
**A VIOLAÇÃO DA ESTRUTURA CONCORRENCIAL: O EXERCÍCIO DA
POSIÇÃO DOMINANTE E DO PODER DE MERCADO
POR VIA DA VENDA CASADA**

***VIOLATION OF COMPETITIVE STRUCTURE: EXERCISE OF
DOMINANT POSITION AND MARKET POWER FOR THE TYING***

MARCOS ANTÔNIO NUNES DA SILVA

Experiência Acadêmica e Profissional nas áreas de Direito Empresarial, Econômico, Civil, Contratual, Responsabilidade Civil e Direito do Trabalho. Pós Graduado em Processo Civil (PUCPR), LLM em Direito Empresarial Aplicado (Escola da Gestão da Indústria/FAMEC/FIEP). Membro Participante do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual da PUC (PR). Formado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (Paraná). Membro desenvolvedor de pesquisa acadêmica na forma de Projeto de Iniciação Científica (PIC). Titular da Marcos Nunes Advocacia e Consultoria Jurídica.

SANDRO MANSUR GIBRAN

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Empresarial no Centro de Estudos Jurídicos do Paraná e na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Advogado.

RESUMO

O trabalho desenvolvido aborda a tutela da ordem econômica nacional. Tem por objetivo segmentar esta proteção da estrutura mediante a sondagem da legislação pertinente e a possibilidade de sua aplicação em determinado momento concreto em que observada a possibilidade de violação da ordem jurídica desejada, no que diz respeito ao aspecto econômico. Aborda, portanto, condutas específicas como a livre iniciativa, a livre concorrência e a possibilidade de suas infringências pela posição dominante indevidamente exercida e exteriorizada em poder de mercado, tendo para tal prática a utilização da venda casada. Ao analisar estas hipóteses são conjugados textos de ordem constitucional e de legislação hierarquicamente inferior ao texto maior. Como resultado deste trabalho, espera-se conduzir o leitor a compreender parcela da estrutura concorrencial no Brasil, normas básicas que tutelam a livre concorrência e a hipótese de violação deste sistema por práticas consideradas abusivas no mercado.

PALAVRAS-CHAVE: Ordem econômica; Princípios Constitucionais; Livre Iniciativa; Livre concorrência; Posição dominante; Venda casada.

ABSTRACT

The work addresses the protection of national economic order. Aims to target this protection of the economic structure by probing the relevant legislation and the possibility of its application in certain concrete moment you observe potential violations of law required, with regard to the economic aspect. Addresses, so specific behaviors such as free enterprise, free competition and the possibility of infringements by their dominant position improperly exercised and externalized in market power, and to this practical use of bundling. By analyzing these hypotheses texts of constitutional order and hierarchically inferior to larger text legislation are conjugated. As a result of this work is expected to lead the reader to understand the

plot of the competitive structure in Brazil, basic standards that protect free competition and potential infringement of this system by snag abusive market practices.

KEYWORDS: Economic Order; Constitutional principles; Free Initiative; Free competition; Dominance; Tying.

INTRODUÇÃO

A ordem econômica nacional fora objeto de preocupação específica na elaboração do texto constitucional de 1988. Recebendo capítulo específico na Carta Republicana, os assuntos a ela revoltos tomaram *status* de verdadeiros princípios, e, por tal, defluem destes programas constitucionais as diretrizes básicas para a solidificação da economia nacional ordenada.

A livre iniciativa e a livre concorrência ganharam seus papéis de destaque nesta seara principiológica, aquela no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, essa no inciso IV.

A liberdade que antecede a iniciativa e a concorrência não são corolários intocáveis. Há, assim, uma liberdade medidamente vigiada, não sendo permitida qualquer conduta abusiva que possa usurpar as concessões daquela livre iniciativa e as possibilidades da concorrência.

Incorreto, pois, conceber o Estado como agente distante das práticas comerciais particulares. Em contrário, por órgãos vinculados à administração pública e por força do próprio poder judiciário todo exagero é fiscalizado e devidamente sancionado.

Para o presente artigo, a constatação de conduta abusiva é observada no exercício indevido da posição dominante, praticada como verdadeiro poder de mercado, ambos definidos em suas nuances nas linhas abaixo.

