



OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICONCORRENCIAL

THE NEGATIVE EFFECTS OF ANTI-COMPETITIVE TYING

EFFECTOS NEGATIVOS DE LA VINCULACIÓN ANTICOMPETITIVA

Angelo Martin Lim¹

e524856

<https://doi.org/10.47820/recima21.v5i2.4856>

PUBLICADO: 02/2024

RESUMO

Este artigo tem por objetivo principal apresentar um panorama sobre as vendas casadas e seus efeitos negativos sob a ótica do direito concorrencial. O estudo, inicialmente, aborda noções gerais de certos institutos fundamentais do direito concorrencial. Posteriormente, é apresentada definição de venda casada, sob o enfoque do direito concorrencial, e os critérios para aferição de sua ilicitude. Por fim, são apresentados os principais efeitos anticoncorrenciais ocasionados pelas vendas casadas citadas pela doutrina, em cotejo com casos emblemáticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito concorrencial. Venda casada. Critérios de aferição da ilicitude. Efeitos anticoncorrenciais.

ABSTRACT

This article aims to provide an overview of tied sales and their negative effects from the perspective of competition law. The study covers general concepts of certain fundamental aspects of competition law. Subsequently, it presents the definition of tied arrangements from the competition law perspective and the criteria for assessing its unlawfulness. Finally, it highlights the main anticompetitive effects caused by tied arrangements as discussed in the doctrine, along with emblematic cases.

KEYWORDS: Competition law. Tied arrangements. Criteria for assessing unlawfulness. Anticompetitive Effects.

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es presentar una visión general de las ventas vinculadas y sus efectos negativos desde la perspectiva del derecho de la competencia. El estudio aborda nociones generales de ciertos institutos fundamentales del derecho de la competencia. Posteriormente, se presenta una definición de venta vinculada, bajo el enfoque del derecho de la competencia y los criterios para evaluar su ilegalidad. Por último, se presentan los principales efectos anticompetitivos causados por las ventas vinculadas citadas por la doctrina, en comparación con casos emblemáticos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia. Ventas vinculadas. Criterios para evaluar la ilegalidad. Efectos anticompetitivos.

¹ Advogado atuante na área de contencioso cível. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especializado e mestrando em Direito Processual Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



1. INTRODUÇÃO

De modo generalista, o objetivo da política de defesa da concorrência consiste na proteção do processo competitivo. Nesse sentido, segundo Herbert Hovenkamp¹, as leis antitruste visam garantir a manutenção da competição nos mercados, de modo que os preços praticados pelos agentes não sejam excessivos, porém suficientes para cobrir os custos das empresas e adequados para incentivar a inovação.

O monopólio encontra-se no lado oposto da concorrência. O monopolista, por ser o único vendedor de certo produto ou serviço², dita as regras do jogo de forma unilateral, “*neutralizando as forças normas que regeriam o mercado*”³.

Nesse contexto, não se pode olvidar que os monopólios exercidos por um único produtor que detenha o controle absoluto da oferta são quase impossíveis de existirem no mundo real. Disso decorre que, quando se faz referência à “*posição monopolista*”, o agente econômico não necessariamente é o único a atuar no mercado relevante, mas possui poder econômico suficiente para atuar com independência e indiferença em relação aos outros agentes (sejam eles concorrentes, agentes de outros mercados ou consumidores).

Nessa ordem de raciocínio, Calixto Salomão Filho aponta que a noção de *poder de mercado* não se encerra à possibilidade de o agente aumentar preços por intermédio da redução de oferta de um bem, mas sim “*possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade, ou pequena participação e maior lucratividade*”⁴.

O problema, no entanto, não reside na simples concentração econômica (que pode ocorrer naturalmente, devido à eficiência do agente econômico), mas sim na possibilidade de exercício arbitrário proporcionada pela posição de monopólio. O abuso dessa posição monopolista é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico, nos termos do artigo 36, inciso IV, da Lei nº 12.529/11:

“Constituem infração da 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; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

As vendas casadas se inserem justamente nesse cenário, pois é considerada uma das condutas mais triviais que se caracterizam como prática abusiva do agente que detém a posição de monopólio.

