



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

VICTOR RODRIGUES PEREIRA BRAZ

**VENDA CASADA ANTICONCORRENCIAL: IMPACTO NO
MERCADO E NA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Recife

2019

VICTOR RODRIGUES PEREIRA BRAZ

VENDA CASADA ANTICONCORRENCIAL: IMPACTO NO
MERCADO E NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Sady D'Assumpção Torres
Filho

Recife

2019

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	3
2	FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA E CONCORRENCIAL: PANORAMA INICIAL	5
2.1	O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA	8
2.2	MODELOS DE MERCADO	10
2.2.1	Concorrência Perfeita	11
2.2.2	Monopólio	11
2.2.3	Oligopólios	12
2.3	A CARACTERIZAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS	13
3	A VENDA CASADA	16
3.1	VENDA CASADA: DIREITO DA CONCORRÊNCIA X DIREITO DO CONSUMIDOR.....	16
3.2	A CARACTERIZAÇÃO DA VENDA CASADA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ANTITRUSTE	18
3.2.1	Existência de dois produtos/serviços separados, sendo um deles o principal e o outro o secundário.....	18
3.2.2	A existência de coerção para o adquirente	19
3.2.3	Fornecedor com posição de poder no mercado	20
3.2.4	(In)Elasticidade da demanda	22
3.2.5	Existência de efeitos anticompetitivos	23
3.2.6	Direito comparado. Análise de Caso <i>Microsoft – Venda Casada</i> <i>Anticoncorrencial envolvendo o Windows e o Internet Explorer.....</i>	26
4	A VENDA CASADA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA PROPRIEDADE INTELLECTUAL.....	29
4.1	PROPRIEDADE INTELLECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA – INTERAÇÕES.....	29
4.2	A INFLUÊNCIA DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL NA CONFIGURAÇÃO DA VENDA CASADA	31
4.3	O FUTURO DAS VENDAS CASADAS INSERIDAS NO CONTEXTO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL	34
5	CONCLUSÃO	37
	REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O direito da concorrência é um ramo que se dedica ao estudo do comportamento dos agentes econômicos, em face da competição gerada dentro do mercado, ou seja, tem como objetivo analisar as formas de proteção à concorrência como instrumento de garantia da finalidade da ordem econômica, fundamentada no art. 170 da Constituição Federal¹.

A matéria sofreu transformações ao longo do tempo, sobretudo no século passado que viu a forma de fazer negócios mudar drasticamente, em razão da introdução e aprimoramento de novas tecnologias, que geraram novos segmentos mercadológicos e novos meios de atuação competitiva, as quais, em alguns casos, agravaram as falhas de mercado e trouxeram consigo diversas externalidades negativas.

A partir daí, surgiu a necessidade do desenvolvimento de órgãos especializados no assunto, da criação e aperfeiçoamento de leis, aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, não apenas no ordenamento brasileiro, mas também no direito comparado.

O objetivo deste trabalho é analisar uma dessas condutas, considerada pela atual legislação de defesa da concorrência – Lei 12.529/11 – como infração à ordem econômica: a venda casada anticoncorrencial.

A ideia central é identificar como uma venda casada, prática considerada até mesmo rotineira, é analisada dentro do mercado, em uma visão macroeconômica, e quais de seus requisitos promovem a distinção entre uma venda casada lícita daquela venda casada ilícita, isto é, deslegitimada pelo ordenamento jurídico que visa a proteção da concorrência. Além disso, busca-se entender quais reflexos este instituto poderá trazer no âmbito da propriedade intelectual, especialmente no que diz respeito à venda conjunta de bens protegidos por direitos de exclusividade com outros que não detém tal proteção.

A escolha da conduta anticompetitiva aqui exposta teve duas razões fundamentais. A primeira foi a própria lacuna de conteúdo envolvendo a venda casada inserida dentro do direito concorrencial, seja no que diz respeito a julgados, condenações e até mesmo pesquisas, que tem presença mais marcante em direitos estrangeiros, a exemplo do norte americano. A segunda razão foi a própria grandiosidade e alcance dos exclusivos julgados que versam sobre o tema. Muitos dos que serão aqui expostos lidam com condutas de empresas de âmbito global, cujas práticas acabaram repercutindo no modo como os mercados – a exemplo do mercado digital de softwares e computação – atualmente se organizam.

