

**Doutrina****ELEMENTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DAS VENDAS CASADAS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA****Paulo Eduardo Lilla**

*Advogado em São Paulo, Membro de Veirano Advogados, atuando nas áreas de Concorrência e Regulação, Mestrando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP.*

Introdução; 1. As Vendas Casadas sob a Ótica Antitruste; 1.1. Definição de Venda Casada; 1.2. Vendas Casadas na Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste); 1.3. Vendas Casadas na Lei de Defesa do Consumidor; 2. Elementos Essenciais para a Caracterização das Vendas Casadas como Ilícito Antitruste; 2.1. O Caso *Jefferson Parish* e a “Regra *Per se* Modificada”; 2.2. Dois Produtos Distintos; 2.2.1. O Teste da Demanda Direta e a Integração de Produtos em Mercados Dinâmicos; 2.3. Poder de Mercado; 2.3.1. Dependência Econômica e Assimetrias de Informação: O Caso Kodak; 2.3.2. Dependência Econômica e Contratos de Distribuição; 2.4. Coerção; 2.5. Fechamento do Mercado; 2.6. Justificativas; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**RESUMO**

As vendas casadas são práticas restritivas verticais capazes de provocar o fechamento de mercados e aumento dos custos de rivais em prejuízo à livre concorrência. No caso *Jefferson Parish*, os testes aplicados pela Suprema Corte norte-americana acabaram por estabelecer um paradigma que até hoje influencia autoridades de defesa da concorrência do mundo todo. Assim, os elementos para a análise antitruste das vendas casadas poderão ser obtidos por meio de testes que comprovem a existência de (i) dois produtos distintos, (ii) poder de mercado, (iii) coerção, e (iv) fechamento do mercado. Ainda, a prática poderá ser facilitada na presença de assimetrias de informação que possam distorcer as possibilidades de escolha do adquirente e também de barreiras à entrada tanto no mercado do produto principal, quanto no mercado do produto vinculado. Por fim, deve-se verificar se há eficiências econômicas que justifiquem a conduta.

Palavras-chave: Venda casada. *Tying arrangements*. Concorrência. Infração à ordem econômica.

**INTRODUÇÃO**

Algumas condicionantes contratuais impostas por fornecedores de bens e serviços para impedir que seus adquirentes comercializem com fornecedores rivais podem vir a se constituir infrações à ordem econômica. Essas infrações, dentro da doutrina antitruste, podem ser definidas como *foreclosure restraints*, uma vez que são capazes de provocar o “fechamento” ou obstrução do mercado, de modo a restringir a livre concorrência.

As *foreclosure restraints* são práticas restritivas verticais por se tratarem de restrições impostas por ofertantes de bens ou serviços, sejam eles produtores, fornecedores ou distribuidores, sobre mercados verticalmente relacionados. As restrições verticais, conforme disciplina a Resolução nº 20/1999 do CADE, são “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo)”. Em outras palavras, trata-se de restrições impostas no mercado a montante para restringir a concorrência no mercado a jusante<sup>1</sup>.

**Nota:**

1 Para Lawrence A. SULLIVAN e Warren S. GRIMES, “*foreclosure restraints are considered distribution or vertical restraints because they operate as restraints that the seller imposes on the buyer*” ( *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, p. 381).

As vendas casadas, os acordos de exclusividade e de reciprocidade são exemplos clássicos de práticas causadoras dos efeitos de fechamento do mercado. Essas restrições verticais impedem que fornecedores concorrentes comercializem com

determinado adquirente, seja ele um distribuidor, seja um consumidor final. Isso ocorre porque o fornecedor, impondo uma condicionante contratual, obriga o adquirente a não negociar com outros fornecedores rivais. Estes, por sua vez, acabam sendo excluídos do mercado.

Por se revestirem em condicionantes contratuais restritivas, essas práticas são também conhecidas como “negociações compulsórias”, que, para o Professor Calixto SALOMÃO FILHO, consistem na “determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte”<sup>2</sup>. Como bem lembra o eminente professor, a negociação compulsória pode ocorrer tanto na imposição de um negócio, como ocorre nas vendas casadas e nos acordos de reciprocidade, quanto na negativa de conclusão de um negócio, como nos acordos de exclusividade e na recusa de venda.

Nota:

2 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* : as condutas, p. 199.

É importante ressaltar que, tal como em qualquer restrição vertical, o agente econômico que impõe esse tipo de prática deve deter poder de mercado suficiente no mercado de origem, a montante, de modo que seja possível coagir o adquirente a aceitar condicionantes contratuais restritivas e, dessa forma, reduzir a concorrência no mercado alvo, a jusante. Caso contrário, na ausência de poder de mercado do fornecedor, bastaria que o adquirente procurasse fornecedores alternativos capazes de oferecer o mesmo tipo de produto ou serviço.

O presente estudo tem como objetivo a análise da prática de vendas casadas, que é uma das restrições verticais mais notórias a provocar o fechamento do mercado. Mais precisamente, o trabalho concentra-se no exame dos requisitos essenciais para a configuração das vendas casadas como ilícito antitruste.

Na jurisprudência norte-americana, encontramos solo fértil para a verificação desses elementos. Considerando que o tema foi pouco explorado pela doutrina e jurisprudência pátria, os elementos de análise presentes na jurisprudência norte-americana poderiam servir como rica fonte de pesquisa e referência para o nosso direito da concorrência, principalmente no que concerne à investigação das vendas casadas pelos órgãos antitruste brasileiros (SDE, SEAE e CADE).

Dessa forma, o trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, trataremos da definição das vendas casadas sob a ótica antitruste, apontando conceitos jurídicos e econômicos. Na segunda parte, a partir do caso *Jefferson Parish*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, abordaremos os elementos essenciais para a caracterização das vendas casadas como ilícito antitruste.

## 1. AS VENDAS CASADAS SOB A ÓTICA ANTITRUSTE

### 1.1. Definição de Venda Casada

A prática de vendas casadas, também conhecida como *tying arrangements*, pode ser definida como um acordo restritivo vertical pelo qual um vendedor ou prestador de serviço se compromete a vender um bem ou a prestar um serviço, sob a condição de que o comprador também adquira outro bem ou serviço<sup>3</sup>. Geralmente, a prática envolve dois produtos, o produto principal, ou *tying product*, e o produto vinculado, ou *tied product*<sup>4</sup>. Pode-se afirmar, portanto, que a prática de vendas casadas consiste em condicionar a compra do produto principal à aquisição do produto vinculado.

Nota:

3 É possível também que o vendedor, ou prestador de serviço, condicione a venda de um produto, ou a prestação de um serviço, desde que o comprador não adquira o produto ou serviço de um vendedor ou prestador de serviços concorrente.

4 Neste trabalho, a palavra “produto” será utilizada de forma genérica para designar tanto bens, quanto serviços.

Em tese, praticamente todos os produtos ou serviços podem ser divididos em componentes menores capazes de serem vendidos separadamente<sup>5</sup>. No entanto, nem sempre é economicamente viável a venda de componentes separados ao invés da venda do produto inteiro. É difícil imaginar, por exemplo, a venda de um carro sem as rodas, a venda de um casaco sem botões, de uma mesa sem as gavetas ou de um microcomputador sem seu monitor, uma vez que os consumidores desejam adquiri-los por inteiro, e não em partes separadas. Além disso, a economia de custos de fabricação e venda de produtos inteiros reflete significativamente no preço final em benefício do adquirente, o que não ocorre com a venda do produto em componentes separados, que resulta quase sempre em custos adicionais. Ora, dois produtos podem ser embalados em apenas um pacote e negociados em conjunto, sendo que produtos separados demandam duas embalagens distintas e negociações distintas. É claro que estes custos adicionais, assim como outros custos que também poderão ser incorridos, serão repassados aos adquirentes no preço final que lhes é cobrado.

Nota:

5 No dizer de Robert H. BORK: “ *Every person who sells anything imposes a tying arrangement. This is true because every product or service could be broken down into smaller components capable of being sold separately, and every seller either refuses at some point to break the product down any further or, what comes to the same thing, charges a proportionally higher price for the smaller unit.* ” (The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, p. 378).

Por outro lado, se fosse conferido aos consumidores o direito de adquirir todos os produtos em componentes separados, o mercado entraria em colapso, conforme explica HOVENKAMP: “ *the market would come to a standstill, however, if the antitrust laws gave every customer a legal right to atomize his purchases as much as he chooses* ”<sup>6</sup>.

Nota:

6 HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* , p. 394.

É claro que pode existir um consumidor individual interessado em adquirir um carro sem as rodas, por preferir, por exemplo, adquirir rodas especiais de um determinado fabricante. No entanto, esse seria um caso excepcional, pois normalmente se adquire carros com rodas. Se o fabricante de carros fosse obrigado a vender alguns carros sem rodas para satisfazer clientes específicos, o que faria com o estoque de rodas que se formaria em decorrência disso? Certamente, os custos incorridos em retirar essas rodas, armazená-las e procurar adquirentes para as mesmas seriam repassados a todos os consumidores. Assim, ao beneficiar um consumidor marginal, o fabricante prejudicará o interesse de todo um grupo de consumidores que deseja adquirir o carro por inteiro, com as rodas. Uma política formulada no sentido de maximizar o bem-estar dos consumidores não deverá, necessariamente, assegurar a satisfação de cada um dos consumidores individualmente. Ao contrário, deve concentrar-se no bem-estar dos consumidores de forma geral.

Não obstante, o grande desafio das autoridades antitruste é identificar as situações em que o casamento ou vinculação de produtos é resultado de uma prática ilícita de vendas casadas a prejudicar a livre concorrência e os consumidores. Contudo, diferenciar a vinculação lícita e eficiente, daquela ilícita e ineficiente, não é tarefa das mais fáceis.

A Professora Paula FORGIONI, ao procurar uma solução a essa indagação, afirma que:

“Embora essa seja uma questão difícil de ser resolvida, na maioria das vezes podemos assumir que estaremos diante de apenas um produto quando não houver procura compensatória para ambos separados, ou seja, quando não for proveitosa para o adquirente padrão a compra de uma coisa sem a outra.”<sup>7</sup>

Nota:

7 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste* , p. 373.

Para a eminente professora, se a procura pelo produto principal for independente da procura pelo produto vinculado, estaremos diante de potencial prática de venda casada. Seguindo essa lógica, carros e rodas podem ser considerados apenas um produto, pois a grande maioria dos consumidores deseja adquiri-los em conjunto.

Ademais, uma venda casada ilícita será caracterizada a partir do momento em que o comprador, para adquirir um produto, for obrigado a adquirir um outro que *não deseja* , ou seja, quando for *coagido* a fazer algo que não queira fazer para que possa adquirir um determinado produto. Portanto, a venda casada resulta na redução das possibilidades de escolha do adquirente por meio de uma coerção imposta pelo fornecedor.

Pode-se afirmar que é o *poder de mercado* do fornecedor no mercado do produto principal que o permite condicionar a venda desse produto à aquisição do produto vinculado. Como já mencionado anteriormente, na ausência desse poder de mercado, o adquirente, diante de uma subordinação ilícita de venda, poderia simplesmente dirigir-se a outro fornecedor que não imponha essa condicionante<sup>8</sup>. O poder de mercado detido pelo fornecedor lhe permite impor essa condicionante ao adquirente que, sem alternativas, acaba aceitando um produto não desejado para adquirir o produto desejado.