A venda casada se perfaz neste contexto como forma de concretização de condutas que podem na conjuntura do mercado dar condições ao arbítrio do poder de mercado, ou seja, o uso censurável de posição dominante não conquistada naturalmente.

Entra em cena, pois, os arquétipos constitucionais, estabelecendo programas preventivos que mais tarde se concretizariam em estamentos infraconstitucionais com potencial legal suficiente a reprimir condutas lesivas às ordens da livre iniciativa e livre concorrência.

2 A ESTRUTURA LEGAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A ORDEM ECONÔMICA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

A Constituição Federal dedicou em sua estrutura capitulação específica para cuidar da ordem econômica nacional, o que não poderia se esperar diferente, vez que o interesse estatal deve efetivamente se assentar em políticas públicas e privadas para o avanço econômico positivo do país.

O título VII da Carta Republicana enuncia, pois, as diretrizes programáticas no plano da ordem econômica financeira nacional, com o capítulo I que enreda os “princípios gerais da atividade econômica” (BRASIL, 1988).

É deste momento constitucional que se vislumbram normas jurídicas orientadoras do sistema econômico, inauguradas no artigo 170 da Constituição Federal.

Do *caput* do citado dispositivo é de se observar que dentre os valores ali enunciados, está erigido como princípio efetivo, a livre iniciativa, que implica no fato de que o Estado tem em sua concepção liberal a intenção de creditar ao particular a

exploração da atividade econômica, incentivando-o a desenvolver seu potencial na geração de riquezas.

Garantir, contudo, a livre iniciativa não se trata de se afastar da ingerência ou controle estatal o desenvolvimento das atividades econômicas do país, mesmo quando se tratarem de relações e interesses nitidamente privados, em setores não tocados pela mínima intenção do Estado.

Em tal sentido é o que ponderou o então Ministro Eros Grau, no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a Ação Direta de Constitucionalidade 1.950:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário [...]. (BRASIL, 2014a)

De se notar, contudo, como observou Grau, que embora a atividade econômica seja permitida ao Estado, pelo próprio texto constitucional é possível compreender que essa intenção é residual ou secundária. Ou seja, no plano do desempenho da atividade econômica, é preferível que o particular o faça e não que o poder público aja neste sentido. Tal conclusão flui do artigo 173, *caput*, do texto constitucional para o qual “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (BRASIL, 1988).

A par da livre iniciativa, há no mesmo artigo 170 da Constituição Federal, por via do inciso IV, também elevado à categoria de princípio, a disposição sobre a livre concorrência.

Quer então ser interpretado no sentido de que são aquelas atividades econômicas livremente praticadas capazes de se autorregular e ao mesmo tempo regular as umas às outras, quando se inserirem no mercado, realizando um plano de regras versáteis, originadas em suas próprias práticas, que surtem efeitos mercadológicos visíveis, tais como, controle de preços, variedade e qualidade de produtos, atendimento adequado ao público consumidor, dentre outros fatores observados em um cenário desejável ou ideal para as relações negociais.

Também aqui a dita liberdade é mitigada. O salutar aspecto da concorrência é desejosamente preservado pelo Estado, que tende a atuar nas circunstâncias em que a sobredita livre concorrência corra o risco de ser violada.

Por conta de tal aspecto, comentando a disposição constitucional em tela José Afonso da Silva (1998, p. 761) leciona que:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso.

De tal modo que, a Constituição Federal, no parágrafo 4º do citado artigo 173 estabeleceu também por via de normatização programática¹ que “a lei reprimirá

¹ As normas programáticas foram definidas por Paulo Bonavides, que as tem como as de eficácia diferida, na seguinte forma: “As normas de eficácia diferida trazem já definida, intacta e regulada pela Constituição a matéria que lhe serve de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática mediante atos legislativos de aplicação. Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido a posteriori pela autoridade legislativa interposta, como ocorre com as normas programáticas stricto sensu (...). Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode

o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

E como também considerou Aguillar (2012, p. 265) ao circunstanciar as liberdades divulgadas pelo texto constitucional é necessário compreender, segundo o autor, que:

Essa limitação jurídica de espaços de liberdade encontra seu curso no desenvolvimento da teoria do *abuso* de direito. A tradição jurídica que se inaugura com o modelo capitalista, em sua fase liberal, assim tutela a liberdade cerceando apenas os abusos que ela eventualmente propicie.