¹ Brasil, 1988, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência.

A estruturação do presente trabalho se dá em três partes: primeiramente, uma introdução aos fundamentos da ordem econômica e concorrencial, com o objetivo de apresentar os conceitos que serão utilizados ao longo do trabalho; ato contínuo, será feita a caracterização de uma venda casada, através de seus requisitos básicos, analisando quais deles podem conduzi-la a uma eventual identificação, como infração à ordem econômica, sob a ótica do direito concorrencial; por fim, se fará um apurado das interações do direito antitruste com a propriedade intelectual, utilizando a venda casada como paradigma dessa eventual intersecção.

A metodologia foi feita de acordo com o caminho tradicional de pesquisa, elaborando o conteúdo monográfico de acordo com as etapas de levantamento, análise e sistematização de informações bibliográficas, tanto nacionais quanto estrangeiras, já que grande parte do estudo do direito antitruste se dá através de ordenamentos diversos, a exemplo do norte-americano, utilizado como referência neste trabalho. Também se lançará mão da análise de casos praticados, buscando o entendimento dos órgãos que lidam com o assunto, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Espera-se que este trabalho possa contribuir para a discussão que envolve o instituto da venda casada em face do direito de concorrência e seus possíveis reflexos no campo da propriedade intelectual, podendo, quem sabe, estimular novas pesquisas a respeito desta fascinante área.

2 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA E CONCORRENCIAL:

PANORAMA INICIAL

O sistema econômico nacional resulta de uma fascinante interação entre áreas variadas de conhecimento. Por um lado temos a economia, ciência que objetiva maximizar a eficiência da distribuição dos bens limitados que encontramos no meio ambiente para com os anseios ilimitados da sociedade. Por outro temos o direito, ciência que irá formalizar condutas com o fim de estabelecer a pacificação social.

A intersecção entre essas matérias se dá de maneira cíclica, na medida em que as articulações entre os agentes econômicos acabam por atrair a incidência da esfera jurídica, na resolução dos conflitos a ela expostos. Ao fazer isso, contudo, o desenvolvimento da normatividade acaba por criar impactos diretos na própria organização econômica, que é instada a se repensar, reiniciando o ciclo.

Grande parte dessa noção, é verdade, parte da constatação de que o poder governante, ao longo dos tempos, habitualmente interveio na economia. Por certo que a intensidade dessas intervenções se fez presente em maior ou menor medida de acordo com o modelo estabelecido à época, mas acaba por demonstrar que as decisões econômicas estão sempre entrelaçadas com ponderações políticas².

É nesse sentido que se pode estabelecer o conceito de política econômica como sendo um conjunto de medidas governamentais voltadas à regulação da economia e a obtenção de determinados fins³.

A evolução histórica que permitiu se chegar a essa atual concepção possui raízes no liberalismo clássico, surgido no final do século XVIII. Seus ideais eram claros, e em grande parte faziam menção ao que atualmente se considera como a primeira dimensão dos direitos fundamentais: a garantia, aos cidadãos, de limitação diante do arbítrio estatal em relação a seus direitos individuais, no que Jellinek conceituaria, mais tarde, como a posição negativa do Estado perante o indivíduo, ou *status libertatis*.

Não limitado ao âmbito político, o liberalismo clássico defendeu a ausência estatal na condução econômica, a ser exercida exclusivamente pela iniciativa privada. É dentro desse contexto que surge a talvez mais famosa obra desse período, intitulada de “A riqueza das nações”, do economista Adam Smith.

² BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 139-140.

³ Ibid, p. 22.

É nela que o autor britânico apresenta sua teoria da “mão-invisível” do mercado, no sentido de que os próprios agentes econômicos seriam capazes de se autorregular, sem interferência estatal, deixando a economia à mercê das “leis naturais”.

É curioso, dentro da noção de pensamento liberal, o fato de que o bem comum, na verdade, acaba sendo atingido pela atuação egoísta de cada indivíduo. Essa ideia, trazida por Adam Smith, se revela quando se toma como pressuposto que o objetivo inicial de cada indivíduo é maximizar seu ganho pessoal. A partir dessa orientação é que, indiretamente, mesmo sem ter o objetivo de promover o bem público – e daí surge a ideia da “mão-invisível” – o indivíduo acaba por realizá-lo, podendo o ter feito até de forma mais eficiente do que faria em caso de buscar diretamente esse objetivo⁴. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Ihering: *“O egoísmo do vendedor que exagera o seu preço é paralisado pelo de outro mercador que prefere vender por um preço módico a não vender de maneira nenhuma; o egoísmo do comprador que oferece muitíssimo pouco é paralisado pelo de um outro que oferece mais – a concorrência é o regulador espontâneo do egoísmo”*⁵.