Nota:

8 Segundo Paula FORGIONI, “o grau de fechamento do mercado derivado da venda casada dependerá do poder detido pela empresa que lida com o

produto principal. Por exemplo, um açougue de determinada cidade que vincule a venda de carne bovina à de carne suína. Ora, o consumidor que não se interessar pela aquisição conjunta simplesmente dirigir-se-á a outra loja” (ibidem).

Nesse sentido, sob a ótica antitruste, o efeito dessa prática será a exclusão dos demais concorrentes do mercado do produto vinculado. A racionalidade da conduta está no fato de que o fornecedor, por gozar de elevada participação no mercado de origem, a montante, mas enfrentando ferrenha concorrência no mercado alvo, a jusante, emprega uma estratégia de vendas casadas para transferir ou *alavancar* seu poder no mercado a montante para o mercado a jusante. A consequência imediata será a exclusão de seus concorrentes do mercado a jusante e, conseqüentemente, o aumento de suas vendas nesse mercado.

Pela *teoria da alavancagem*, ou *leverage theory*, o agente econômico que detém poder no mercado de determinado produto poderá, por meio do uso estratégico de vendas casadas, *alavancar* esse poder para outro mercado, restringindo seu acesso para agentes econômicos rivais<sup>9</sup>.

Nota:

<sup>9</sup> SULLIVAN e GRIMES definem a teoria da alavancagem da seguinte forma: “ *Briefly stated, leverage theory provides that a seller with market power in a tying product could extend that power into another product or line through a tie-in* ” (op. cit., p. 384).

Exemplo disso é o titular da patente de um determinado produto que condiciona seu licenciamento à aquisição de um outro produto não patenteado. Nesse caso, o poder de mercado detido pelo titular da patente do produto principal poderá ser alavancado para o mercado de um produto vinculado não-patenteado. É claro que a simples existência de uma patente jamais poderá levar à suposição de que seu titular detenha poder de mercado, uma vez que, dentre outros fatores, isso somente ocorreria na ausência de produtos substitutos<sup>10</sup>.

Nota:

<sup>10</sup> Embora existam casos em que a patente poderá conferir poder de mercado ao seu titular, principalmente se a invenção for inovadora ou de alta tecnologia, não havendo substitutos no mercado.

Miguel MOURA E SILVA, citando as lições de KITCH, identifica três formas de pressão competitiva que impedem o titular de uma patente de obter um lucro de monopólio:

“Em primeiro lugar, o titular da patente irá enfrentar a concorrência de produtos substitutos ou sucedâneos. Por outro lado, a continuação da utilização pelos restantes concorrentes da tecnologia anterior pode criar uma pressão concorrencial significativa, sobretudo quando a nova tecnologia não acarreta uma redução substancial de custos. Por fim, a entrada iminente dos concorrentes à medida que o período de proteção chega ao fim obrigará o titular a reduzir seus preços.” <sup>11</sup>

Nota:

<sup>11</sup> MOURA E SILVA, Miguel. *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência* : Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Européia, p. 71.

É interessante observar que os primeiros casos de venda casada julgados nos EUA, na primeira metade do século XX, envolveram o uso de patentes<sup>12</sup>. Richard POSNER lembra que estes eram casos de *patent misuse* em que a questão era verificar se o titular estendia de forma indevida o direito de exclusividade conferido pela patente a produtos não patenteados, oferecidos como condição para a aquisição do produto patenteado<sup>13</sup>.

Nota:

12 Citamos como exemplo os seguintes casos: (i) *Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1, 32 S.Ct. 364, 56 L.Ed. 645 (1912); (ii) *Motion Pictures Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502 (1917); (iii) *International Business Machines Corporation (IBM) v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); (iv) *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

13 Cf. POSNER, Richard. *Antitrust Law*, p. 198. No mesmo sentido, BORK afirma que “*although these cases were decided under the law of patent misuse, they became precedent for antitrust decisions*” (op. cit., p. 366).

Um dos casos mais notórios de *patent misuse* é o *Motion Pictures Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co* (1917) 14. A Motion Pictures, titular da patente de projetores de filmes, licenciava esses projetores sob a condição de que somente fossem utilizados para projetar os filmes por ela produzidos. Assim, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a prática era ilícita, uma vez que o titular da patente estendeu o escopo do monopólio legal de sua patente para materiais que, embora necessário à sua operação, não faziam parte da invenção patenteada. Em outras palavras, o titular da patente procurou aumentar seus lucros não por meio de uma patente legalmente obtida, mas sim pelo fornecimento de produtos não-patenteados que estão absolutamente fora do escopo da patente.

Nota:

14 243 U.S. 502 (1917).

Outras práticas típicas podem ser apontadas, tais como condicionar a venda de impressoras à aquisição de toner, condicionar a venda de peças de reposição à aquisição dos serviços de manutenção, condicionar a venda de um produto de fácil comercialização à aquisição de um produto de difícil comercialização, enfim, são infinitas as formas pelas quais as vendas casadas podem ser impostas.

É bom lembrar que os neoclássicos da Escola de Chicago, apoiando-se nas lições de BOWMAN<sup>15</sup> negaram a teoria da alavancagem. Para eles, o comprador jamais pagaria pelos dois produtos mais do que a soma dos valores correspondentes ao preço de monopólio do produto principal e o preço competitivo do produto vinculado. Pela teoria das somas fixas, em oposição à teoria da alavancagem, o vendedor poderia cobrar preços supracompetitivos pelo produto principal, mas o produto vinculado seria sempre vendido a preços competitivos. Se o agente econômico aumentasse o preço do produto vinculado, os consumidores deixariam de demandar o produto principal, e, portanto, a alavancagem de poder de monopólio de um mercado para outro seria impossível. Por essa razão, os neoclássicos sustentavam que as vendas casadas deveriam ser consideradas *per se* lícitas.

Nota:

15 BOWMAN. Tying arrangements and the Leverage Problem. *Yale Law Journal*, v. 67, 1957.

Mais recentemente, a partir da década de 90, as teorias pós-Chicago criticaram diversas conclusões neoclássicas, sobretudo no que concerne às presunções de licitude das restrições verticais. Para os “Revisionistas Pós-Chicago”, as teorias desenvolvidas por BOWMAN, que fundamentaram os argumentos da Escola de Chicago para criticar a ilicitude das vendas casadas, baseavam-se em modelos de concorrência perfeita, e não em condições reais de mercado. A teoria das somas fixas partia do pressuposto equivocado de que o mercado do produto vinculado é perfeitamente competitivo<sup>16</sup>.

Nota:

16 Cf. SULLIVAN, Lawrence; GRIMES, Warren. Op. cit., p. 402.

Baseando-se em estruturas mais realistas de mercado, as teorias pós-Chicago demonstraram que um agente econômico que detenha poder de monopólio no mercado do produto principal poderá valer-se de uma estratégia de vendas casadas para excluir seus rivais do mercado do produto vinculado ou para preservar seu poder de monopólio no mercado do produto principal<sup>17</sup>. Dessa forma, a racionalidade da conduta estaria na possibilidade de provocar o fechamento do mercado a jusante, aumentando os custos de seus rivais, tendo em vista que teriam de entrar também no mercado do produto principal para poderem se manter no mercado do produto vinculado<sup>18</sup>.

Nota:

17 Cf. AHLBORN, Christian; EVANS, David; PADILLA, Jorge. Op. cit., p. 39.

18 A teoria do aumento dos custos dos rivais (raising rivals' costs), inicialmente desenvolvida por Thomas KRATTENMAKER e Steven SALOP no artigo "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Market Power over Price", publicado no Yale Law Journal, propugna que o fechamento do mercado é relevante para as autoridades antitruste na medida em que resulta de uma estratégia da empresa para aumentar os custos de seus rivais, permitindo-lhe cobrar preços supracompetitivos dos consumidores sem levar em consideração as pressões concorrenciais.

O trabalho pioneiro de WHINSTON<sup>19</sup> demonstra que a alavancagem de poder de monopólio de um mercado para o outro pode ser lucrativa quando o mercado do produto vinculado for sujeito a economias de escala e, portanto, imperfeitamente competitivo, hipótese em que a prática poderá levar à exclusão dos rivais e ao aumento das barreiras à entrada de novos concorrentes, provocando, assim, o fechamento desse mercado.

Nota:

19 WHINSTON, Michael D. Tying, Foreclosure and Exclusion. American Economic Review, v. 80, 1990.

Ainda, vale ressaltar uma outra falha presente nas teorias neoclássicas, qual seja, a de que os consumidores são tão bem informados a ponto de serem capazes de medir a utilidade dos produtos e seu ciclo de vida<sup>20</sup>. Os neoclássicos não vislumbraram a possibilidade de as vendas casadas serem facilitadas pela presença de assimetrias de informação no mercado a distorcer as possibilidades de escolha do adquirente, como veremos mais adiante.

Nota:

20 O Professor Calixto SALOMÃO FILHO assevera que, "se assim fosse, seria possível saber quanto e a que preço o consumidor está disposto a utilizar o bem. Daí por que todo o modelo de coerção deveria, para os neoclássicos, ser necessariamente baseado no poder no mercado. Só ele daria aos agentes econômicos controle sobre a curva da demanda previamente conhecida, isto é, sobre a utilidade do consumidor" (Direito concorrencial: as condutas, p. 202).

## 1.2. Vendas Casadas na Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste)

A prática de vendas casadas pode ser caracterizada como uma das espécies de infrações à ordem econômica, previstas na Lei nº 8.884/1994, a lei antitruste brasileira.

De forma geral, as infrações à ordem econômica, tratadas nos arts. 20 e 21 da lei antitruste, podem ser definidas como quaisquer atos que tenham por objeto ou efeito prejudicar a livre concorrência, independente de sua forma. Tais atos podem ter a forma de acordos, escritos ou orais, expressos ou implícitos, práticas concertadas, decisões de associações de classe, estratégias de vendas, dentre outros.

Assim, de acordo com o art. 20, constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

O art. 21, por sua vez, traz uma lista não exaustiva de possíveis condutas anticoncorrenciais que somente caracterizarão infração à ordem econômica se as hipóteses previstas no art. 20 estiverem presentes<sup>21</sup>.

Nota:

21 Conforme lembra João Bosco LEOPOLDINO DA FONSECA, "o

legislador faz neste artigo uma descrição de condutas, colocando-as em estreita ligação com as hipóteses elencadas no art. 20. Aqui será importante ressaltar um critério importante fixado no caput do artigo. Há uma ligação entre condutas tipificadas no art. 21 e as hipóteses previstas no art. 20. Do que se deduz que poderá ocorrer uma conduta tipificada no art. 21, sem que se considere infração à ordem econômica, porque não se concretizou a hipótese prevista no art. 20" (Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste, p. 160). No mesmo sentido, Paula FORGIONI assevera que "é perfeitamente possível, pois, dentro do sistema estabelecido pela Lei nº 8.884, de 1994, que se verifique algum acordo previsto no art. 21 sem que haja infração à ordem econômica. Basta, para tanto, que não se dê a incidência de qualquer dos incisos do art. 20. Da mesma forma, um ato não tipificado no referido art. 21 poderá ser ilícito se tiver por objeto ou produzir efeito previsto no art. 20" (Os fundamentos do antitruste, p. 328).

Dessa forma, não há, em princípio, no Brasil, ilícito antitruste *per se*, uma vez que qualquer das práticas listadas no art. 21 deve, obrigatoriamente, produzir pelo menos um dos efeitos descritos no art. 20 e, ainda assim, o ilícito somente será punível na ausência de possíveis eficiências econômicas que justifiquem a conduta<sup>22</sup>.

