

Venda casada: relato de um caso julgado¹

Jorge Gomes de Souza²

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE recebeu da Secretaria de Direito Econômico, para julgamento, o processo administrativo aberto contra a empresa Alfa³, que foi acusada de pressionar seus clientes a adquirirem somente materiais de sua fabricação ou de sua indicação. Em outras palavras, a empresa foi acusada de praticar "venda casada". Como tal, deve ser entendido o ato de uma empresa que, detendo poder de mercado, subordina a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço. Também é "venda casada" a subordinação da prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem, quando praticados por uma empresa que detenha poder de mercado.

Constatou-se que a empresa era líder no mercado de fotocopiadoras, no de prestação de serviços e no de material de consumo. Esses mercados são altamente oligopolizados, isto é, um pequeno número de empresas atende à quase totalidade da demanda. A Alfa produzia 77,7% das fotocopiadoras. A empresa colocada em segundo lugar ficava com 7,3%, e a em terceiro, com 6,1%. As demais ficam com 9% desse mercado. Detinha a Alfa 91% do mercado de prestação de serviços e no de material de consumo, constituído basicamente de "toner", revelador e cilindro sua participação era variável, em função do modelo de máquina, sendo a menor de 74% e a maior de 100%.

Do ponto de vista geográfico, ficou caracterizado que o mercado relevante era o nacional, embora a Alfa exportasse material de consumo e máquinas completas para outros países da América do Sul e Caribe.

Constavam do processo administrativo diversas cópias de contratos com informações de que materiais de consumo de outra procedência poderiam causar prejuízo às máquinas e a suspensão da assistência técnica. Ficou comprovado que técnicos da empresa se recusavam a instalar nas máquinas cilindros de outro fabricante.

1 Palestra proferida em São Paulo, no dia 12 de julho de 1995, durante o seminário "Defesa da Concorrência e Repressão ao Abuso do Poder Econômico". O evento foi promovido pelo SindusCon/SP - Sindicato da Indústria da Construção no Estado de São Paulo, e pelo IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo.

2 Advogado e Assistente Jurídico, de carreira, do Ministério da Justiça, Jorge Gomes de Souza exerce, atualmente como substituto, o cargo de Procurador-Geral do CADE.

3 O nome da empresa é fictício.

Em sua defesa, a Alfa alegou que as denúncias eram completamente infundadas e decorriam da preocupação da empresa de evitar que materiais de consumo, de procedência ignorada ou não qualificados tecnicamente, fossem utilizados em seus equipamentos, com reflexos sobre a qualidade das cópias produzidas. Segundo a empresa, havia riscos reais de danos aos equipamentos, além de ameaças relativas à segurança das instalações e dos clientes. Alegou também que não existia nos contratos a proibição de os locatários utilizarem outro material de consumo que não fosse o produzido por ela.

Julgando o processo administrativo, o CADE concluiu que a conduta da empresa representava uma antítese da livre concorrência. A cláusula contratual em questão devia ser repelida de forma veemente, pois constituía uma forma artilosa de impedir a livre disponibilidade de fornecedores no mercado, restringindo a liberdade de escolha dos clientes, mediante pressão com o objetivo de promover a dominação de mercado. Dessa forma, além de praticar a conduta de venda casada, a empresa estava criando dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa, igualmente vedada pela Lei de Defesa da Concorrência. Para a aplicação da pena de multa, o CADE considerou os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, em torno de 90.000 clientes e 180.000 máquinas copiadoras instaladas; a potencialidade de danos ao mercado e os prejuízos causados aos concorrentes, com a devolução de material de consumo; e as ilegítimas vantagens comerciais auferidas, e multou a empresa ao pagamento de multa, no valor de 25 bilhões de cruzeiros (aproximadamente um milhão de dólares). A empresa também foi condenada: a) a excluir de seus contratos de assistência técnica a cláusula que obrigava seus clientes a somente adquirir materiais de consumo por ela especificados; b) a alterar seus contratos para constar a notificação para a cobrança de custos adicionais por danos causados por material de terceiros. A notificação seria acompanhada de laudo técnico, demonstrando ter sido o produto de outro fornecedor o responsável pelo problema; c) a submeter a aprovação do CADE, proposta de alteração dos contratos; d) a abster-se de comentários sobre a qualidade do material de consumo de seus concorrentes, orientando seus empregados no mesmo sentido, inclusive quanto à necessidade de ajustar a máquina para acomodar o seu próprio material ou de terceiros.

Por certo inconformada com a decisão do CADE, a Alfa ajuizou na Justiça Federal de Brasília uma ação cautelar, para suspender os efeitos das penalidades. O juiz concedeu a liminar, mediante depósito da multa, estando a questão *sub judice*.

Trouxe este caso aos senhores, com vários objetivos. Um deles é para demonstrar que a possibilidade de prejuízo à livre concorrência é mais efetiva e mais próxima da gente, do que se imagina. A figura da venda casada, imposta

por empresas que detêm poder de mercado, está bem ali, na nossa frente. Esbarramos com ela muitas vezes. Ela está na compra do cimento com a imposição de transporte; está na propaganda de que as peças automotivas de outros fabricantes causam defeito em nossos carros; está na afirmação de que somente os serviços autorizados possuem competência técnica para a prestação de consertos ou reparos.