A consolidação do modelo liberal se nota claramente durante o século XIX, especialmente na Inglaterra, com a revolução industrial. Para o industrial – aquele que efetivamente suporta o risco da exploração econômica – a concorrência é algo a ser estimulado.

Os motivos desse estímulo, por sua vez, estão muito mais ligados a necessidade de se atingir novos mercados consumidores, ou seja, expandir seu comércio. Aliás, é dentro dessa perspectiva que surge a ideia da concorrência como forma de garantir liberdade econômica ao industrial e atender ao interesse público de desenvolvimento⁶.

Todavia, se o período industrial foi o ápice da noção econômica do liberalismo clássico, foi também naquele momento que se percebeu que a ideia da “mão-invisível” poderia funcionar na teoria, mas pecava na prática.

Isso porque o fenômeno de concentração dos agentes econômicos começa a surgir de forma mais evidente, com grande poder de manipulação da economia, passando a constatação de que a estabilidade mercantil, nos moldes em que pensaram os primeiros teóricos liberais, não se configurava possível.

Além disso, não fosse o bastante, a manipulação de mercado pelas grandes indústrias de forma desregrada, sem a interferência regulatória do Estado, acabou por criar problemas

⁴ FORGIONI, 2018, p. 18.

⁵ IHERING, Rudolf von apud LAUDA, 2009.

⁶ FORGIONI, op. cit., p. 64-65.

sociais, a exemplo das condições de trabalho excessivas e insalubres para a classe assalariada, no que Karl Max chamou de “exploração do homem pelo homem”, fazendo eclodir movimentos, como o cartista, em prol de uma atuação positiva do Estado. É nesse contexto que se desenvolve a segunda dimensão dos direitos fundamentais: os direitos sociais⁷.

Sai de cena o estado liberal clássico e surge o estado intervencionista (social), o qual justifica a intervenção na propriedade privada e liberdade econômica. Nesse cenário surgem respostas diferentes relacionadas a intensidade dessa interferência, que terá influência direta na regulação da economia e da concorrência.

Em uma ponta surge o estado de bem-estar social (welfare state), que visa a manutenção de um sistema capitalista, reconhecendo e protegendo valores a ele relacionados. É aqui que se faz relevante falar sobre o impacto da regulamentação da economia e da concorrência, no sentido de propiciar a correção das falhas que são encontradas no sistema, mas mantendo-o vivo⁸. Em outra surge o estado socialista, com verdadeiro desconhecimento acerca da propriedade privada, instituindo um novo modo de produção, não fazendo sentido discorrer sobre a concorrência nesse âmbito, uma vez que a economia planificada suprime a livre iniciativa.

A República Federativa do Brasil, por sua vez, está inserida dentro do sistema capitalista misto, já que se percebe uma mescla entre a atividade privada e uma relevante atuação estatal na economia, a fim de satisfazer necessidades sociais.

Tal sistema interventor, por sua vez, já foi legitimado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em especial no RE 597.165 AgR/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que ressaltou a importância da atribuição de uma competência do poder público para, nos limites das razões de interesse público, fazer prevalecer os vetores condicionantes da atividade econômica estabelecidos no art. 170 CF/88: *“A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional (...) legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional”*⁹.

De fato, tal sistema se coaduna com a própria interpretação que se tem a partir do conceito de mercado: conjunto de operações dotadas de conteúdo econômico ou, nas palavras

⁷ AQUINO, 2010, p. 336.

⁸ BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 29.

⁹ BRASIL, 2014.

de Coase, uma instituição que serve para facilitar a troca de bens e serviços, formada pela sociedade como um todo, que atua como seu agente na forma de consumidores, fornecedores, ou até mesmo na forma do próprio Estado¹⁰. Nessa perspectiva, percebe-se o mercado como verdade, um fato social, isto é, um produto da vida em sociedade e apto a sofrer a incidência de intervenção¹¹.