Nota:

<sup>22</sup> É importante observar que os cartéis tem sido tratados, na prática, como ilícitos *per se* pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras.

Nesse sentido, conforme o disposto no art. 21, XXIII, da lei antitruste, constitui infração à ordem econômica "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". É claro que, como já mencionado acima, para a caracterização do ilícito é necessária a presença de pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 20 do mesmo diploma legal.

Segundo terminologia adotada pelo Professor Calixto SALOMÃO FILHO, a segunda hipótese prevista no art. 20, por tratar dos comportamentos que podem levar à formação de posições de poder de mercado, refere-se aos atos tendentes a dominar mercado relevante de bens ou serviços. Já a quarta hipótese prevista no art. 20 refere-se aos ilícitos que, para serem configurados, pressupõem a existência de poder no mercado e, portanto, a expressão utilizada pela lei é "exercer de forma abusiva posição dominante"<sup>23</sup>. Já para os ilícitos que não requerem a existência de poder no mercado, a lei se refere de forma genérica a atos que possam "limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa", primeira hipótese prevista no dispositivo legal.

Nota:

<sup>23</sup> O Professor Calixto SALOMÃO FILHO lembra que, no primeiro caso, "não se parte de uma posição de poder no mercado e nem tampouco a posição a que se chegará é economicamente mensurável. Trata-se de um comportamento que a lei não considera *per se* ilícito, mas contrário ao ordenamento apenas na medida em que possa levar à formação de uma posição de poder no mercado". Já no segundo caso, "o poder no mercado, ao contrário da hipótese anterior, é um pressuposto, e não uma consequência dos comportamentos" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as estruturas, p. 234-235).

Na segunda hipótese prevista no art. 20, o poder de mercado é uma consequência da prática, tendo em vista que o comportamento ilícito visa à dominação do mercado. Já na segunda hipótese, o poder de mercado é um pressuposto para a ocorrência da prática, pois o abuso de posição dominante é requisito para a configuração do ilícito<sup>24</sup>.

Nota:

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Dessa forma, podemos afirmar que as vendas casadas estão ligadas à hipótese de abuso de posição dominante, uma vez que o poder no mercado é um pressuposto e não uma consequência da prática. Mesmo assim, a hipótese de abuso de posição dominante não exclui a possibilidade de que outras hipóteses previstas no art. 20 da lei antitruste também estejam

presentes, o que dependerá do caso concreto.

### 1.3. Vendas Casadas na Lei de Defesa do Consumidor

A prática de vendas casadas também está prevista na Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Não se pode negar a estreita ligação entre a política de concorrência e a política de defesa do consumidor, pois é justamente o consumidor o destinatário final das normas antitruste<sup>25</sup>. Nesse sentido, o bem-estar do consumidor é o elemento central a justificar a atuação repressora das autoridades antitruste contra práticas anticompetitivas.

Nota:

25 Para o Professor Calixto SALOMÃO FILHO, “toda a teorização econômica do direito concorrencial baseia-se na proteção do consumidor” ( *Direito concorrencial* : as condutas, p. 81).

No entanto, deve-se entender o real significado da expressão “bem-estar do consumidor”, uma vez que diversas são as teorias formuladas para sua conceituação. De um lado, temos a teoria focada no conceito de eficiência alocativa, desenvolvida pela Escola de Chicago, e, do outro, a teoria fundamentada na liberdade de escolha, formulada mais recentemente pelas teorias pós-Chicago.

Em artigo sobre a tutela dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência, Ana Paula MARTINEZ conclui que “a liberdade de escolha como objetivo último da legislação antitruste vem sendo apontada por muitos teóricos, especialmente pelos norte-americanos, como o novo paradigma antitruste”<sup>26</sup>. A autora afirma ainda que a soberania do consumidor está na existência de opções efetivas de escolha proporcionada pela concorrência e na possibilidade dos consumidores escolherem livremente entre essas opções.

Nota:

26 MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. Revista do IBRAC, v. 11, n. 1, p. 72, 2004.

No mesmo sentido, Arthur BADIN, atual Procurador-Geral do CADE, apoiando-se nas lições de AVERITT e LANDE, afirma que:

“(…) as normas de proteção ao consumidor e à concorrência compõe 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 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 os 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.”<sup>27</sup>

Nota:

27 BADIN, Arthur. Vendas casadas: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 5, p. 53.

É importante ressaltar que manutenção das opções efetivas de escolha somente é possível com a garantia da concorrência. Portanto, podemos afirmar que o bem jurídico tutelado pelo direito antitruste é a concorrência, e não o mercado. Apenas a concorrência efetiva é capaz de garantir a livre possibilidade de escolha ao consumidor, uma vez que somente a livre concorrência é capaz de suprir as falhas de mercado relativas às deficiências de informação sobre um determinado produto ou serviço a ser adquirido. O mercado, por si só, não supre essas deficiências, e é por essa razão que a política antitruste se volta para a proteção da ordem concorrencial. Assim, visando à tutela da concorrência efetiva é que será possível garantir o desejado bem-estar do consumidor, objetivo final da ação antitruste<sup>28</sup>.

Nota:

28 O Professor Calixto SALOMÃO FILHO elucida de forma clara essa questão: “Se é assim, então o único instrumento capaz de suprir essa carência informacional do consumidor é exatamente a concorrência. Só um sistema econômico baseado na concorrência é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado. Conseqüentemente, *a concorrência – e não o mercado – é o valor a ser protegido pelo direito concorrencial*. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira, e não o segundo” ( *Direito concorrencial* : as condutas, p. 50).

As falhas de mercado resultantes das deficiências de informação são extremamente relevantes para a análise dos potenciais efeitos anticompetitivos das vendas casadas. Para SULLIVAN e GRIMES, “informational deficiencies are probably the most widespread and consequential in determining if a tie has anticompetitive consequences”<sup>29</sup>. É por essa razão que a prática de vendas casadas é combatida pelas autoridades antitruste, independentemente de também ser objeto de repressão por parte das autoridades responsáveis pela proteção do consumidor.

Nota:

29 SULLIVAN, Lawrence; GRIMES, Warren. Op. cit., p. 406.

O CDC prevê a repressão das vendas casadas ao dispor sobre as práticas abusivas. Nesse sentido, o art. 39, I, dispõe que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

Enquanto a lei antitruste visa à tutela da concorrência para garantir de forma indireta o bem-estar do consumidor, o CDC visa tutelar de forma direta o consumidor, punindo o fornecedor que se vale das vendas casadas para manipular a oferta de um produto ou serviço, coagindo o consumidor a adquirir um produto que não deseja.

Já a atuação das autoridades antitruste se justifica pelo fato de que a conduta poderá provocar o fechamento do mercado do produto vinculado, seja pela exclusão de concorrentes, seja pela imposição de barreiras à entrada, o que certamente prejudicará a concorrência nesse mercado, resultando em prejuízos aos consumidores finais.

De qualquer forma, é importante salientar que é necessário que o fornecedor goze de poder no mercado do produto principal para que uma estratégia de vendas casadas seja bem sucedida. Na ausência de poder de mercado, não há como coagir o consumidor a adquirir um produto que não deseja<sup>30</sup>.

Nota:

30 Ana Paula MARTINEZ lembra que, “se assim não for, o agente econômico que praticou a conduta será o único lesado, uma vez que perderá fatia de mercado, havendo a migração dos consumidores de seus produtos ou serviços para os dos concorrentes” (op. cit., p. 83).

No entanto, o CDC silencia a respeito da necessidade de comprovação do poder de mercado do fornecedor e, ainda, trata as vendas casadas como um ilícito *per se*, ao contrário da lei antitruste, que, conforme já demonstrado, determina uma análise antitruste sob a regra da razão, devendo necessariamente demonstrar pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 20, bem como verificar se há eficiências econômicas que possam justificar a conduta.

Para Arthur BADIN, a ubiqüidade entre o CDC e a lei antitruste, “antes de oferecer maior proteção ao bem-estar do consumidor, gera antinomia de difícil solução pela dogmática jurídica”. Ainda, segundo o Procurador-Geral do CADE, o reconhecimento da venda casada como ilícito *per se* pelo CDC, independentemente dos efeitos, “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”<sup>31</sup>.

Nota:

31 BADIN, Arthur. Op. cit., p. 53.

Assim, BADIN conclui que a condenação da prática sem levar em consideração eventuais eficiências poderia vir a prejudicar o interesse difuso de todos os potenciais consumidores em favor de um consumidor marginal e, portanto, os mesmos requisitos exigidos pela lei antitruste para a verificação da ilicitude da prática deveriam ser também exigidos pelo CDC<sup>32</sup>.

Nota:

32 Ibidem, p. 81.

De qualquer forma, é importante observar que, se o fornecedor não gozar de poder de mercado, não será capaz de forçar ao consumidor uma venda casada, e, portanto, não há que se falar em ilícito nesse caso. Esse entendimento deveria prevalecer, mesmo que não haja menção expressa a esse respeito no CDC.

## 2. ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DAS VENDAS CASADAS COMO ILÍCITO ANTITRUSTE

### 2.1. O Caso *Jefferson Parish* e a “Regra *Per se* Modificada”

Na década de 80, durante o governo Reagan, as teorias neoclássicas dominaram o pensamento da Suprema Corte norte-americana, e, portanto, nesse período as vendas casadas passaram a ser analisadas com menor rigor. No direito antitruste norte-americano, a prática de vendas casadas, conhecida como *tying arrangements*, sempre foi considerada ilícita *per se*, ou seja, condenável pela mera comprovação da conduta, independentemente de possíveis eficiências.

Em 1984, o caso *Jefferson Parish* trouxe um novo paradigma para a análise antitruste das vendas casadas, tendo em vista que, pela primeira vez, foram reunidos os elementos ou requisitos essenciais para a configuração da prática como ilícito antitruste. Dessa forma, as vendas casadas seriam ilícitas *per se* somente se fossem comprovados os seguintes requisitos: (i) existência de dois produtos distintos; (ii) habilidade especial do fornecedor – usualmente chamada de “poder de mercado” – para forçar o comprador a fazer algo que não faria em um mercado competitivo; (iii) fechamento de um volume substancial do comércio. Pode-se observar que o segundo requisito trata de forma conjunta os elementos “poder de mercado” e “coerção”, tendo em vista que ambos são inter-relacionados pelo fato de que somente será possível coagir o adquirente se o fornecedor tiver poder de mercado. Contudo, analisaremos esses dois requisitos de forma separada para sua melhor compreensão.

No caso *Jefferson Parish*, quatro juízes opinaram por uma análise mais aprofundada, baseada na regra da razão, mas foram vencidos pela maioria que optou por uma análise *per se* que levava em consideração possíveis eficiências. Essa nova abordagem passou a ser denominada “regra *per se* modificada”, que aparentemente seria uma mistura da regra *per se* pura com a regra da razão. Pela “regra *per se* modificada”, uma prática de vendas casadas é ilícita desde que apresente os elementos descritos acima.

Ernest GELLHORN e William E. KOVACIC criticam essa decisão e entendem que “*the Court’s refusal to abandon the per se label constitutes one of the more deliberate missed opportunities in modern antitrust decisionmaking*”<sup>33</sup>. Na verdade, a decisão majoritária da Suprema Corte parece ter sido influenciada muito mais pela obediência aos precedentes, característica dos sistemas de *Common Law*, do que por uma real convicção de que a regra *per se* seria a melhor abordagem para a análise das vendas casadas<sup>34</sup>.