¹ HERBERT HOVENKAMP, *The antitrust enterprise - Principle and execution*, Cambridge, Harvard University, 2005, p. 13

² “A monopoly is a single supplier to the market. This firm may choose to produce at any point on the market demand curve” (CHRISTOPHER SNYDER; WALTER NICHOLSON, *Microeconomic theory: Basic principles and extensions*, 11 ed., Cengage Learning, 2012, p. 449)

³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª Edição. São Paulo: RT, 2010. p. 275.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 142-143.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORCORRENCIAL
Angelo Martin Lim

O presente artigo se propõe a analisar os critérios para se identificar a ilicitude das vendas casadas sob a ótica antitruste, com enfoque nos principais efeitos anticoncorrençiais que tal conduta pode gerar no mercado.

2. Conceito de venda casada e critérios para se identificar sua ilicitude

No âmbito normativo, o artigo 36, § 3º, inciso XVIII, da Lei nº 12.529/11, traz a definição de venda casada, caracterizada pela conduta de “*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*”.

Trazendo outros elementos caracterizadores dessa prática típica de abuso de posição dominante, Guilherme Favaro Corvo Ribas leciona que:

“venda casada anticoncorrencial é uma prática restritiva vertical exclusionária em que um agente econômico subordina a venda de um determinado produto ou serviço à aquisição de outro bem ou serviço, por ele ou por terceiros produzido ou ofertado, ou à aceitação de que um produto ou serviço ofertado por terceiro não será adquirido”⁵.

Malgrado o conceito de vendas casadas seja aparentemente de fácil compreensão, a identificação da prática de tal conduta nos casos concretos nem sempre é tarefa simples.

Isso porque, a princípio, é fato que todos os produtos ou serviços colocados no mercado podem ser divididos, ou seja, decompostos em componentes menores que, em tese, poderiam ser vendidos separadamente. Por exemplo: os sapatos são vendidos em pares, as canetas são vendidas com suas tampas, os carros são vendidos com pneus, hotéis às vezes oferecem café da manhã vinculados à estadia do hóspede.

Exatamente por isso, como explica Paula Forgioni:

“em qualquer julgamento que trate de vendas casadas, haverá um ‘corte artificial’ que distingue a vinculação normal, inerente ao produto, daquela anticompetitiva”, de modo que “estremos diante de apenas um produto quando não houver procura compensatória para ambos separados”.⁶

Outro ponto relevante que se deve ter em mente quando o assunto são as vendas casadas é o fato de que tal prática pode proporcionar eficiências e benefícios. Isso porque, a comercialização conjunta de produtos ou serviços distintos pode resultar na diminuição de custos de produção, bem como na redução dos custos de transação e de informação para os consumidores, proporcionando-lhes maior conveniência e variedade. Nesse sentido, Christian Ahlborn, David S. Evans e A. Jorge Padilla, assentam o seguinte:

⁵ RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo : Singular, 2011, p. 67-68.

⁶Ibidem, p. 321.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORRENCIAL
Angelo Martin Lim

“The other robust statement about tying is that it typically involves both costs and benefits. Tying may result in lower production costs. It may also reduce transaction and information costs for consumers and provide them with increased convenience and variety. The pervasiveness of tying in the economy shows that it is generally beneficial—it could not survive in competitive markets if it were not. Tying may also cause harm. This could happen when the tying firm enjoys monopoly power and tying leads to the exclusion of competitors; it could not happen when the tying firm lacks significant market power”.⁷

Não obstante as eficiências e benefícios proporcionados pelas vendas casadas, é inegável que tal prática também tem o condão de ocasionar danos à concorrência, sobretudo nas hipóteses em que a empresa que perpetra tal conduta possui poder de mercado e a venda casada leva, por exemplo, à exclusão de concorrentes.

Em virtude de todos esses aspectos que circundam a definição de venda casada anticoncorrencial, Paula Forgioni⁸ aponta os seguintes elementos caracterizadores de tal conduta:

- (i) Existência de produto principal e um produto imposto;
- (ii) Coerção para o adquirente do produto;
- (iii) Fornecedor deve ser titular de poder de mercado.