Esta, por sua vez, pode acontecer de vários modos. O Estado pode, por exemplo, agir diretamente na economia atuando como agente econômico. Pode escolher, também, atuar de forma indireta, notadamente na produção de arcabouço normativo e desempenho de atividade fiscalizatória, visando coibir práticas abusivas entre os *players* do mercado de modo a criar uma moldura, ou *sandbox* (“caixa de areia”) na tradição do direito americano¹².

Exemplo clássico de intervenção do Estado na economia foi observado por George Akerlof, em seu trabalho intitulado “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”, conhecido no Brasil como “Teoria dos Limões”, que ganhou o Prêmio Nobel de economia em 2001. Em seu estudo, Akerlof analisa o impacto da “assimetria de informações” no mercado de carros usados, que acaba gerando o fenômeno da seleção adversa¹³. Em outras palavras, devido a falha de mercado causada pela diferença de informações que o comprador e o vendedor possuem sobre o produto, o mercado acaba induzindo “incorretamente” os compradores a fazerem escolhas não tão boas quanto poderiam ser; escolhas estas que podem chegar até a fulminar o mercado, caso o Estado não intervenha¹⁴. O estudo é utilizado amplamente nos dias atuais, servindo de base para explicar como se dá a intervenção estatal em mercados notáveis, como o de planos de saúde.

O panorama, no que diz respeito ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, se pauta sobretudo na atuação estatal indireta. Exemplo desse fenômeno é a criação da Lei 12.529/11 e a composição de órgão fiscalizatório especializado, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁵.

2.1 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O princípio da livre Iniciativa pode ser descrito genericamente como um direito intrínseco dos indivíduos que convivem em uma sociedade organizada. Suas origens remontam à época do liberalismo clássico, de modo que, em um primeiro momento, suas

¹⁰ COASE, Ronald apud TIMM, 2019.

¹¹ TIMM, 2019.

¹² MONCADA, 2003 apud BUCHAIN, 2018, p. 192.

¹³ KUPFER, 2006.

¹⁴ FINKELSTEIN, 2016.

¹⁵ BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 777.

disposições limitavam-se a consagrar o direito de toda pessoa exercer, independentemente de autorização/interferência estatal, qualquer atividade econômica¹⁶.

Com o passar do tempo, porém, as disposições normativas e principiológicas vão passando por mudanças de modo que, atualmente, a visão da livre iniciativa como um direito de abstenção do Poder Público perante o indivíduo já não se coaduna com a ordem jurídica da maior parte dos países.

Em âmbito nacional, tal afirmativa é ratificada pelo tratamento dado à livre iniciativa a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um novo viés de pensamento constitucional, não mais centrado apenas no indivíduo em si mesmo, mas dentro de um contexto social¹⁷. Nela, a livre iniciativa não somente se apresenta como fundamento da Ordem Econômica (art. 170, caput), mas também da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

Note-se que, em ambos os casos, a livre iniciativa vem conjugada com outro princípio: a valorização social do trabalho humano. Essa constatação é fundamental para uma visão de que o sistema capitalista, apesar de manter seus objetivos de maximização de lucro, também deve buscar oferecer uma existência digna para o homem, de modo que, como bem apontado por Eros Roberto Grau, a livre iniciativa deve se expressar de forma socialmente valiosa¹⁸.

Percebe-se, nesse momento, sua outra faceta, quando se verifica, em certos casos, que a prestação positiva do Poder Público será necessária justamente para garantir esse princípio, tanto de modo repressivo, ao punir o particular que a viola, quanto de modo preventivo, ao estabelecer conteúdo normativo. Nesse sentido, comenta Paula Forgioni que: *“A partir do momento em que o Estado passa a intervir na Economia há modificação no próprio princípio da livre-iniciativa que, há muito, deixou de ser correlato a uma política de laissez-faire. A atuação do Estado sobre a economia não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta”*¹⁹.

Dentro de um modo de produção capitalista, a importância de se propiciar a possibilidade de a sociedade agir para produzir riquezas se mostra incomensurável. Mais do que isso, representa a própria essência do sistema, sendo um desdobramento da própria expressão da liberdade individual, que nesse caso garante a existência de uma economia de mercado²⁰.

¹⁶ CERVO, 2019.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ GRAU, 2003.

¹⁹ FORGIONI, 2018, p. 145.

²⁰ TIMM, 2019.