Nota:

33 GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics*, p. 337.

34 Cf. AHLBORN, Christian; EVANS, David S.; PADILLA, Jorge. Op. cit., p. 9.

Nesse caso, a Suprema Corte analisou a validade de um contrato de exclusividade celebrado entre o hospital East Jefferson e uma firma de anestesistas. Em decorrência desse contrato, os pacientes internados no hospital para sofrerem cirurgia eram obrigados a utilizar somente os serviços de anestesia dessa firma, de modo que o hospital condicionava o uso de suas salas de cirurgia (produto principal) à utilização dos serviços daquela firma de anestesistas (produto vinculado).

Após uma investigação<sup>35</sup> detalhada, a Corte entendeu que não havia violação antitruste, pois, embora existissem dois produtos separados (serviços hospitalares para cirurgia e serviços de anestesia), o hospital não possuía poder de mercado suficiente para impor a prática, uma vez que atraía somente 30% dos pacientes de sua região. Ademais, não houve demonstração de efeitos adversos sobre a concorrência.

Nota:

35 Conforme o voto do Juiz STEVENS, citado por Eleanor M. FOX, Lawrence A. SULLIVAN e Rudolph J. R. PERITZ, “ *any inquiry into the validity of a tying arrangement must focus on the market or markets in which the two products are sold, for that is where the anticompetitive forcing has impact. Thus, in this case our analysis of the tying issue must focus on the hospital’s sale of services to its patients, rather than its contractual arrangements with the providers of anesthesiological services. In making that analysis, we must consider whether they have used their market power to force their patients to accept the tying arrangement* ” ( *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context* , p. 555).

Por outro lado, em seu voto dissidente, a Juíza O’Connors, além de opinar pela aplicação da regra da razão, chegou a conclusões um pouco diferentes, embora também desfavoráveis à condenação do hospital. Concluiu, assim, que (i) o hospital tinha poder de mercado em seu distrito, tendo considerado que o *market share* de 30% já seria suficiente para se comprovar o poder de mercado; (ii) serviços de cirurgia e de anestesia não são dois “produtos” distintos, uma vez que os pacientes estão interessados em adquirir um pacote de serviços hospitalares em que a anestesia esteja incluída (não há procura por cirurgia sem anestesia); (iii) as eficiências justificariam a prática<sup>36</sup>.

Nota:

36 Cf. FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A.; PERITZ, Rudolph J. R. Op. cit., p. 558-559.

Dessa forma, o caso *Jefferson Parish* pode ser considerado um divisor de águas na jurisprudência mundial das vendas casadas, pois pela primeira vez foram reunidos os requisitos essenciais para a caracterização da prática como ilícito antitruste, passando a servir de paradigma para outros casos de *tying arrangements* julgados desde então nos EUA e em outras jurisdições.

Esses elementos podem ser também aplicados pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência na análise antitruste das vendas casadas. Portanto, passaremos a examinar a seguir cada um desses elementos, indicando as formas pelas quais poderão ser aplicados.

## 2.2. Dois Produtos Distintos

A prática de vendas casadas pressupõe a existência de dois produtos distintos, um principal e outro vinculado. No entanto, nem sempre é fácil saber quando estamos realmente diante de dois produtos distintos. Em muitas situações, um pacote de produtos oferecido ao consumidor pode ser uma prática totalmente pró-competitiva. Em outras, principalmente quando se trata de mercados de alta tecnologia, os produtos podem estar de tal maneira integrados fisicamente entre si que é quase impossível vislumbrar a existência de dois produtos distintos.

Ademais, fornecer um produto inteiro, já montado na fábrica, pode ser mais eficiente do que fornecer os componentes para que a montagem seja feita pelo consumidor. Os custos incorridos na venda de um produto inteiro, já montado, podem ser muito inferiores do que os custos para a venda dos componentes separados, o que acaba refletindo no preço final a ser cobrado<sup>37</sup>. Além disso, um produto montado pelo consumidor pode ter sua qualidade comprometida, ao contrário do que ocorre quando o produto já vem montado de fábrica.

Nota:

37 A venda conjunta de dois produtos pode significar, por exemplo, uma economia de custos de embalagem e comercialização, como afirma Paula FORGIONI ( *Contratos de distribuição* , p. 290).

Assim, na determinação da existência de dois produtos, deve-se diferenciar as situações em que um pacote de produtos é pró-competitivo e desejado pelos consumidores, das situações em que o pacote interfere nas possibilidades de escolha do consumidor, sendo, portanto, prejudicial à concorrência.

No caso *Jefferson Parish* , a Suprema Corte norte-americana afirmou que “ *whether one or two products are involved turns not on the functional relation between them, but rather on the character of the demand for the two items* ”<sup>38</sup>. Portanto, a definição sobre a existência ou não de dois produtos distintos deve se concentrar na verificação sobre a existência de demanda para os dois produtos separadamente<sup>39</sup>.

Nota:

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

39 A Suprema Corte norte-americana chegou a conclusões semelhantes no caso *Eastman Kodak*: “for service and parts to be considered two distinct products, there must be sufficient consumer demand so that it is efficient for a firm to provide service separately from parts” (*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, INC*, 504 U.S. 451 – 1992).

Dessa forma, se não houver demanda por um produto sem o outro, não será compensatório ao fornecedor vendê-los em separado, de modo que estaremos diante de apenas um produto para fins de aplicação do teste da demanda direta. Assim, carros e rodas devem ser entendidos como um único produto, pois não há um mercado para carros sem rodas, sendo que o consumidor comum espera adquiri-los em conjunto. Por outro lado, se a demanda por um produto for independente em relação à demanda pelo outro, conclui-se que estaremos diante de dois produtos separados, tendo em vista que há dois mercados distintos para ambos.

Vale ressaltar que, na verificação do teste da demanda direta, o importante é observar se o produto principal é normalmente vendido sem o produto vinculado, e não o inverso. Por exemplo, automóveis não são normalmente vendidos sem as rodas, mas rodas são freqüentemente vendidas sem os automóveis. Há um mercado específico para rodas, que são vendidas em unidades, embora a recíproca não seja verdadeira, pois não há um mercado específico para carros sem rodas<sup>40</sup>.

Nota:

40 Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 410.

Costuma-se apontar a possibilidade de verificação da prática de vendas casadas em contratos de franquia, tendo em vista que, nesses contratos, o franqueador condiciona o licenciamento de sua marca à aquisição dos produtos que serão distribuídos pelo franqueado ou insumos utilizados na fabricação desses produtos. Nesses casos, a venda casada é inerente ao contrato, sendo que tanto o licenciamento da marca do franqueador, quanto a aquisição de seus produtos ou insumos pelo franqueado fazem parte de um negócio único, qual seja, a franquia empresarial<sup>41</sup>.

Nota:

41 A lição do Professor Calixto SALOMÃO FILHO parece corroborar esse entendimento: “Na franquia, há, via de regra, uma negociação casada obrigatória. Há a cessão do uso de marca, cumulada obrigatoriamente como os serviços de manutenção, às vezes até mesmo com a aquisição de produtos. Essa vinculação é essencial, e é o fundamento econômico próprio da franquia. O franqueador quer expandir seu negócio. Deve, ao mesmo tempo, garantir a preservação de sua reputação. É importante notar que essa garantia da reputação tem um efeito extremamente pró-competitivo” (*Direito concorrencial*: as condutas, p. 230).

Por outro lado, ambos, o licenciamento da marca e a aquisição de produtos, devem ser considerados apenas um produto para fins de aplicação do teste da demanda direta, uma vez que o franqueado visa à aquisição do negócio como um todo, o que inclui a cessão da marca, o fornecimento de insumos e produtos a serem distribuídos<sup>42</sup>. Se o franqueado visasse apenas à cessão da marca, estaríamos diante de um contrato de licenciamento de marcas, e não de franquia. Por outro lado, se o franqueado não tivesse interesse na cessão da marca, mas apenas na distribuição dos produtos do franqueador, estaríamos diante de um contrato de distribuição. Assim, como o franqueado tem interesse tanto na cessão da marca do franqueador, quanto na aquisição de seus produtos para revenda, estaremos diante de um típico contrato de franquia, devendo ser afastada a idéia de venda casada ilícita<sup>43</sup>.

Nota:

42 No caso *Khrel v. Baskin-Robbins*, por exemplo, o franqueado poderia usar a marca de sorvetes Baskin-Robbins, desde que adquirisse o sorvete fornecido pela própria Baskin-Robbins, no caso, o franqueador. O franqueado

alegou que poderia adquirir sorvetes mais baratos no mercado e ainda assim manter a marca do franqueador. No entanto, se é a marca que permite a identificação do produto, ambos, a marca e o produto, não devem ser considerados como dois produtos distintos. Ora, o consumidor aceitará pagar mais caro por um sorvete vendido em uma sorveteria Baskin-Robbin, uma vez que este liga o nome da marca Baskin-Robbin ao sabor do sorvete (Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 413).

43 Conforme ensinamento do eminente Professor Fábio Konder COMPARATO: “A aparente contradição, a meu ver, seria resolvida se se fizesse a distinção curial entre *franchise* e concessão de venda. Nesta última, como salientei, o fundamental não é o uso da marca, mas a distribuição dos produtos assinalados. Aí sim, como disse a *Federal Trade Commission*, não se pode, conceitualmente, atribuir à marca a função de produto separado e vinculante. No franchising, porém, sendo a licença de uso de marca o elemento essencial, e podendo o franqueado ser, ele próprio, produtor ou fabricante, não há nenhuma vinculação essencial de marca com equipamentos ou insumos utilizados na fabricação, pelo franqueado, do produto assinalado.” (Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, n. 18. p. 62).

### 2.2.1. O Teste da Demanda Direta e a Integração de Produtos em Mercados Dinâmicos

O teste da demanda direta para determinar a existência de dois produtos separados pode não ser eficaz em alguns casos, como, por exemplo, no caso de produtos recentemente integrados, ou seja, que antes eram vendidos separadamente, mas a dinâmica do mercado fez com que fossem integrados fisicamente em um único produto. Esses produtos são comercializados em mercados dinâmicos, marcados pela presença de inovação tecnológica, onde os agentes econômicos concorrem muito mais pela diferenciação de produtos do que por preços. Exemplo típico são as indústrias de alta-tecnologia, principalmente no que concerne a produtos eletro-eletrônicos e de informática.

Um exemplo é a integração de *softwares* em sistemas operacionais de informática. O caso mais notório é o da Microsoft, que oferece seu navegador de Internet, o Internet Explorer (IE), já integrado à plataforma Windows (sistema operacional).

Nesse sentido, indaga-se se a integração de novas funcionalidades a um determinado produto, anteriormente fornecidas de forma separada e, portanto, sujeitas ao “teste da demanda direta”, é ou não eficiente sob a ótica da defesa da concorrência?

Essa questão foi enfrentada pela Justiça Federal norte-americana no caso Microsoft III44, quando justamente a licitude da integração do IE ao sistema operacional Windows foi questionada. A acusação era de que a Microsoft, líder absoluta de mercado, condicionava a venda da plataforma Windows à aquisição do IE, o que constituiria uma venda casada ilícita. Para o *Department of Justice* (DOJ), esse pacote não proporcionava eficiências substanciais, podendo, ao contrário, excluir concorrentes inovadores e eficientes do mercado de navegadores de Internet (*Internet browsers*). Em defesa, os advogados da Microsoft alegaram que o pacote seria um produto eficientemente integrado e, portanto, desejado pelos usuários de computador, e que qualquer tentativa no sentido de impedir a venda do pacote, que inclui o sistema operacional (Windows 98) e o navegador de Internet (IE), seria prejudicial ao progresso tecnológico e, conseqüentemente, aos consumidores<sup>45</sup>.