A Constituição Federal em sua supremacia sobre os demais textos legais enunciou a autorização para que outros ordenamentos a ela subsumidos pudessem, então, reprimir as condutas violadoras da ordem econômica liberal, tanto no corolário da livre iniciativa como quando da proteção de livre concorrência.

2.2 A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL OPERADA PELA LEI 12.529/2011 – LEI ANTITRUSTE

Entra em cena, então, a legislação de caráter infraconstitucional, cuja função é justamente dar contornos ao que fora pré-determinado pelo texto da Carta da República, ou seja, criar os mecanismos legislativos efetivos de proteção da concorrência, e, disciplinar as hipóteses configuradoras de infração às normas concorrenciais.

A expressão máxima no ordenamento jurídico nacional é a Lei 12.529/2011², no ambiente jurídica nacional conhecida como Lei Antitruste.

manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanção de sucessivas normas integrativas (...). E não sendo programáticas, por não se dirigirem unicamente a órgãos legislativos ou à disciplina exclusiva de comportamentos estatais, justificariam de todo a admissão e reconhecimento desse *tertium genus* entre as normas constitucionais: o das normas de eficácia diferida” (Bonavides, 2003, pp. 368; 252 e 253).

² Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho

Os rigores da legislação em apreço são fiscalizados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e, ainda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE).

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) é autarquia especial ligada ao Ministério da Justiça e dividido em: a) Tribunal administrativo de Defesa Econômica; b) Superintendência – Geral; c) Departamento de Estudos Econômicos; d) Procuradoria Geral do CADE. A Secretaria de Direito Econômico está vinculada ao Ministério da Justiça e suas atribuições são similares a do CADE com o qual atua de forma coordenada. Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) é parte da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuições mais amplas voltadas para o monitoramento dos preços da economia permitindo a elaboração de pareceres sobre reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como sobre atos de concentração.

A Lei 12.529/2011 em seu artigo 1º enuncia em claras letras a que veio ao cenário jurídico nacional. Sua missão estruturante, de atuação e competência é compreendida da simples leitura do dispositivo:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (BRASIL, 2014b).

A extensão de sua aplicabilidade atinge tanto os particulares quanto o poder público envolvido em atividades econômicas, conforme a expressa menção do artigo 31 da Lei Ordinária suso mencionada:

de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. (BRASIL, 2014b).

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Quaisquer dos agentes acima nominados têm a capacidade de exploração da atividade econômica, e por tal, guardam a potencialidade de infringir as regras concorrenciais e submeterem aos procedimentos diversos dos órgãos competentes já enumerados, bem como, as sanções por ele impostas, em caso de constatada violação à ordem de livre concorrência. Há, ainda, a possibilidade de haver controle estatal por via do Judiciário para condutas similares, conforme será oportunamente mencionado.

De se ver então, ao menos em linhas gerais, quais são as hipóteses em que seria possível conceber, nos termos da Lei, possíveis ofensas à livre concorrência, sendo que em uma delas haverá no presente trabalho uma preocupação mais delongada, qual seja, ao que diz sobre o exercício de forma repreensível da posição dominante quando constatado o poder de mercado.

Conquanto exista aqui a preocupação com a questão da posição dominante, importa entender que nos termos do artigo 36 da Lei Antitruste que as infrações à ordem econômica podem ser configuradas por: “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” (BRASIL, 2014b).

O signo genérico do inciso I no qual se lê “qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (Ibid.) é uma previsão que repete o anseio constitucional do artigo 170, sendo a tônica a preservação constante e o respeito à livre iniciativa e a livre concorrência. Para tanto, qualquer forma que possa causar gravame ou ameaça a esse sistema de liberdades será tido pela legislação infraconstitucional como deletéria da ordem desejada, e, portanto, reprimível. Mas, é o inciso IV daquele citado artigo 36 que clama a atenção deste ensaio pelo qual sobre ele serão tecidas considerações mais relevantes.

3 A POSIÇÃO DOMINANTE E SEU DESDOBRAMENTO EM PODER DE MERCADO

Para compreender mencionada disposição legal (art. 36, inciso IV, Lei 12.529/2011) preciso ter em tela qual alcance da adjetivada posição dominante.

Para Paula Forgioni (2013, p. 259), implica no fato da “sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos”.