Nessa toada, Natalino Irti vai mais além, atentando para a garantia de liberdade em acessar, entrar e sair de determinado ramo de atividade, bem como de competir com outros. Percebe-se aqui a conexão entre a livre iniciativa e a livre concorrência²¹.

No entanto, apesar de conexos, estes não se confundem. A livre concorrência se volta a impedir manifestações disfuncionais e abusivas de poder, que podem vir a surgir dentro de uma sociedade globalizada em uma economia de escala marcada pela livre iniciativa, uma vez que os agentes possuem impacto desigual dentro do mercado.

Sendo assim, o princípio insculpido no art. 170, IV da CF/88 visa estabelecer um livre jogo de forças entre os exploradores de mercado, pautado na rivalidade e na busca pela clientela, partindo de uma igualdade jurídica imposta pela ordem estatal²². Dessa forma, se tem uma maior garantia de que o mercado se mantenha operando com os *players* mais capacitados.

Portanto, apesar de a livre concorrência decorrer necessariamente da livre iniciativa, esta não assegura, por si só, aquela, uma vez que se percebe a existência constante de falhas de mercado, permitindo que um dos agentes detenha tamanha influência em uma parcela da economia que impede o acesso ou o desenvolvimento dos demais, naquele segmento. A livre concorrência, portanto, se une à livre iniciativa para tentar resolver este tipo de problema, qual seja, a tutela do sistema econômico diante da tendência de apoderação/açambarcamento da concentração capitalista²³.

Na Constituição Federal de 1988 já existe previsão para essa proteção no artigo 173, § 4º: “A Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Apesar de ser uma norma de eficácia limitada, sua norma integradora – lei 12.529/11 – já foi editada e será trata neste trabalho em tópico específico.

2.2 MODELOS DE MERCADO

Como já aludido, mercado é o conjunto de operações dotadas de conteúdo econômico que serve para facilitar a troca de bens e serviços, formada pela sociedade como um todo, sendo um fato social.

A fim de entender melhor como a concorrência pode ser verificada na prática, se faz interessante estudar os modelos de mercado, ou seja, o modo como a concorrência apareceria

²¹ IRTI, Natalino apud SZTAJN, 2004, p. 32.

²² GRAU, Eros Roberto apud CANOTILHO et al., 2013, p. 244.

²³ SILVA, 1998, p. 876.

em determinado setor econômico. A ideia deste tópico girará em torno da apresentação dos cenários de mercado possíveis: concorrência perfeita e imperfeita (monopólios e oligopólios).

2.2.1 Concorrência Perfeita

Neste primeiro cenário, a característica mais marcante é a de ser um mercado “atomizado”, isto é, composto de um número alto de empresas produzindo um produto muito semelhante ao do outro, inclusive no que diz respeito a seu custo de produção²⁴.

Como existe um espalhamento mais ou menos homogêneo do poder dentro do meio econômico, com produtos facilmente substituíveis pelo do concorrente, nenhum agente econômico no cenário de concorrência perfeita consegue efetivamente influenciar o comportamento dos outros agentes daquele setor, fazendo com que as quantidades produzidas e os preços dos produtos se pautem basicamente no ponto de equilíbrio entre a demanda e a oferta, sem demais externalidades. Além disso, a inexistência de óbice à entrada e saída do mercado acaba sendo uma constante dentro do cenário de concorrência perfeita²⁵.

Esse modelo, por sua vez, se restringe mais à esfera utópica do que prática²⁶. A realidade conduz à percepção de que os agentes econômicos se encontram em distintos pontos de partida, com estratificações quanto ao aporte financeiro, nível de informação e tecnologia empregadas em seus produtos, aptos a diferenciá-los em preço e em influência dentro do mercado, fazendo surgir os cenários de concorrência imperfeita (monopólios e oligopólios).

2.2.2 Monopólio

Situado no extremo oposto da concorrência perfeita, altamente atomizada, no monopólio ocorre justamente o contrário: apenas uma empresa fornece o produto para o mercado²⁷.

De plano, a consequência que se percebe é que não existe espalhamento de influência dentro do setor, sendo o poder de mercado concentrado na mão deste único agente econômico. Isso faz com que, por exemplo, o monopolista tenha um papel ativo na definição do preço de seu produto, cobrando, em tese, o que quiser, e sujeitando aqueles que precisem do mesmo a se adequarem às condições por ele estabelecidas²⁸.