Nota:

44 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d (D.C. Cir. 2001).

45 Cf. SULLIVAN, Lawrence; GRIMES, Warren. Op. cit., p. 392.

Comentando o caso, SULLIVAN e GRIMES entendem que ambos argumentos são, em parte, verdadeiros, posto que um pacote integrado de softwares que inclua o navegador de Internet pode ser eficiente e bem aceito pelos consumidores. No entanto, as eficiências relacionadas ao pacote poderiam ser relativamente insignificantes se o dano causado a outros agentes econômicos que desenvolvem e comercializam *softwares* inovadores fosse substancial, uma vez que os mesmos teriam dificuldades para desenvolver e fornecer navegadores de Internet concorrentes e, possivelmente, de qualidade superior. Os autores apontam, ainda, que a grande preocupação do DOJ não era tanto o mercado de navegadores de Internet, mas, principalmente, o mercado de sistemas operacionais, que já era dominado pela Microsoft. Dessa forma, para o DOJ, a prática serviria não apenas para excluir concorrentes do mercado do produto vinculado (navegadores de Internet), mas, principalmente, para consolidar a posição dominante da Microsoft no mercado do produto principal (sistemas operacionais)<sup>46</sup>.

Nota:

46 Nas palavras de SULLIVAN e GRIMES: “*Of course, both propositions may be true in part. An integrated software package that includes an Internet*

*browser might be efficient to produce and market and, all other factors being equal would be preferred by consumer users. At the same time, the efficiencies related to bundled production and marketing may be relatively insignificant and the potential injury to others that would develop and market innovative software applications quite substantial. The Justice Department argued that the bundled sale of Microsoft's operating programs and Microsoft's Internet browser was harmful not only to competition in the browser market, but also tended to further entrench Microsoft's monopoly in operating programs" (op. cit., p. 392).*

O *District Court*, ao analisar o caso sob a regra *per se* e aplicar o teste da demanda direta, concluiu ser a combinação do IE com o Windows uma prática ilícita de venda casada por se tratar de dois produtos distintos. No entanto, a Corte de Apelação (*D.C. Circuit*) rejeitou essa decisão por entender que esse caso deveria ser analisado sob a regra da razão, pois a análise *per se* não levaria em consideração possíveis eficiências que a integração de produtos poderia trazer para a inovação tecnológica<sup>47</sup>.

Nota:

47 “ *The integration of new functionality into platform software is a common practice and that wooden application of per se rules in this litigation may cast a cloud over platform innovation for PCs, network computers and information appliances.*” (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d (D.C. Cir. 2001), item 4.B, p. 77, disponível em <http://laws.lp.findlaw.com/dc/005212a.html>)

Ao referir-se ao caso *Broadcast Music v. CBS*, em que a Suprema Corte concluiu que somente após experiência considerável (*considerable experience*) em certas relações comerciais é que as cortes podem classificá-las como violações *per se*, o *D.C. Circuit* entendeu que a regra *per se* não seria apropriada em casos como o Microsoft III por levantarem uma série de novas questões que exigem dos julgadores uma experiência considerável. Dessa forma, o *D.C. Circuit*, citando casos precedentes de vendas casadas julgados pela Suprema Corte, demonstrou que o caso Microsoft III era diferente por duas razões: (i) em nenhum dos casos precedentes o produto vinculado estava fisicamente e tecnologicamente integrado ao produto principal; (ii) a integração entre os produtos poderia melhorar a qualidade do produto principal (sistema operacional) em benefício de usuários e fabricantes de produtos complementares, ou seja, a integração entre o IE e o Windows faria deste último uma melhor plataforma para softwares fabricados por terceiros<sup>48</sup>.

Nota:

48 Cf. AHLBORN, Christian; EVANS, David S.; PADILLA, Jorge. Op. cit., p. 16.

No entanto, o *D.C. Circuit* acabou não analisando o mérito da questão, limitando-se a afirmar que a análise *per se* é inadequada, tendo em vista a ausência de “experiência judicial considerável” sobre o mercado de softwares, o que exigiria uma investigação mais aprofundada sob os auspícios da regra da razão, levando em considerações possíveis eficiências. Ademais, acatou os argumentos da Microsoft de que o teste da demanda direta não seria adequado, pois sua aplicação poderia prejudicar a inovação em detrimento dos consumidores, uma vez que os agentes econômicos passariam a ser impedidos de integrar novas funcionalidades em seus produtos, antes vendidas separadamente, e, por definição, sujeitas à demanda separada<sup>49</sup>.

Nota:

49 “In fact there is merit to Microsoft's broader argument that *Jefferson Parish*'s consumer demand test would chill innovation to the detriment of consumers by preventing firms from integrating into their products new functionality previously provided by standalone products – and hence, by definition, subject to separate consumer demand.” (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d – D.C. Cir. 2001 –, item 4.A, p. 70. Disponível em <http://laws.lp.findlaw.com/dc/005212a.html>)

Logo após sua decisão, o *D.C. Circuit* delegou o caso novamente ao *District Court* para que se fizesse uma análise mais aprofundada sob a regra da razão. Como não houve apelação à Suprema Corte, o processo acabou sendo arquivado após um acordo entre o DOJ e a Microsoft.

### 2.3. Poder de Mercado

Outro elemento essencial para a análise antitruste das vendas casadas é a verificação da existência de poder no mercado do produto principal. Conforme já mencionado, na lei antitruste, as vendas casadas estão associadas à hipótese de abuso de posição dominante prevista no art. 20, IV. O § 2º do mesmo diploma legal dispõe que “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”.

Para a Professora Paula FORGIONI,

“A posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente econômico, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis do mercado.”<sup>50</sup>

Nota:

50 FORGIONI, Paula. *Fundamentos do antitruste*, p. 318. No mesmo sentido, Sérgio Varella BRUNA afirma que “poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Poder econômico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços, uma vez que a concorrência, muito embora também possa ocorrer em relação à qualidade dos produtos ( *concorrência não de preços ou concorrência pela qualidade* ), com muito maior frequência terá nos preços seu foco principal” ( *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 104).

No entanto, para se verificar a existência de posição dominante, deve-se, em primeiro lugar, delimitar o mercado relevante afetado pela prática, tanto em sua dimensão material, atinente ao produto envolvido, quanto em sua dimensão geográfica, que corresponde à menor área geográfica possível na qual um monopolista hipotético poderia impor um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços<sup>51</sup>. É preciso incluir no mesmo mercado relevante todos os agentes econômicos que ofereçam produtos substitutos, de modo que a variação no preço de um desses produtos, dentro de uma área, possa afetar a concorrência<sup>52</sup>. A posição dominante será observada a partir do momento em que um agente econômico for capaz de aumentar seus preços sem levar em consideração a reação dos concorrentes e consumidores dentro do mercado relevante em questão<sup>53</sup>. Nesse caso, estará comprovada a existência de posição dominante, sendo que o seu abuso poderá resultar em prejuízos à livre concorrência.

Nota:

51 Na lição da Professora Paula FORGIONI, “o mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei 8.884 de 1994. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da ‘concorrência’, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la)” (ibidem, p. 231).

52 Cf. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*: o controle de concentração de empresas, p. 28.

53 Para tanto, deve-se fazer uma investigação econômica ampla dos possíveis produtos substitutos à disposição do consumidor, bem como da possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado. Trata-se, respectivamente, da *elasticidade cruzada* pelo lado da demanda e da *elasticidade cruzada* pelo lado da oferta. Ou seja, mesmo que o agente econômico detenha parcela substancial do mercado ( *market share* ), não terá posição dominante se houver produtos substitutos à disposição do consumidor e/ou se houver possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado. Nesse caso, o abuso de posição dominante seria impossível, uma vez que se o agente econômico optar por aumentar preços, rapidamente os consumidores passarão a obter produtos substitutos e novas empresas entrarão no mercado oferecendo esses produtos substitutos a preços mais competitivos.

A nossa lei antitruste determina que a posição dominante decorre do grau de participação no mercado detido por um

determinado agente econômico. O § 3º do art. 20 da lei de concorrência dispõe que a posição dominante será presumida “quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. Nota-se, portanto, que a nossa lei antitruste adota um critério flexível para determinar a existência de posição dominante no mercado, pois ao mesmo tempo em que determina um referencial (20% de market share) a ser seguido pelas autoridades antitruste, permite que esse referencial seja alterado caso seja necessário.

No caso das vendas casadas, o fornecedor abusa de sua posição dominante no mercado do produto principal para forçar a venda do produto vinculado ao adquirente. Quanto maior seu poder de mercado, maiores serão suas possibilidades para impor uma venda casada ilícita<sup>54</sup>.

Nota:

54 No caso *Northern Pacific Railway*, a Suprema Corte norte-americana afirmou que: “ *the relevant question was whether a party has sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain free competition in the market for the tied product*” ( *Northern Pacific Railway Co. et. Al. v. United States*, 356 U.S. 1 – 1958).

Para fins de análise antitruste das vendas casadas, há uma série de formas pelas quais será possível determinar se o fornecedor possui poder de mercado. Diversos casos julgados pela Suprema Corte norte-americana envolveram agentes econômicos titulares de patentes que forçavam os compradores a adquirir produtos não-patenteados como condição para o licenciamento do produto patenteado. Em outros casos julgados pela Suprema Corte, o poder de mercado foi inferido pela presença de características particulares que tornam um determinado produto especialmente atrativo, ou único, ao adquirente, fazendo com que o fornecedor obtenha vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes. Se o produto é único pelo fato de que nenhum outro agente econômico é capaz de produzi-lo, o poder de mercado do fabricante desse “produto único” poderia ser presumido<sup>55</sup>.

Nota:

55 HOVENKAMP lembra que algumas cortes norte-americanas entenderam que as características que tornam um produto “único” somente criarão uma presunção de poder de mercado se as evidências sugerirem que os concorrentes são incapazes de duplicar esse produto, de modo que essa incapacidade operaria como uma barreira à entrada. Outras cortes sugeriram que a prova sobre as características que tornem um produto único deve ser combinada com a prova que demonstre elevada participação de mercado, sendo que somente as duas evidências, em conjunto, podem sugerir que há poder de mercado (op. cit., p. 402).

No caso *Northern Pacific Railway*, a Suprema Corte norte-americana considerou que a mera existência de uma grande quantidade de vendas casadas impostas por um agente econômico já seria uma evidência convincente de elevado poder de mercado<sup>56</sup>.

Nota:

56 Cf. AHLBORN, Christian; EVANS, David S.; PADILLA, Jorge. Op. cit., p. 6.

De qualquer forma, não importa se o poder de mercado decorre de uma patente, de elevada participação no mercado, ou de características particulares que tornem um produto único. Relevante é saber se o poder de mercado é suficiente para permitir que o agente econômico aumente preços indiscriminadamente ou imponha condições onerosas ao adquirente, o que não seria possível na presença de concorrência efetiva.

Nesse sentido, vale citar a decisão da Suprema Corte no caso *Jefferson Parish* no sentido de que poder de mercado “is the power to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market”, ou seja, o poder de mercado pode ser definido simplesmente como o poder de forçar o adquirente a fazer algo que não faria em um mercado competitivo<sup>57</sup>.

Nota:

57 *Jefferson Parish*, 466 U.S. at 14.