Em outros termos, como base nos escritos da mesma autora, poderíamos haver como um

[...] conjunto de práticas que possam ter por objeto ou por efeito a dominação de mercado, propiciando a detenção de poder econômico suficiente para assegurar o comportamento independente e indiferente em relação aos demais agentes. Tratam de hipóteses monopolistas para aniquilamento da concorrência. (Ibid., p. 131).

É forma de um comportamento do agente econômico em posição de supremacia, seja técnica, seja econômico-financeira, estrutural, ou qualquer outro modo capaz de tornar, dolosamente, impossível o surgimento de outros agentes econômicos no mesmo segmento, atividade, ou similar exploração do mercado. São técnicas agressivas de condução dos negócios, pelas quais, em regra, os gigantes produtivos absorvem aos que detém menor poder econômico, uma reduzida fatia de mercado, e que, enfim, possam ser subjugados pela posição dominante do concorrente.

Segundo observa Arquimimo de Carvalho (2005, p 30),

O poder econômico pode limitar a liberdade de escolha – de agentes, consumidores e produtores -, quando for suficiente para criar barreiras à entrada de concorrentes, ou quando os agentes menos poderosos já existentes estejam sujeitos ao comportamento de outra empresa, detentora de posição dominante no mercado.

Em termos práticos e a título de exemplo o CADE julgou processo administrativo autuado sob n. 08012.001280/2001-35 e nele constatou a violação da concorrência por cooperativa de médicos do Estado do Piauí que concentrando 85% do mercado de prestação de serviços médicos passou a exigir exclusividade de seus cooperados. Na decisão considerou-se, dentre outros fatores que:

[...] a Representada congrega 85% dos médicos atuantes no mercado relevante. Os efeitos decorridos da exclusividade de filiação imposta pela Representada, que detém posição dominante no mercado relevante, são prejudiciais para a concorrência, na medida em que cria barreiras artificiais à entrada e permanência de concorrentes (CADE, 2014).

Há, portanto, evidente submissão de um pelo outro, analisando essa sujeição sob o prisma jurídico de uma conduta que por ser praticada de forma ilegal se torna infringente à ordem concorrencial pré-estabelecida. Esse destaque é de tal maneira importante, pois, nem sempre o *status* de posição dominante deve ser havido por censurável, repreensível e sujeito ao conjunto de sanções legais.

O §1º do artigo 36 aqui dissecado traz hipótese excludente da constatação de práticas comerciais que poderiam ser de início observadas como violadoras do sistema concorrencial. Em que pese dito dispositivo fazer menção expressa ao inciso II do artigo em tela, inciso esse que trata do mercado relevante, não há qualquer óbice que também a justificativa seja aplicada à hipótese do inciso IV para a questão da posição dominante.

O mencionado §1º isola de qualquer repreensão à conquista natural do mercado, fazendo-o nos seguintes termos “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo” (BRASIL, 2014b).

Também no caso da posição dominante não se poderia entender repreensível o lugar de destaque ocupado pelo concorrente que atingiu por mérito o domínio setorial da atividade por ele explorada. Sua melhor técnica, empenho,

avanço tecnológico, distinção de sua marca, dentre outros fatores, que uma vez organizados e por seu labor o conduziram a uma situação de destaque, ainda que esta seja monopolista, não poderão ser censuradas, senão quando concretamente observado que para tal histórico, tenha ela usurpado a livre iniciativa e a livre concorrência.

Esse monopólio de mercado dá azo ao que efetivamente é punível, censurável sob a égide da legislação em vigor. É preciso ter em mente que há uma faceta maior para que se constate infração à ordem econômica, a posição dominante deve se desdobrar em poder de mercado, momento então que se constata a violação.

Para melhor explicar esse desdobramento da posição dominante em poder de mercado, essa última situação de transgressão, como se disse a pouco, é de valia invocar fragmento do voto proferido pelo conselheiro do CADE, Ruy Santiago, no ato de concentração 08012.005846/99-12, quanto à constituição da Ambev.