Uma razão é dizer-lhes, de forma sucinta, do processo administrativo. Ele tem início com o conhecimento, pelo Secretário de Direito Econômico, da ocorrência de determinada conduta, tida por ilegal. Mediante despacho, determinará que fatos devam ser apurados e que o acusado apresente defesa. Com ou sem a defesa do interessado (nessa hipótese, considerado revel), são realizadas as diligências e colhidas as provas. O Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, é informada da abertura do processo administrativo, podendo prestar esclarecimento sobre os fatos em apuração. Concluída a instrução processual, o representado apresenta sua defesa final. Se concordar com ela, o Secretário de Direito Econômico determinará o arquivamento do processo, recorrendo de sua decisão para o CADE. Caso contrário, isto é, se o Secretário entender que está configurada a infração à ordem econômica, encaminhará do processo ao CADE, para julgamento.

Um aspecto interessante de se ressaltar é que não cabe recurso contra a decisão do CADE, que julga processo administrativo. Se o interessado não se conformar com a decisão, o que normalmente acontece, a única saída possível é o ajuizamento de uma ação na Justiça.

Um outro motivo é deixar claro que só pode praticar infração à legislação de defesa da concorrência quem detenha poder de mercado, isto é, capacidade econômica do agente para determinar preço, acima dos limites estabelecidos em um mercado competitivo. Esse poder é objeto de apuração no processo administrativo, que analisa alguns aspectos técnicos, como posição de dominância, mercado relevante em relação ao produto, em termos geográficos, em função da substitutibilidade. De qualquer sorte, a preocupação com esses aspectos não deve ser da empresa prejudicada. A única coisa que ela deve saber é se está ou não sendo prejudicada por um concorrente mais forte.

Em algumas situações excepcionais, pode existir uma razão específica para que o agente econômico adote um comportamento que, aparentemente, viola a lei de defesa da concorrência. Esse proceder, esse agir, devidamente motivado, é que caracteriza o princípio da razoabilidade. Se existe uma razão a justificar certo procedimento, não se pode ver na conduta qualquer abusividade. O contrário, a ausência de motivos implica um agir desmotivado, desarrazoado mesmo, caracterizando uma conduta ilícita, do ponto de vista

do mercado. No caso, aqui relatado da empresa Alfa, não existiria nenhuma problema, relativamente àquelas cláusulas contratuais, se ficasse comprovado que os produtos dos concorrentes causavam qualquer tipo de dano às máquinas ou ao serviço produzido. Entretanto, essa comprovação não se fez, portanto não existia nenhuma razão para a inclusão da cláusula nos contratos. Em realidade, a conduta da empresa Alfa também foi objeto de análise nos Estados Unidos da América, e lá, de modo idêntico ao daqui, os órgãos de defesa da concorrência não constataram qualquer problema com os produtos dos concorrentes, quando utilizados nas máquinas copadoras da empresa. A prática de vinculação de produto a serviço, adotada pela empresa, era prejudicial à concorrência, porque inibia a expansão do mercado. É de se ter em conta que, como fabricante de copadoras, que as vende ou aluga, a empresa aproveitou-se do poder de mercado que detém na prestação de assistência técnica aos equipamentos de sua fabricação, para impor outro produto, o de consumo. O prejuízo ao mercado está na impossibilidade de nele continuar as empresas que somente produzem ou comercializam produtos de consumo. Dada a falta de compradores, outras empresas não encontrariam razões para ingressar nesse mercado.

De qualquer modo, é importante assinalar que os órgãos de defesa da concorrência preocupam-se com a possibilidade de impacto anticoncorrencial, buscando elementos que caracterizem o mercado relevante, a participação da empresa nesse mercado. Enfim, avalia-se a potencialidade de dano ou o dano causado à concorrência.

O segmento da indústria da construção civil, por certo, não escapa aos riscos da abusividade, quanto à concorrência. Muitas vezes por ignorância, outras por receio de um prejuízo maior, determinadas condutas claramente prejudiciais à concorrência deixam de ser informadas aos órgãos de defesa da concorrência. No caso relatado, por certo, a empresa Alfa continuaria com seus contratos gravosos, impedindo que seus concorrentes se desenvolvessem. Entretanto, algumas empresas tiveram coragem de comunicar o fato às autoridades, como o resultado aqui relatado. Para que os órgãos competentes atuem, não é preciso muito coisa, basta que se comunique, à Secretaria de Direito Econômico, o fato concreto. Ela o analisará e constatando indícios de abusividade, instaurará processo administrativo, que não poderá ser arquivado, sem que seja julgado pelo CADE.

Uma aspecto importante sobressai do que foi até agora afirmado: o autor do prejuízo é sempre um agente econômico, entretanto o prejudicado não é uma empresa específica, mas a totalidade das empresas que compõe determinado mercado, ou seja, a própria concorrência. Nesse sentido, os órgãos de defesa da concorrência não estão preocupados com o possível prejuízo que uma empresa teve, pelo comportamento anticoncorrencial de

outra. Nem mesmo é o CADE o lugar apropriado para a resolução desse tipo de conflito. Sua preocupação é com o mercado. Mal comparando, o mercado é um rio. Em certas épocas, afloram escolhos, prejudicando o livre trânsito. A função do CADE é justamente retirar do rio as barreiras ao livre trânsito, e portanto, à livre concorrência, permitindo que ele siga seu fluxo normal.

É o que eu queria dizer para os senhores. Muito obrigado.