### 2.3.1. Dependência Econômica e Assimetrias de Informação: O Caso Kodak

Para o Professor Calixto SALOMÃO FILHO, o poder de mercado do agente econômico não é o elemento principal para a verificação da prática de vendas casadas. A prática de vendas casadas, tal como qualquer forma de negociação compulsória, nas palavras do eminente professor, “não é uma forma de utilização ilícita do poder econômico, mas sim uma maneira de conquistá-lo”<sup>58</sup>. Dessa forma, o elemento central para a análise antitruste das vendas casadas “é a dependência econômica, sendo que o poder de mercado é uma das possíveis fontes de dependência”<sup>59</sup>.

Nota:

58 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas, p. 203.

59 *Ibidem*, p. 205.

Ainda, o professor aponta que a dependência econômica é caracterizada pela inexistência de alternativas razoáveis e suficientes para o adquirente sujeito à prática de vendas casadas, além de ser gerada, primordialmente, pela presença de falhas na transmissão de informação, que distorcem as possibilidades de escolha do adquirente<sup>60</sup>.

Nota:

60 *Ibidem*.

O primeiro caso a abordar diretamente o problema da dependência econômica gerada pela presença de assimetrias de informação é o caso Kodak<sup>61</sup>, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1992. A Kodak fabricava e comercializava máquinas copiadoras e enfrentava ferrenha concorrência nesse mercado. Ao mesmo tempo, a Kodak fornecia peças de reposição a empresas independentes de prestação de serviços, denominadas ISOs (independent services organizations), que prestavam serviços de manutenção aos consumidores das copiadoras comercializadas pela Kodak.

Nota:

61 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, INC*, 504 U.S. 451 (1992).

No entanto, em determinado momento, a Kodak parou de fornecer as peças de reposição para as ISOs e comunicou aos seus clientes que somente lhes forneceria peças de reposição se adquirissem também os serviços de manutenção prestados pela própria Kodak, ou, alternativamente, se concordassem em não utilizar serviços prestados por terceiros. Dessa forma, uma dessas ISOs, após ser excluída do mercado, processou a Kodak por práticas de recusa de venda e venda casada<sup>62</sup>.

Nota:

62 Ao mesmo tempo em que a Kodak recusava às ISOs a venda de peças de reposição, condicionava aos seus clientes a venda dessas peças à prestação de serviços de manutenção.

Apesar de não possuir poder no mercado de máquinas copiadoras, a Kodak detinha poder no aftermarket derivado, ou seja, no mercado secundário de peças de reposição para copiadoras Kodak<sup>63</sup>. No entanto, a Kodak argumentou que, por não haver demanda pelas peças de reposição sem a prestação de serviços de manutenção, o teste da demanda direta não

evidenciaria a existência de dois produtos distintos, sendo as peças de reposição e os serviços de manutenção um único produto. Ademais, a Kodak alegou que enfrentava ferrenha concorrência no mercado de máquinas copiadoras e, portanto, não detinha poder nesse mercado, fato que a impediria de aumentar os preços de peças de reposição e dos serviços de manutenção. Para reforçar seus argumentos, a Kodak apoiou-se no conceito de elasticidade cruzada da demanda, afirmando que eventual aumento de preços de peças de reposição ou de serviços de manutenção afastaria seus consumidores, que passariam a optar por produtos substitutos fornecidos por concorrentes. Dessa forma, a concorrência no mercado original de copiadoras impediria um aumento de preços no mercado secundário de serviços de manutenção (aftermarket). A estratégia poderia até ser lucrativa num primeiro momento, mas devastadora a longo prazo.

Nota:

63 Nesse caso, o mercado relevante foi definido de forma extremamente limitada, sendo considerado o mercado de prestação de serviços de manutenção para copiadoras Kodak. Como a Kodak era a única a oferecer esses serviços, possuía 100% de participação nesse mercado e, portanto, detinha posição dominante, apesar de deter apenas 23% de participação no mercado original de copiadoras.

No entanto, a Suprema Corte entendeu que os argumentos levantados pela Kodak não explicam de forma adequada a verdadeira relação entre os mercados original e secundário para bens duráveis dotados de certa complexidade e marcados pela existência de significantes custos de informação e de troca. Assim, para que o preço dos serviços de manutenção possa afetar a demanda das copiadoras, é preciso que os consumidores, no momento da aquisição, tenham pleno conhecimento do preço do ciclo de vida do produto (lifecycle pricing), que equivale aos custos do pacote inteiro, que inclui equipamento, peças e serviços de manutenção<sup>64</sup>. Contudo, saber o preço do ciclo de vida de bens duráveis e complexos pode ser muito difícil e custoso. Além disso, durante o ciclo de vida de um produto, empresas podem modificar os preços das peças e dos serviços e desenvolver produtos com características mais avançadas. Além disso, o nível de informação varia entre os consumidores<sup>65</sup> e depende do tipo de equipamento e intensidade de seu uso<sup>66</sup>.

Nota:

64 HOVENKAMP define “*lifecycle pricing*” da seguinte forma: “*lifecycle pricing – that is, pricing that takes both the price of the original good and the cost of subsequent maintenance into account*” (op. cit., p. 398).

65 Existem os consumidores mais sofisticados e, portanto informados, como, por exemplo, as empresas que elaboram estudos profundos sobre os preços dos equipamentos antes de adquiri-los, enquanto que há também os consumidores menos sofisticados, não informados, geralmente pessoas físicas, que constituem a maioria dos adquirentes.

66 “[...] *For the service-market price to affect equipment demand, consumers must inform themselves of the total cost of the “package” – equipment, service, and parts - at the time of purchase; that is, consumers must engage in accurate lifecycle pricing. Life-cycle pricing of complex, durable equipment is difficult and costly. [...] Much of this information is difficult – some of it impossible – to acquire at the time of purchase.*” (504 U.S. 451 , II.B.2)

Assim, a Suprema Corte concluiu que a Kodak possuía poder de mercado suficiente para aumentar preços e eliminar a concorrência no aftermarket derivado, uma vez que os consumidores menos informados, no momento em que adquirem a copiadora no mercado original, não levam em consideração os preços cobrados pela sua manutenção no mercado secundário. Estariam esses consumidores, portanto, “trancados” (locked-in) ao produto em questão, seja pelo fato de já estarem familiarizados com sua tecnologia, o que lhes garantiria um certo nível de conforto, seja pelos elevados custos que terão de arcar com a troca desse produto por um outro de marca diversa. Na ausência de alternativas plausíveis, esses consumidores menos informados acabam optando por arcar com os preços mais elevados cobrados pela Kodak, mesmo sabendo dos preços mais competitivos cobrados pelas ISOs, pois os custos incorridos em abandonar suas copiadoras para adquirir outras concorrentes seriam ainda superiores aos custos das peças de reposição e dos serviços de manutenção da Kodak<sup>67</sup>. Em outras palavras, quando percebem o real preço do produto, que inclui a copiadora, as peças de reposição e os serviços de manutenção, já é tarde demais, pois já estão trancados (locked-in) ao produto e, portanto, obrigados a utilizar os serviços de manutenção prestados pela Kodak<sup>68</sup>.

Nota:

67 “[...] *If the cost of switching is high, consumers who already have*

*purchased the equipment, and are thus “locked in,” will tolerate some level of service-price increases before changing equipment brands” (504 U.S. 451, II.B). Segundo HOVENKAMP, “ the lock-in would make at least some customers willing to pay a higher price for Kodak’s parts, given the costs of abandoning their existing machines and purchasing others ” (op. cit., p. 398).*

68 Conforme a lição do Professor Calixto SALOMÃO FILHO: “O poder de mercado é consequência da verificação de uma venda casada bem sucedida, e não o inverso – isto é, é possível saber que o agente detém monopólio do mercado secundário exatamente porque se verifica que, em presença de uma venda casada, o consumidor não acha razoável trocar o produto principal só para obter um serviço de manutenção mais barato. Negado está, portanto, o pressuposto marginalista básico para a definição do poder no mercado, isto é, a predefinição da utilidade dos consumidores” (Direito concorrencial: as condutas, p. 209).

Contudo, HOVENKAMP levanta um ponto importante que deve ser levado em consideração no estudo do caso Kodak. As informações sobre os custos de manutenção no aftermarket derivado não são tão difíceis de serem obtidas pela maioria dos consumidores. A Kodak detinha apenas 23% de um mercado marcado pela presença de outras fortes concorrentes, tais como a Canon e a Xerox. Se há concorrência efetiva no mercado original de copiadoras e a Kodak passa a cobrar mais do que seus rivais pelos serviços de manutenção no mercado secundário, certamente esses rivais não hesitarão em apontar a comparação entre os preços de seus serviços de manutenção e os preços cobrados pela Kodak. Ora, se uma empresa cobrar mais do que as outras pelos serviços de manutenção no mercado secundário, não há motivos para acreditar que essa informação não seria difundida para a maioria dos consumidores<sup>69</sup>.

Nota:

69 Para HOVENKAMP, “ *information about repair costs is common to large classes of consumers; it does not have to be gathered individually for each. In a competitive primary market, rivals would be quick to point out comparisons between their own repair prices and the prices charged by Kodak. If a firm persistently charged more than other firms for aftermarket services, there is no obvious reason why this information would not leak out to most consumers who are at least moderately attentive* ” (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 399-399).

Ainda, o professor lembra com propriedade que para que os consumidores realmente estejam locked-in aos produtos adquiridos é preciso: (i) que o produto vinculado seja adquirido posteriormente à aquisição do produto principal (as peças de reposição e os serviços de manutenção da Kodak eram adquiridos algum tempo depois da compra da copiadora); (ii) que o agente econômico em questão tenha modificado sua política de preços no aftermarket após um número significativo de consumidores já ter adquirido o produto no mercado original (a Kodak permitia que outras empresas independentes, as ISOs, prestassem os serviços de manutenção de suas copiadoras no mercado secundário, mas essa política foi modificada posteriormente, quando vários consumidores já haviam adquirido as copiadoras no mercado original)<sup>70</sup>.

Nota:

70 “ *Subsequent decisions have generally limited Kodak to situations where (1) the alleged tied product must be purchased after customers are ‘locked-in’ by virtue of a previous purchase; and (2) where the defendant changed its aftermarket pricing policy after a significant number of customers had made their purchase, or a significant number of customers can actually show that they were misinformed about aftermarket prices .”* (Ibidem, p. 399)

Assim, não há que se falar de locked-in se o consumidor adquire, ao mesmo tempo, os produtos no mercado original e no mercado secundário. Ainda, se há concorrência efetiva no mercado original, não há razão para acreditar que os consumidores, de forma geral, não estarão razoavelmente informados sobre preços no mercado secundário, de modo que estarão locked-in apenas se houver mudança de política de preços no aftermarket depois de um grande número de consumidores já ter adquirido o produto no mercado original.

### 2.3.2. Dependência Econômica e Contratos de Distribuição

Deve-se levar em consideração as situações de dependência econômica em contratos de distribuição, nos quais um fornecedor, abusando de sua posição dominante em relação aos seus próprios distribuidores, poderá lhes impor cláusulas

contratuais abusivas que incluam vendas casadas<sup>71</sup>.

Nota:

71 Segundo a Professora Paula FORGIONI, “tal como ocorre com os consumidores nas vendas casadas em geral, aquelas operadas no seio de um contrato de distribuição podem significar um abuso de poder do fornecedor em face de seus distribuidores. Por óbvio, inicialmente deveremos concluir se há ou não posição dominante do fornecedor sobre a sua rede. Mas é também possível considerar a existência de uma posição de dependência econômica do distribuidor em relação ao fornecedor e, assim, vislumbrar o abuso dessa posição” ( *Contrato de distribuição* , p. 303).