Porém, para que haja a possibilidade do abuso do poder econômico, não basta que seja verificada apenas a existência de uma posição dominante num mercado, em termos de elevada participação na oferta de um bem. É necessário que estejam presentes as condições para que o abuso se efetive. Ou seja, não basta que uma empresa detenha parcela substancial do mercado para que o abuso se efetive e possa cometer infração à ordem econômica, nem mesmo que seja monopolista no mercado. É preciso que além da posição dominante, o mercado apresente características em sua estrutura que permitam que a posição dominante possa ser utilizada de forma abusiva, ou seja, que ela se reflita em poder de mercado. Assim, é possível que uma empresa seja monopolista num mercado, sendo detentora, portanto, de posição dominante, mas que não seja capaz de elevar preços, reduzir a oferta de bens, etc. Nesse caso, a posição dominante não se reflete em poder de mercado, não se reflete na capacidade da empresa de adotar de maneira unilateral de políticas comerciais desvantajosas para seus clientes, fornecedores ou mesmo concorrentes. Apenas os atos que criam ou reforçam poder de mercado podem ser alvo da intervenção antitruste preventiva, uma vez que apenas estes criam ou aumentam a possibilidade de abuso do poder econômico. Sendo assim, o objetivo da prevenção antitruste é impedir a realização de atos concentradores de poder econômico que criem ou reforcem o poder de mercado. (CADE, 2014).

Em dito voto, a situação censurável do poder de mercado e seus pontos de contato com a posição dominante foram trabalhados para dar contornos ao que se pretendeu caracterizar ou afastar em termos daquela posição e o ponto de partida de sua censura.

4 A VENDA CASADA ENQUANTO POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO PODER DE MERCADO E INFRAÇÃO À ESTRUTURA CONCORRENCIAL DE MERCADO

Visto, pois, que a posição dominante por si só não é capaz de alcançar a violação atingível pela Lei Antitruste, é necessário mais, como se disse, no sentido de se observar o poder de mercado, monopolista, concentrador, dominador, por via de práticas espúrias que lesam a concorrência, e de longe se configurem como conquista natural de mercado.

Existem formas diversas de se perpetrar tais condutas ofensivas à ordem concorrencial, tais como enunciou fragmento do voto acima reprisado, por via da elevação de preços, redução de oferta de bens, dentre outros, alguns deles inclusive expressamente previstos no §3º do artigo 36 da Lei 12.529/2011.³

³ § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem

Interessa, contudo, dentre de tais práticas, destacar hodiernamente a prática comercial da venda casada, que tem ocupado diversos mercados, ainda que tenham os órgãos administrativos de defesa da concorrência bem como o Poder Judiciário combalidos de forma veemente esta conduta.

Sua censura em termos legais é tão real que mereceu menção específica no artigo 36 da Lei Antitruste, qual seja, aquela oriunda do inciso XVIII cujo texto encerra entre as práticas de infração à ordem econômica a 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.” (BRASIL, 2014b).

A venda casada reunida em conceitos pode ser compreendida:

[...] como aquela que retira do consumidor a liberdade e a oportunidade de adquirir o bem que deseja sem que seja compelido a adquirir outro bem ou serviço. Buscando apoio no Direito comparado, nomeadamente na União Europeia e nos Estados Unidos, identificamos que o gênero venda casada possui duas espécies, as quais, apesar da classificação, projetam os mesmos efeitos ao mercado. A primeira situação refere-se aos *tying agreements* (*ties-in* ou *vente liée* em francês) que ocorrem quando o fornecedor realiza uma venda de um produto (*tying product* ou *clef*), condicionado a compra de um outro produto distinto, que é o *tied product* (*lié*), do fornecedor ou de algum terceiro por esse designado. Apenas o *tied product* (*lié*) pode ser comprado separadamente. Já a segunda diz respeito ao *bundling* (em francês, *vente jumelée*), que é a situação onde um pacote de dois ou mais produtos são oferecidos, de forma que não é facultada ao comprador a venda isolada dos componentes desse pacote. Nos Estados

de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - 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; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Unidos, que nos serve de paradigma tendo em vista a consolidação da sua tutela antitruste, essa é uma das infrações mais praticadas, que se desenvolve principalmente de forma velada (CRAVO, 2013, p. 54).

Ocorre, então, quando um sujeito subordina a venda de um bem (produto principal ou subordinante) à aquisição de outro produto ou serviço vinculado.