3. EFEITOS ANTICORRENCIAIS DA VENDA CASADA

A identificação de efeitos anticoncorrenciais da venda casada é critério que melhor distingue a licitude ou a ilicitude de tal conduta, quando perpetrada por agente detentor de poder de mercado.

Isso porque, como visto, em diversas situações, as vendas casadas proporcionam eficiências ao juntar dois produtos complementares, promovendo o fornecimento de bens mais baratos e melhores. No entanto, em outras situações, as vendas casadas podem gerar efeitos anticoncorrenciais que devem ser coibidos pelas autoridades competentes.

A seguir, serão apresentados os principais efeitos anticoncorrenciais ocasionados pelas vendas casadas citadas pela doutrina, em cotejo com casos emblemáticos.

3.1. Aumento na participação no mercado de produto subordinado: a teoria da alavancagem

O primeiro efeito que se nota quando uma empresa se vale do poder de monopólio em um mercado para vender, de forma casada, um bem de um segundo mercado é o aumento artificial de sua participação no mercado desse bem subordinado. Tal efeito anticoncorrencial da venda casada, de forma sintética, resume a teoria da alavancagem (“*Leverage Theory*”).

Nesse sentido, Lawrence Sullivan e Warren Grimes, definem a teoria da alavancagem da seguinte forma:

⁷ Christian Ahlborn, David S. Evans e A. Jorge Padilla, *The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality* – disponível em <https://www.justice.gov/atr/antitrust-economics-tying-farewell-se-illegality> - acessado em 02.11.2023.

⁸ *Ibidem*, p. 321.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORRENCIAL
Angelo Martin Lim

"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".⁹

Importante destacar que, no ano de 1917, a teoria da alavancagem ganhou repercussão ao ser aplicada no caso *Motion Picture patents vs. Universal Film Co.* Richard Posner lembra que o cerne da controvérsia nesse caso era o *"patent misuse"*, ou seja, aferir se o titular de patente estendia de forma indevida o direito de exclusividade a produtos não patenteados, e não exatamente a configuração de venda casada.¹⁰

Não obstante, o entendimento sedimentado pela Suprema Corte americana no mencionado caso serviu para fixação de parâmetros econômicos relativos à venda casada, repercutindo e influenciando a doutrina e jurisprudência até os dias atuais. Note-se o seguinte excerto do julgado:

"license notice that the public is benefited by the sale of the machine at what is practically its cost, and by the fact that the owner of the patent makes its entire profit from the sale of the supplies with which it is operated. This fact, if it be a fact, instead of commending, is the clearest possible condemnation of the practice adopted, for it proves that, under color of its patent, the owner intends to and does derive its profit not from the invention on which the law gives it a monopoly, but from the unpatented supplies with which it is used, and which are wholly without the scope of the patent monopoly, thus in effect extending the power to the owner of the patent to fix the price to the public of the unpatented supplies as effectively as he may fix the price on the patented machine".¹¹

Com efeito, a teoria da alavancagem recebeu críticas por parte dos neoclássicos da Escola de Chicago, que se apoiaram nas lições de Bowman¹², segundo o qual o adquirente de certo produto não pagaria por dois produtos em valor superior à soma das quantias correspondentes ao preço de monopólio do produto principal e o preço competitivo do produto vinculado.

Na década de 90, as conclusões da Escola de Chicago quanto à licitude das vendas casadas foram criticadas, de modo que a teoria da alavancagem voltou a ter destaque como fundamento dos efeitos anticoncorrenciais de tal prática¹³, seja porque as teorias neoclássicas partia da equivocada premissa no sentido de que o mercado do produto subordinado é perfeitamente competitivo, seja porque tais teorias não assumiram a possibilidade de as vendas casadas serem facilitadas pela presença de assimetrias de informação no mercado a distorcer as possibilidades de escolha do adquirente. Nessa esteira, Calixto Salomão Filho leciona que:

⁹ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Saint Paul, Minn.: West Group, 2000. P. 384.

¹⁰ POSNER, Richard. *Antitrust Law*, p. 198.

¹¹ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917) - <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/502/> - acessado em 02.11.2023.