Apesar de a dependência econômica relacionada às vendas casadas nos contratos de distribuição ser semelhante àquela em relação aos consumidores finais, há uma diferença peculiar entre as duas situações. No caso dos consumidores finais, as deficiências de informação podem dificultar suas possibilidades de escolha, enquanto que, no caso dos distribuidores, mesmo tendo maior acesso à informação por serem geralmente adquirentes mais sofisticados, poderão ser constrangidos a aceitar cláusulas abusivas, dependendo do grau de dependência econômica em relação aos seus fornecedores<sup>72</sup>.

Nota:

72 Ibidem, p. 303-304.

Esses fornecedores podem forçar o distribuidor a aceitar a imposição de vendas casadas sob pena de suspensão do fornecimento de produtos ou até de rompimento do vínculo contratual ou sua não-renovação. Contudo, é bom lembrar que essa imposição somente será ilícita se ocorrer posteriormente à assinatura do contrato. Ora, antes da assinatura do contrato, o fornecedor não terá qualquer posição dominante em relação a distribuidores interessados no negócio, pois estes, diante de uma condicionante restritiva, sempre terão a possibilidade de optar por outras oportunidades de negócios. Se o distribuidor teve a oportunidade de ler o contrato antes de assinar, não pode reclamar, após sua assinatura, de uma condicionante que já era de seu conhecimento antes da conclusão do negócio.

Todavia, após a assinatura da avença, quando o distribuidor já houver realizado os investimentos necessários para a consecução do negócio, ficará sem opções se o fornecedor resolver impor uma venda casada, seja por meio de aditivo contratual, seja nas negociações para a renovação do contrato. Nesse caso, o distribuidor também estará “trancado”, ou locked-in, à relação contratual com o fornecedor e, portanto, optará por aceitar a imposição ao invés de perder um negócio em que já investiu<sup>73</sup>.

Nota:

73 No caso *Queen City Pizza v. Domino's Pizza*, as franqueadas da rede Domino's Pizza alegaram que o contrato de franquia as obrigava a adquirir os ingredientes da massa da pizza fornecidos pela franqueadora a preços mais elevados do que os praticados no mercado. No entanto, o principal argumento que fez com que o caso fosse arquivado era de que as franqueadas sabiam dessa condicionante no momento em que assinaram o contrato (US 3rd Circuit Court of Appeals, nº 96-1638).

## 2.4. Coerção

Não basta que o fornecedor detenha posição dominante no mercado do produto principal. É preciso que o elemento “coerção” esteja presente, ou seja, que o fornecedor obrigue o comprador a adquirir um produto que não deseja. Vale citar novamente a decisão do caso *Jefferson Parish*, em que a Suprema Corte norte-americana, utilizando-se do elemento “poder de mercado”, definiu coerção como “some special ability – usually called ‘market power’ – to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market”, ou seja, o agente econômico, valendo-se de seu poder de mercado, poderá coagir o adquirente a fazer algo que não faria em um ambiente competitivo, eliminando suas possibilidades de escolha.

Deve-se lembrar de que o elemento coerção está inter-relacionado ao elemento poder de mercado, pois o fornecedor somente será capaz de coagir o adquirente se tiver domínio sobre o mercado. No caso *Jefferson Parish*, a Suprema Corte

tratou esses dois elementos de maneira conjunta, considerando o poder de mercado como um meio para atingir o fim principal, qual seja, coagir o adquirente a comprar um produto não desejado.

Pode-se afirmar que a essência da coerção está na eliminação das alternativas em detrimento do adquirente. A coerção é, na verdade, a recusa de vender o produto principal sem o produto vinculado<sup>74</sup>.

Nota:

74 Para HOVENKAMP, “ *the buyer must somehow be forced, or coerced, into accepting the tied product. This coercion could result from (1) an absolute refusal to sell the tying product without the tied product; (2) a discount, rebate or other financial incentive given to buyers who also take the tied product; (3) technological design that makes it impossible to sell the tying product without the tied product*” (op. cit., p. 405). Ainda, o autor lembra o seguinte: “*The act of coercion is not the agreement that results in an actual sale, but the refusal to sell one product without another*” (ibidem, p. 407).

Nesse sentido, conforme a lição do Professor Calixto SALOMÃO FILHO:

“Como visto antes, a constatação da insuficiência da explicação marginalista leva à reafirmação do subjetivismo da escolha econômica. Se assim é, a possibilidade efetiva de escolha (concorrência) é o elemento central organizativo de todo o funcionamento do mercado. Então, é fundamental que escolha seja livre. Ela não pode ser determinada por qualquer força externa que não seja a vontade do consumidor. Daí o valor da coerção como critério de determinação da existência de ilícito.”<sup>75</sup>

Nota:

75 SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 204.

Dessa forma, mesmo que existam dois produtos e que o fornecedor detenha poder de mercado, a venda casada somente será ilícita na presença de coerção. No entanto, não é tarefa das mais simples identificar as situações em que o elemento “coerção” está presente. Um exemplo típico é a prática conhecida como mixed bundling, que consiste na oferta dos produtos tanto de forma separada como de forma conjunta, deixando que o adquirente escolha entre as duas opções<sup>76</sup>. Geralmente, o fornecedor oferece os produtos em um pacote promocional, com desconto ou, alternativamente, de forma separada e sem desconto. Nesse caso, como não há coerção, tendo em vista que não há eliminação das alternativas, não há que se falar em venda casada ilícita.

Nota:

76 Cf. SULLIVAN, Lawrence; GRIMES, Warren. Op. cit., p. 390.

Vale citar como exemplo a Microsoft, que oferece os aplicativos Word, Excel, Power Point e Microsoft Outlook tanto dentro do pacote “Office”, com desconto, como separadamente, sem desconto. Caso semelhante, envolvendo a própria Microsoft, já foi julgado pelo CADE<sup>77</sup>. A Microsoft oferecia, por meio de uma promoção temporária, o aplicativo financeiro “Money 97” já incluído no pacote “Microsoft Office for Small Business” (Office SBE), que incluía também os aplicativos Word, Excel, Outlook Express e Publisher 97. A empresa Paiva Piovesan, fabricante do programa de gerenciamento financeiro Finance for Windows, concorrente do aplicativo Money 97, alegou que a Microsoft, dentre outras práticas, estaria impondo uma venda casada ilícita pelo fato de incluir seu aplicativo financeiro no pacote Office SBE. No entanto, como o Money 97 era oferecido também de forma separada, a prática não foi considerada ilícita, pelo fato de ter sido preservada a possibilidade de escolha do consumidor<sup>78</sup>.

Nota:

77 Processo Administrativo nº 08012.001182/98-31.

78 Conforme voto do ex-Conselheiro Thompson Andrade, que foi o relator desse processo, “no presente caso, não houve imposição de compra dos pacotes. O Money 97, ao preço de R\$ 60,00, podia ser comprado isoladamente, contra o preço de R\$ 520,00 do pacote Office SBE, com o

Money. Assim, conforme enfatizado pela SEAE e SDE não se verificam no presente caso, as condições necessárias para a caracterização de venda casada”. Ainda, segundo o ex-Conselheiro, “da análise acima, depreende-se que os ganhos competitivos obtidos pela Microsoft no mercado de aplicativos financeiros, ao oferecer adicionalmente o Money 97 aos clientes do pacote Office SBE, não acarretaram efeitos anticoncorrenciais, tendo em vista que foi preservada a possibilidade de opção do consumidor, não se configurando a hipótese de que esta conduta tenha integrado uma estratégia ilegal de dominação do mercado”.

Contudo, vale destacar que a prática de mixed bundling poderá ser uma venda casada ilícita se o preço cobrado pelos produtos separadamente for exorbitante em comparação ao preço do pacote. Nesse caso, há coerção, uma vez que o preço cobrado pelos produtos separados é tão exagerado, que a compra acaba não sendo compensatória, e, portanto, o adquirente se vê obrigado a adquirir o pacote<sup>79</sup>.

Nota:

79 Segundo o Professor Calixto SALOMÃO FILHO, a venda casada pode existir também “quando o preço cobrado pelo produto vendido separadamente é exorbitante, isto é, não corresponde nem aproximadamente ao acréscimo de custo causado ao vendedor pela separação dos produtos. Nesse caso a coerção não é jurídica, mas sim econômica. O consumidor sente-se constrangido a comprar os produtos em conjunto para evitar o prejuízo decorrente da compra separada do produto que lhe interessa. Não assim se o preço cobrado pelo produto separado for igual aos custos da separação. Nesta hipótese não há qualquer coerção econômica, sentindo-se o consumidor absolutamente livre para adquirir os produtos em separado ou em conjunto, segundo sua utilidade” ( *Direito concorrencial* : as condutas, p. 226). No mesmo sentido, SULLIVAN e GRIMES asseveram que “ *as long as there is effective competitive discipline, the seller’s decision to sell a product solely in bundled or simultaneously in bundled and unbundled fashion should not be considered a tie. Sellers that offer products both in bundled and unbundled fashion may still be engaging in a tie-in, however, if the terms on which two products are sold separately are much less favorable than for a bundled sale – reflecting a lack of competitive discipline in the pricing of the unbundled or separate sales* ” (op. cit., p. 391).

É bom lembrar que nem sempre a coerção coincide com o momento da aquisição do produto principal. Vimos que nos casos de aftermarkets, a aquisição do produto vinculado ocorre posteriormente à aquisição do produto principal, o que permite a ocorrência de casos de locked-in, tal como no caso Kodak.

De qualquer forma, a comprovação do elemento “coerção”, independentemente do momento de sua ocorrência, é fundamental na análise antitruste das vendas casadas, por causar a eliminação das possibilidades de escolha do adquirente. Na ausência de coerção, não há que se falar em ilícito.

## 2.5. Fechamento do Mercado

O último elemento essencial para caracterização da prática de vendas casadas como ilícito antitruste é o fechamento do mercado do produto vinculado. Na verdade, o fechamento do mercado é muito mais um efeito da prática do que propriamente um requisito para sua configuração. Dessa forma, podemos afirmar que a análise desse elemento implica na verificação dos possíveis efeitos anticoncorrenciais das vendas casadas sobre o mercado do produto vinculado, seja pela exclusão de rivais, seja pela criação de dificuldades à entrada de novos concorrentes.

Como afirma a Professora Paula FORGIONI, o grau de fechamento do mercado do produto vinculado depende do poder de mercado detido pelo fornecedor no mercado do produto principal. No caso Kodak, por exemplo, vimos que a prática de condicionar a venda de peças de reposição à aquisição de serviços de manutenção no aftermarket derivado provocou a exclusão dos ISOs do mercado de prestação de serviços de manutenção das copiadoras Kodak. De qualquer forma, as autoridades antitruste devem se valer de modelos econômicos para verificar até que ponto as vendas casadas poderão causar a exclusão de concorrentes do mercado do produto vinculado.

Foram diversas as teorias desenvolvidas pelas teorias pós-Chicago na tentativa de buscar modelos econômicos para analisar a racionalidade da prática de vendas casadas, de modo a demonstrar que a mera alavancagem ou transferência de posição dominante de um mercado para outro, por si só, não seria suficiente para garantir a monopolização do mercado do produto vinculado, o que somente seria possível se a prática resultasse no fechamento desse mercado e na conseqüente exclusão dos demais concorrentes<sup>80</sup>.