Necessária à observação da vinculação normal entre os produtos conjuntamente vendidos para se afastar a venda casada ou efetivamente compreender pela sua existência. Assim, tem-se que são necessários os botões de uma camisa, os pneus em um carro, as pulseiras de couro de um relógio de pulso, sem que tais conjugações importem em venda casada.

Para uma melhor forma de distinção faz conveniente observar o proveito para o adquirente de um produto intimamente ligado ao outro. Vislumbrar, qual a necessidade de que um bem enquanto objeto a ser adquirido venha a ser contiguamente agregado com aquele pelo qual se condiciona a aquisição, ou seja, sem o qual não lhe é entregue o produto principal.

Conforme Forgioni (2013, p. 299), “a venda casada pode significar o ganho de participação do mercado do produto vinculado, quando o fornecedor do bem principal possui disposição dominante. Por exemplo, o fabricante de copadoras que pretende melhorar sua posição no segmento de toner.”

É, nos dizeres daquela autora forma de alavancagem para um produto imposto, secundário:

A chamada *leverage theory* (teoria da alavancagem), adotada em 1971 no caso *Motion Picture*, sustenta que a posição dominante no mercado do produto principal auxilia a conquista da mesma posição do mercado do produto imposto [...] (loc. cit.)

De casos concretos que já foram submetidos ao CADE é trazida a lume a discussão sobre o ato de concentração quando da aquisição da Cargill Incorporated pela Monsanto Company. O procedimento administrativo fora autuado sob número 08012.005135/1998-01 e dentre as hipóteses de possibilidade de infração à ordem

econômica vislumbrou o órgão competente também a venda casada, nos seguintes termos:

Ato de concentração. Aquisição da Cargill Incorporated pela Monsanto Company. Apresentação tempestiva. Processo Redistribuído. Mercado relevante definido como o de sementes híbridas. Mercado relacionado ao mercado de defensivos agrícolas. Operação aprovada sem restrições. Na eventualidade de vir a ser liberada a comercialização de sementes geneticamente modificadas há a possibilidade da prática de venda casada por parte da Monsanto, haja vista a vinculação da garantia concedida às sementes geneticamente modificadas à utilização do herbicida produzido pela empresa. Recomendação de mudança na política de garantias utilizada pela Monsanto no mercado de sementes geneticamente modificadas. Determinação a SDE que proceda a instauração de averiguações preliminares, caso estas ainda não tenham sido instauradas. (CADE, 2014).

Da ementa do julgamento a hipótese de venda casada fora constatada pelo condicionamento do produto principal, quais sejam, as sementes geneticamente modificadas exigentes da aquisição de herbicida específico para o seu cultivo, fabricado pela mesma fornecedora daquelas sementes.

Como nos demais casos de possibilidade de venda casada, aqui também a concorrência fica comprometida e o consumidor sem possibilidade de escolha. No caso citado a guisa de exemplo se opera o acima mencionado *tying agréments*, ou seja, ou seja, quando o fornecedor realiza uma venda de um produto condicionado a compra de um outro produto distinto.

A problemática derivada da prática da venda casada pode provocar diversos efeitos negativos, tais como o *foreclose* do mercado do produto vinculado, ao dificultar a entrada no mercado de novos agentes; a segurança da qualidade do produto atrelada ao condicionante de aquisição de mão-de-obra da empresa fornecedora ou de peças, acessórios e suprimentos unicamente fornecidos por ela; pode se tornar forma de controle de preços dos produtos vendidos; escoamento forçado de produto de pouca aceitação; diminuição da concorrência de marcas expostas nos ambientes dos fornecedores, dentre tantos outros pontos críticos desta prática (FORGIONI, 2013, 305).

Conforme se mencionou alhures, a venda casada tem reflexos negativos não só na esfera concorrencial, ao limitar a atuação de outros pares comerciais no mesmo nicho da atividade explorada. Atinge ainda a figura do consumidor, que tem dirimida ou mesmo suprimida a hipótese de suas escolhas. De tal jaez, o Código de Defesa Consumidor açambarcou no inciso I do artigo 39 da legislação específica a censura a venda casada, definindo essa prática como abusiva quando tende a “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.” (BRASIL, 2014c).

Neste caso, quando se transporta ao ambiente do direito consumerista Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2009, p. 181) que:

O prejuízo ao consumidor é evidente: com tal prática se impinge a ele a aquisição de um produto ou serviço não desejado, provocando-lhe, assim, uma notória perda econômica. Em outras palavras, o consumidor é obrigado a adquirir um produto ou serviço de que não desejava, por imposição do fornecedor, que explora a vulnerabilidade do adquirente.