¹² BOWMAN. *Tying arrangements and the Leverage Problem*. *Yale Law Journal*, v. 67, 1957.

¹³ WHINSTON, Michael D. *Tying, Foreclosure and Exclusion*. *American Economic Review*, v. 80, 1990.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORRORRENCIAL
Angelo Martin Lim

“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”.¹⁴

Portanto, hodiernamente, é possível concluir que, sob o enfoque do direito concorrencial, é considerada perniciosa a situação na qual uma empresa se utiliza do monopólio detido em um determinado mercado para aumentar artificialmente sua participação em segundo mercado por meio da venda casada.

4. FECHAMENTO DO MERCADO

A venda casada pode também ocasionar o fechamento (*foreclosure*) ou o aumento de barreiras no mercado, seja no do produto principal, seja no do subordinado.

Nesse sentido, a Comissão Europeia apontou que o principal efeito anticoncorrencial da venda casada seria o fechamento do mercado. É o que se extrai do item 193 das Orientações relativas à aplicação do artigo 81^o do Tratado CE¹⁵. Note-se:

“O principal efeito restritivo da subordinação consiste em excluir os fornecedores concorrentes do produto subordinado. A subordinação pode igualmente permitir que o licenciante mantenha poder no mercado do produto subordinado criando obstáculos à entrada, uma vez que pode forçar os novos candidatos a entrarem simultaneamente em vários mercados. Além disso, a subordinação pode igualmente permitir ao licenciante aumentar as royalties, em especial quando o produto subordinante e o produto subordinado são potencialmente substituíveis e os dois produtos não são utilizados em proporções fixas. A subordinação impede o licenciado de passar a utilizar produtos de substituição quando as royalties aumentam relativamente ao produto subordinado. Estes problemas de concorrência são independentes do facto de as partes no acordo serem ou não concorrentes. Para que a subordinação possa ter efeitos anticoncorrenciais, o licenciante deve dispor de um grau significativo de poder de mercado relativamente aos produtos subordinantes para poder restringir a concorrência relativamente aos produtos subordinados. Na ausência de poder de mercado relativamente ao produto subordinante, o licenciante não pode utilizar a sua tecnologia com um objectivo anticoncorrencial e excluir os fornecedores do produto subordinado. Para além disso, tal como no caso das obrigações de não concorrência, a subordinação deve cobrir uma certa proporção do mercado do produto subordinado para que possam existir efeitos de encerramento significativos do mercado. Quando o licenciante se encontra melhor posicionado no mercado do produto subordinado do que no do produto subordinante, a restrição é considerada uma cláusula de não concorrência ou uma obrigação quantitativa, devido ao facto de qualquer problema de concorrência ter a sua origem no mercado do produto «subordinado» e não no do produto «subordinante»”.

Nesse contexto, o exemplo mais citado pela doutrina para exemplificar o efeito do fechamento do mercado em decorrência da venda casada é o caso *Microsoft*.

¹⁴ Ibidem, p. 202.

¹⁵ Jornal Oficial da União Europeia, 27.04.2004 - <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0002:0042:PT:PDF> – acessado em 02.11.2023.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORCORRENCIAL
Angelo Martin Lim

A título de contextualização, em meados dos anos 90, o mundo presenciou o início da expansão da internet. Nesse cenário, em 1994 tornou-se popular o navegador de internet da empresa Netscape.

A expansão da popularidade do *browsers* da Netscape chamou a atenção da gigante Microsoft, a qual, à época, possuía cerca de 90% do mercado de sistemas operacionais.

Em virtude do poder de mercado da Microsoft no mercado de sistemas operacionais, qualquer empresa que almejasse obter sucesso no mercado de *browsers* deveria compatibilizar seus programas ao Windows.

Ocorre que a Microsoft, passou a disponibilizar o seu sistema operacional Windows (produto principal) em conjunto com o navegador Internet Explorer (produto subordinando).

Como efeito dessa espécie de venda casada praticada pela Microsoft, o navegador Internet Explorer passou a ter um *market share* cada vez mais próximo da parcela de mercado que a empresa detinha no ramo de sistemas operacionais, o que culminou na derrocada da Netscape.

