- BASEMAN, K., BOULTON, F., e WOROCH, G., Microsoft plays hard-ball. The use of exclusionary pricing and technical incompatibility to maintain monopoly power in market for operating software, *The antitrust bulletin* 40, 1995.
- BAUER, J. P., A simplified approach to tying arrangements. A legal and economic analysis, *Vanderbilt Law Review*, 33, 1980.
- BENJAMIN, Antonio Hermann Vasconcelos., NERY JR., Nelson, et alii Código de Defesa do Consumidor Anotado pelos autores do anteprojeto, 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- BOWMAN, W.S., Tying Arrangements and the Leverage Problem, *Yale Law Journal*, 1957, 19-36.
- CARLTON, Dennis W., and WALDMAND, M., The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries, 2000.
- CARLTON, Dennis W. e PERLOFF, Jeffrey M., *Modern Industrial Organization*, 3rd edition, Addison Wesley, 2000.
- CHOI, Jay Pil e STEFANDIS, Chris, Tying, Investment and the dynamic leverage theory, 2000, Michigan State University .
- COELHO, Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Complementar Anotados. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Lógica Jurídica – Uma introdução – Um ensaio sobre a logicidade do direito. São Paulo: Educ, 1994.
- ELLIS, C. e SPIVACK, G., Kodak: enlightened antitrust analysis and traditional tying law, *Antitrust Law Journal* 62, 1993.
- FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 1998.
- FRANK, Theodore, The economic interest test and collective action problems in antitrust tie-in cases, 61 *University of Chicago Law Review*, 639, 1994.
- GELLHORN, Ernest e KOVACIC, Willian E., *Antitrust Law and Economics in a nutshell*, 4th edition, West Group, 1994.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Venda Casada de Produtos e Serviços no Sistema Financeiro, in *Revista do Consumidor* nº 47, set/2003.
- HARRINGTON JR., Joseph E., VISCUSI, W. Kip e VERNON, John M., "Economics of Regulation and Antitrust", The MIT Press, Cambridge, London, England.
- HOVENKAMP, Herbert, "Antitrust", West Publishing Co., St. Paul (MN), 1986.
- KAPLOW, L., "Extension of monopoly power through leverage", 85 *Columbia Law Review* 515, 1985.
- KATZ, Michael L. e GILBERT, Richard J., "An Economist's Guide to US v. Microsoft", University of California at Berkeley .
- KOVACIC, Willian E. e GELLHORN, Ernest, "Antitrust Law and Economics in a nutshell", 4th edition, West Group, 1994.
- LAZAROFF, Daniel E., "Reflections on Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.: continued confusions regarding tying arrangements and antitrust jurisprudence", 69, *Washington Law Review* 101, 1994.
- LESLIE, Christopher R., "Achieving Efficiency Through Collusion: a market failure defense to horizontal price-fixing", 81 *California Law Review*, 243, January, 1993.
- LYNK, W. J., "Tying and exclusive dealing: Jefferson Parish Hospital v. Hyde (1984)", "The antitrust revolution: the role of economics", NY: HarperCollins, 1994.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 2. ed., Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- MARTIN, Stephen, "Strategic and Welfare Implications of Bundling", Centre for Industrial Economics, Institute of Economics , University of Copenhagen , 1998.
- MEESE, A., "Tying meets the new institutional economics. Farewell to the chimera of forcing", *University of Pennsylvania law review* 146, 1997. (146 U. Pa. L. Rev. 1).
- MELLO, Maria Tereza Leopardi e PONDÉ, João Luiz. *Direito e Economia na análise de condutas anticompetitivas*, in *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002.
- MURIS, T., "The interface of competition and consumers protection", at The Fordhan Corporate Law's Institute, 2002.
- MURIS, T., "Developments in consumer protection: Economics and consumer protection", *ABA Antitrust Law Journal*, 60, April 10, 1991 (60 Antitrust L. J. 103).

- MYERS, Gary, "Tying Arrangements and The Computer Industry: Digidyne Corp. v. Data General Corp.", 1985 Duke Law Journal, November, 1985, 1027.
- NERY JR, Nelson, BENJAMIN, Antonio Hermann Vasconcellos, et alii Código de Defesa do Consumidor Anotado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- PERLOFF, Jeffrey M. e CARLTON , Dennis W., "Modern Industrial Organization", 3rd edition, Addison Wesley, 2000.
- PONDÉ, João Luiz e MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia na análise de condutas anticompetitivas, in Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2002.
- RIOS, Josué. A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- ROSS, David e SCHERER, F. M., "Industrial Market Structure and Economic Performance", 3rd edition, HoughtonMifflin Co, Boston , 1990.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHERER, F. M. e ROSS, David, "Industrial Market Structure and Economic Performance", 3rd edition, HoughtonMifflin Co, Boston , 1990.
- SHAPIRO, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, 1995.
- SLADE, Margaret E., "The Leverage Theory of Tying Revisited", Discussion Paper nº 97-09, Department of Economics, The University of British Columbia, Vancouver, Canada, 1997.
- SPIVACK, G., e ELLIS, C., "Kodak: enlightened antitrust analysis and traditional tying law", Antitrust Law Journal 62, 1993.
- STEFANDIS, Chris e CHOI, Jay Pil, "Tying, Investment and the dynamic leverage theory", 2000, Michigan State University .
- SUAIDEN, Márcia. Venda Casada: Aspectos Teóricos, experiência internacional e prática no Brasil. 2002. 66f. Dissertação (Mestrado em Economia da Regulação e Defesa da Concorrência) – Departamento de Economia – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2002.
- VISCUSI, W. Kip, VERNON , John M. e HARRINGTON JR., Joseph E., "Economics of Regulation and Antitrust", The MIT Press, Cambridge , London , England .
- WADA, Ricardo Morishita. As práticas abusivas e o dano moral coletivo no Código de Defesa do Consumidor. 2003. 249f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- WALDMAND, M, e Carlton , Dennis W., "The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries", 2000.
- WEINBERG, John A., "TIE-IN SALES AND BANKS", Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly, v. 82/2 Spring 1996.
- WHISH, Richard, "Competition Law", 3rd edition, Butterworths, London, 1993.
- WILD, Marshall L., "When Does a Package Deal Become Illegal Tying in the Health Care Context?". Disponível em: <"www.law.uh.edu/healthlawperspectives/healthpolicy/021018When .htm">.