Nota:

80 O modelo de WHINSTON, como já mencionamos, demonstra que a alavancagem ou transferência de posição dominante no mercado do produto principal para o mercado do produto vinculado pode ser lucrativa se esse mercado for marcado pela presença barreiras à entrada e, portanto, imperfeitamente competitivo.

O fechamento do mercado do produto vinculado ocorre da seguinte forma: os adquirentes do produto principal, ao serem coagidos a adquirir o produto secundário, deixam de demandar esse produto de forma separada e, conseqüentemente, o concorrente que desejar entrar no mercado do produto secundário será obrigado a entrar também no mercado do produto principal, já dominado pelo agente econômico engajado na prática de vendas casadas<sup>81</sup>. Destarte, podemos afirmar que o fechamento do mercado a jusante será mais provável se os produtos principal e vinculado forem complementares, embora esse efeito também seja possível em algumas situações de venda de produtos não complementares<sup>82</sup>.

Nota:

81 Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas, p. 228.

82 Para um estudo mais aprofundado das vendas casadas de produtos não complementares, ver FUJIWARA, Thomas. O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados. *Revista do IBRAC*, v. 11, n. 1, p. 17-31.

Ainda, o fechamento do mercado será mais provável na presença de barreiras à entrada de novos competidores tanto no mercado do produto principal, quanto no mercado do produto vinculado<sup>83</sup>. É verdade que as próprias vendas casadas por si só já podem ser consideradas uma barreira à entrada no mercado do produto vinculado, mas é preciso levar em consideração também a presença de barreiras já existentes nesse mercado antes mesmo da imposição da prática, tais como a presença de economias de escala ou de escopo.

Nota:

83 Entende-se por barreiras à entrada qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos já estabelecidos. Dentre esses fatores, pode-se apontar a existência de custos fixos elevados, custos afundados, barreiras regulatórias, recursos de propriedade das empresas instaladas, economias de escala ou de escopo, grau de integração da cadeia produtiva, fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas, ameaça de reação dos competidores instalados, dentre outros (Cf. Glossário Básico de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/Glossario.html>).

Assim, o fechamento do mercado do produto vinculado somente será provável na presença de barreiras à entrada de novos competidores, tanto no mercado do produto principal quanto no mercado do produto vinculado, o que poderá ser comprovado a partir de modelos econômicos aplicados conforme a estrutura de cada mercado.

Deve-se também verificar a presença de barreiras à entrada no mercado do produto principal. Segundo o Professor Calixto SALOMÃO FILHO, "o casamento dos produtos representa, na verdade, um aumento de preços, criando a oportunidade para que novos competidores, mais eficientes, adentrem para vender o produto primário isoladamente"<sup>84</sup>. Por exemplo, em mercados em que a concorrência se dá pela diferenciação de produtos, sendo freqüente o surgimento de novas tecnologias, é improvável que um determinado agente econômico mantenha uma posição dominante sem a presença de barreiras à entrada. Na ausência dessas barreiras, novos concorrentes poderão entrar no mercado do produto principal, tornando a prática inviável. Contudo, na presença de barreiras à entrada em ambos mercados, uma estratégia de vendas casadas imposta por um agente econômico poderia permitir não apenas o fechamento do mercado do produto vinculado, mas também a manutenção de sua posição dominante no mercado do produto principal<sup>85</sup>.

Nota:

84 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas, p. 228.

85 É importante observar que uma venda casada que provoque a exclusão

de agentes econômicos dos mercados dos produtos principal e vinculado somente será capaz de causar efeitos anticoncorrenciais se a entrada nesses mercados for difícil e complexa. Ora, na ausência de barreiras à entrada, mesmo que a venda casada efetivamente resulte na exclusão dos concorrentes que já atuavam nos respectivos mercados, novos competidores poderão vir a se instalar, tornando inviável o sucesso da prática (cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 418).

## 2.6. Justificativas

Na presença dos elementos essenciais para a análise antitruste das vendas casadas – quais sejam: (i) existência de dois produtos; (ii) existência de poder de mercado; (iii) coerção; (iv) fechamento do mercado do produto vinculado – as autoridades antitruste poderão constatar que a prática de vendas casadas é potencialmente anticoncorrencial.

Contudo, como no Brasil as vendas casadas são sujeitas à análise antitruste pela regra da razão, é preciso verificar se a prática, mesmo potencialmente anticoncorrencial, é justificada pela presença de eficiências econômicas. Mesmo que os testes comprovem que a prática de vendas casadas é prejudicial à livre concorrência, as autoridades deverão verificar se há eficiências que justifiquem a conduta<sup>86</sup>.

Nota:

86 Em seu voto dissidente no caso *Jefferson Parish*, a Juíza O'Connor aborda a questão dos testes na análise antitruste pela regra da razão: “ *These three conditions – market power in the tying product, a substantial threat of market power in the tied product, and a coherent economic basis for treating the products as distinct – are only threshold requirements. Under the rule of reason a tie-in may prove acceptable even when all three are met. Tie-ins may entail economic benefits as well as economic harms, and if the threshold requirements are met these benefits should enter the rule-of-reason balance* ” (M. FOX, Eleanor; A. SULLIVAN, Lawrence. PERITZ, Rudolph J. R. *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, p. 558).

Diversas são as justificativas plausíveis para a imposição de uma venda casada. Senão vejamos: (i) manutenção da qualidade do produto e reputação do fabricante; (ii) redução dos custos de transação; (iii) aumento dos retornos pela inovação; (iii) facilitação de entrada em mercados de difícil penetração, dentre outras. Sem dúvida, uma das justificativas mais utilizadas é a manutenção da qualidade dos produtos e reputação do fornecedor no mercado.

Geralmente, o agente econômico que se utiliza dessa justificativa procura demonstrar que a venda casada é um instrumento para garantir a qualidade de seus produtos, permitindo-lhe zelar pela sua reputação e imagem no mercado. No caso Kodak, por exemplo, a necessidade de manutenção de qualidade foi um dos argumentos da defesa. Ao condicionar a aquisição das peças de reposição à prestação de serviços de manutenção, a Kodak estaria de certa forma garantindo o funcionamento adequado do produto após sua manutenção. No entanto, essa justificativa foi rejeitada pela Suprema Corte por ter sido comprovado que as ISOs prestavam esse mesmo serviço de forma eficiente e a preços mais competitivos do que aqueles praticados pela Kodak.

Conforme se pode aferir da jurisprudência norte-americana, argumentos baseados na manutenção da qualidade do produto para justificar a imposição de uma venda casada não costumam ser acatados pelos julgadores, uma vez que existiriam outros meios menos nocivos à concorrência que poderiam ser utilizados para esse fim, tais como a especificação prévia de requisitos mínimos de qualidade para bens e serviços<sup>87</sup>.

Nota:

87 Segundo SULLIVAN e GRIMES, “ *in most instances, a manufacturer confronting a potential quality control image problem can adequately address that problem without imposition of a tie. For example, a manufacturer can specify the nature of input products or replacement parts that must be used in order for the product to function well* ” (op. cit., p. 399-400).

No entanto, a manutenção da qualidade será quase sempre uma justificativa plausível nas relações entre franqueador e seus franqueados, tendo em vista que estes deverão cumprir uma série de condicionantes necessárias, inerentes a esse tipo de relação contratual, dentre elas, zelar pela qualidade dos produtos distribuídos ou fabricados sob a marca do franqueador. Resta evidente, nesse caso, que o franqueador, por ser titular da marca, deve garantir um certo controle de qualidade sobre os produtos comercializados por sua rede de franqueados<sup>88</sup>.

Nota:

88 O Professor Fábio Konder COMPARATO, ao abordar esse assunto, lembra que “há casos evidentes, em que a complexidade e a novidade do produto a ser fabricado pelo licenciado, com a marca do licenciador, justifica a imposição de uso de determinado insumo ou equipamento, para garantia de manutenção do mesmo nível de qualidade do produto” (op. cit., p. 63).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verificação dos elementos essenciais para a análise antitruste das vendas casadas pode ser um instrumento valioso a auxiliar as autoridades de defesa da concorrência na investigação dos indícios necessários para sua caracterização como ilícito antitruste, sendo que a jurisprudência norte-americana é uma valiosa fonte de pesquisa para o estudo desses elementos.

No caso *Jefferson Parish*, os testes aplicados pela Suprema Corte norte-americana acabaram por estabelecer um paradigma que até hoje influencia autoridades antitruste do mundo todo. Assim, os elementos para a análise antitruste das vendas casadas poderão ser obtidos por meio de testes que comprovem a existência de (i) dois produtos, (ii) poder de mercado, (iii) coerção, e (iv) fechamento do mercado. Comprovada a presença desses elementos, a prática poderá ser considerada uma infração à ordem econômica.

Contudo, vale ressaltar que a prática pode ser facilitada pela presença de assimetrias de informação no mercado que, se bem exploradas pelo fornecedor, podem distorcer as possibilidades de escolha do adquirente, principalmente nos casos de dependência econômica, que se caracteriza pela inexistência de alternativas razoáveis. Dessa forma, podemos afirmar que, quanto menor o fluxo de informações para o consumidor, mais provável será o sucesso de uma estratégia de vendas casadas.

Ademais, a prática também terá maior probabilidade de sucesso na presença de barreiras à entrada de novos competidores, tanto no mercado do produto principal quanto no mercado do produto vinculado. No mercado do produto principal, as barreiras à entrada permitem que o fornecedor mantenha sua posição dominante, enquanto que, no mercado do produto vinculado, possibilitam a exclusão efetiva de seus concorrentes e impedem também a entrada de novos agentes econômicos.

Por fim, é sempre bom lembrar que, mesmo que os testes comprovem a presença dos elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica, se deve verificar se há eficiências econômicas que justifiquem a conduta. Na presença dessas eficiências, a conduta não deverá ser considerada ilícita, mas sim uma prática bem aceita pelo mercado e pelos consumidores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHLBORN, Christian; EVANS, David S.; PADILLA, Jorge. The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to *Per se* Illegality. In: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004.

BADIN, Arthur. Vendas casadas: Interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 5, 2005.

BORK, Robert H. BORK. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1993.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo : *Revista dos Tribunais*, 1997.

KRATTENMAKER, Thomas; SALOP, Steven. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Market Power over Price. *Yale Law Journal*, n. 96.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, nº 18, 1975.

FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Economia institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência. In: POSSAS, Mário (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

\_\_\_\_\_. *Contrato de distribuição*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A.; Peritz, Rudolph J.R. *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*. 2th edition. Saint Paul, Minn.: Thomson West, 2000.

FUJIWARA, Thomas. O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados. *Revista do IBRAC*, v. 11, n. 1, p. 17-31.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, Willian E. *Antitrust Law and Economics*. 4th edition. Saint Paul , Minn. : West Group, 1994.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. Third Edition. Saint Paul , Minn. : Thomson West, 2005.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. Revista do IBRAC, v. 11, n. 1, 2004, p. 72-99.

MOURA E SILVA, Miguel. Inovação, transferência de tecnologia e concorrência: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Européia. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2001.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

POSNER, Richard. Antitrust Law. 2th edition. Chicago : The University of Chicago Press, 2001.

POSSAS, Mário. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. In: POSSAS, Mário (Coord.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo : Malheiros, 2002.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The Law of Antitrust: An Integrated Handbook. Saint Paul , Minn. : West Group, 2000.

WHINSTON, Michael D. Tying, Foreclosure and Exclusion. American Economic Review, v. 80, 1990.