Tal conduta da Microsoft ensejou a demanda judicial *United States vs. Microsoft Corporation*, de modo que o Departamento de Justiça Norte-Americano concluiu que a Microsoft não visava apenas a alavancagem no mercado secundário de navegadores de internet, mas sim criar barreiras de entrada no próprio mercado principal de sistema operacional, tendo em vista a ameaça vislumbrada em relação aos players do mercado de navegadores.

Esse é um exemplo clássico de fechamento do mercado por meio da venda casada, sendo nítido o efeito negativo de sua prática sob o enfoque do direito concorrencial, na medida em que restringe artificialmente as opções dos consumidores.

4.1. Discriminação entre os Adquirentes

Lawrence Sullivan e Warren Grimes¹⁶ apontam que a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente consiste em outro efeito negativo da venda casada sob a ótica do direito concorrencial.

Para ilustrar tal discriminação dos preços visando a maximização dos lucros em relação aos adquirentes, a doutrina cita o caso *International Business Machines (IBM) vs. United States*, do ano de 1936.

A época, a IBM possuía 80% do mercado de computadores que necessitava de cartões perfurados para inserção de dados. A IBM distribuía os computadores por intermédio de contratos de *leasing* condicionados à utilização exclusiva dos cartões perfurados fabricados pela empresa, os quais eram vendidos por altos valores.

Com essa conduta, a IBM conseguia atrair consumidores que não faziam muito uso dos computadores, mas forçava com que os consumidores que faziam intenso uso das máquinas a pagar elevados valores, maximizando os lucros em relação a cada perfil de consumidores.

¹⁶ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORRENCIAL
Angelo Martin Lim

Por fim, para além dos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da venda casada mais citadas pela doutrina, importante destacar que, conforme lição de Paula Forgioni, outros efeitos negativos podem ser constatados, tais como, contorno da fiscalização dos preços em mercados regulamentados, escoamento de produtos de pouca aceitação, encobrimento de preços predatórios e diminuição do leque de escolha do adquirente.

5. CONSIDERAÇÕES

Diante desse breve panorama sobre a prática de vendas casadas, sob o enfoque do direito da concorrência, é possível concluir, em primeiro lugar, que a venda casada é prática ubíqua, que não necessariamente consiste em prática abusiva.

Mais do que isso, as vendas casadas podem ser benéficas ao mercado, tendo em vista que podem proporcionar eficiências, como a diminuição do preço, custos de produção, beneficiando os consumidores.

As vendas casadas, contudo, podem configurar atos ilícitos nos casos em que um agente, com poder de mercado, utiliza tal prática de forma anticoncorrencial.

Nesse cenário, os elementos caracterizadores da ilicitude auxiliam na identificação da ilicitude de tal conduta, quais sejam. Tais elementos caracterizadores são: (i) existência de produto principal e um produto imposto; (ii) coerção para o adquirente do produto; (iii) fornecedor deve ser titular de poder de mercado, com condão de gerar efeitos negativos no mercado.

Ademais, necessário se atentar aos efeitos negativos da venda casada, dentre os quais, a doutrina comumente cita, dentre outros, (i) o aumento na participação no mercado de produto subordinado: a teoria da alavancagem; (ii) o fechamento do mercado; e (iii) a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente.

REFERÊNCIAS

AHLBORN, Christian; EVANS, David S.; PADILLA, Jorge A. **The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality**. Antitrust Bulletin: Spring, 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/antitrust-economics-tying-farewell-se-illegality>. Acessado em: 02 nov, 2023.

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

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise - Principle and execution**, Cambridge: Harvard University, 2005.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0002:0042:PT:PDF>. Acessado em: 02 nov. 2023.

POSNER, Richard. **Antitrust Law**. [S. l.: s. n.], s. d. p. 198.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICORRENCIAL
Angelo Martin Lim

RIBAS, Guilherme F. C. **Direito Antitruste e propriedade intelectual**: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Singular, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SNYDER, Christopher; NICHOLSON, Walter. **Microeconomic theory**: Basic principles and extensions. 11. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust**: An Integrated Handbook. Saint Paul, Minn: West Group, 2000. P. 384.

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