A questão, quando posta em juízo tem rendido possibilidades de revogação das condições contratuais que estabeleceram a venda casada, ao passo que, em outros casos, os dispêndios financeiros são repetidos ao consumidor, podendo, em certos casos, haver indenização por dano extrapatrimonial pela prática da conduta, agora analisada não só pelo prisma concorrencial, senão pelo direito consumerista.

Em julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região a questão da venda casada *sub judice* desafiou recurso de apelação cível em que se discutiu a exigência imposta por instituição financeira ao tomador de empréstimo em celebrar contrato conjunto de seguro de crédito interno, o que foi havido por prática ilegal pelo Tribunal referenciado, considerando que “a exigência de pagamento de prêmio de seguro não se liga ao fim do contrato, eis que configura espécie de 'venda casada', cuja prática é vedada pelo art. 39, I, do CDC” (BRASIL, 2014a).

Em que pese de debrucem sobre bens jurídicos tutelados diferentes, a concorrência com Lei Antitruste e o Consumidor com o código consumerista, a venda casada é sempre havida como violadora da ordem jurídica.

Desta forma, de se observar que há um duplo cerco à atividade lesiva perpetrada pelo emprego da venda casada. Censurável nos termos da Lei Antitruste, por se tratar de conduta concorrencial repreensível, e, ainda, objetivada em preocupação declinada pelo Código de Defesa do Consumidor posto que esta prática tem reflexos diretos na esfera do consumo.

Por fim cumpre salientar que a venda casada pode ainda ser havida por ilícito penal, provocando crime contra a ordem econômica, tipificado na Lei 8.137/90 a qual define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

CONCLUSÃO

Do conjunto aqui exposto é de se concluir que a venda casada conta com previsibilidade legal específica. Sua repreensão é objeto de tutela expressa na normatização antitruste, e por gerar reflexos na esfera consumerista, o potencial lesivo desta prática é também reprimido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os condicionamentos de vendas entre produtos, obrigando à aquisição de dois ou mais produtos vinculados desnecessariamente ao bem principal, que pode ter sua utilidade garantida sem a presença do(s) produto(s) vinculados é forma de se restringir o desenvolvimento concorrencial, impedindo que outros membros do mesmo mercado possam oferecer estes mesmos produtos agregados, por vezes em condições mais favoráveis ao consumidor. De outra quadra, do consumidor é subtraída a possibilidade de escolha, quer seja pelo próprio condicionamento entre os produtos indevidamente vinculados, pois, para adquirir o principal se vê compelido a adquirir os agregados.

A venda casada é forma deveras utilizada para realização do poder de mercado ao permitir uma manipulação de fatores diversos para o fim de restringir o crescimento da concorrência. Aqui não há o surgimento natural da conquista da posição dominante, senão, a conduta forçada em colocar ao mercado bens secundários ao principal, como técnica de alavancagem de produtos, provocando reflexos indesejáveis na ordem econômica.

Daí ser indiscutível o rigor das sanções previstas tanto na esfera administrativa quanto na judicial, com efeito preventivo e repressivo à multiplicidade destas práticas.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do Direito nacional ao Direito supranacional. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. (1988). Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acessado em 26 de março de 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **A Constituição e o Supremo.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201663>, acessado em 26 de março de 2014a.

_____. **Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm, acessado em 26 de março de 2014b.

_____. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, acessado em 28 de março de 2014c.

CADE. Conselho Administrativo da Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.001280/2001-35**, Brasília, DF. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b677b946ca49cb6ec770>, acessado em 27 de março de 2014.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Manual de Direito da Concorrência**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

CRAVO, Daniela Copetti. “Venda casada: é necessária a dúplice repressão?” in **Revista de Defesa da Concorrência**, nº1, Maio 2013, pp. 52-70. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/46/13>, acessada em 27 de março de 2014.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. Introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “Práticas abusivas, contratos de consumo e cobrança indevida” in **Contratos de Consumo e atividade econômica**. Coordenação de Teresa Ancona Lopez e Ruy Rosado Aguiar Junior. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Contratos Empresariais)

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.