Em vários casos também é possível a constatação de que o monopólio gera a acomodação do produtor que, por não se ver ameaçado a perder seu mercado de

²⁴ BRITO, 2002, p. 6.

²⁵ GICO JÚNIOR, 2007, p. 49

²⁶ BRITO, op. cit., p. 6-7

²⁷ CARVALHO, 1995. p. 54.

²⁸ BRITO, 2002, p. 8.

consumidores, não investe em inovação e nem melhora a qualidade do produto – muitas vezes até piora – e tende a reduzir a oferta do bem, ao mesmo tempo em que mantém preços altos para maximizar seus lucros²⁹.

Além disso, como único empregador, é possível que o monopolista também consiga lucrar com sua mão-de-obra, oferecendo salários inferiores ao que se teria em caso de um mercado mais explorado³⁰. É por conta desta perspectiva de “monopólio com abuso de poder” que tal modelo de mercado se vê constantemente às voltas com formas de regulação e repressão.

Todavia, nem todo monopólio pode ser considerado um ilícito por si mesmo, mas, como dito, apenas aquele que abusa de seu poder, mitigando princípios como o da livre concorrência. Em verdade, existe uma série de Monopólios em cada setor que são considerados lícitos.

O monopólio legal, por exemplo, decorre de própria imposição legislativa e se relaciona às competências materiais exclusivas dos entes federativos, a exemplo da lavra de jazidas de petróleo, estabelecida pelo art. 177, I da CF, como monopólio da União³¹.

Existe também a figura do monopólio incidental, isto é, aquele que surge em decorrência da maior eficiência e qualidade de um produto em relação aos seus competidores, fazendo com que a empresa ganhe cada vez mais mercado por ter um produto melhor. Este cenário, por certo, se desempenhado sem abusos de poder, é completamente lícito e não poderia deixar de ser, sob pena de o mercado perder sua atratividade.

Por fim, temos o exemplo do monopólio natural, também lícito, que se concretiza quando a entrada e permanência no mercado requer um alto custo de produção, que acaba por impedir a participação natural de um grande número de agentes econômicos no setor, a exemplo do que acontece com o mercado de energia elétrica ou saneamento básico³².

Essa visão panorâmica dos tipos de monopólio serve para delimitar bem a extensão de como esse tipo de mercado atua e em qual intensidade – a depender de suas consequências práticas no mercado – ele deve ser regulado.

2.2.3 Oligopólios

Situados entre os extremos de concorrência perfeita e monopolística, os oligopólios revelam o tipo de mercado mais encontrado na sociedade: aquele em que poucas empresas

²⁹ CARVALHO, op. cit., p. 55.

³⁰ BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 56.

³¹ BRASIL, 1988, art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (...).

³² GICO JÚNIOR, 2007, p. 72-73.

fornece determinado produto, de modo que cada uma detém parcela significativa de poder no meio econômico, aptas a conseguir influenciar – direta ou indiretamente – a conduta de seus competidores³³. São vários os exemplos de mercados oligopolizados, como os setores automobilístico, de telefonia, de refrigerantes etc.

Assim como no caso dos monopólios, os oligopólios por si só não são considerados nocivos³⁴. O fato de existir um número menor de agentes em um segmento não faz necessariamente surgir um alerta para que o Estado intervenha de forma mais contundente, até mesmo pode-se estar diante de um mercado naturalmente mais custoso e, portanto, mais difícil de entrar e se manter, como nos próprios casos acima exemplificados.

Demais disso, a alta competitividade entre as poucas empresas pode acabar por criar condições favoráveis para o próprio consumidor, como a presença constante de inovação e segmentação dos produtos, preços mais acessíveis, mais eficiência, dentre outras possibilidades, pelas empresas que querem dominar parcela maior de mercado. Nesse sentido, pode-se dizer que, dentro desse tipo de mercado, os agentes não se encontram alheios às condutas uns dos outros, pelo contrário, são impactados e impactam os demais com suas ações³⁵.

A eventual ilicitude do oligopólio, entretanto, pode ser constatada, assim como no caso dos monopólios, quando as condutas dos agentes acabam por se mostrarem anticompetitivas, fazendo chamar a esfera do direito antitruste.

No caso dos oligopólios, por exemplo, a figura de anticompetitividade geralmente se revela através dos cartéis, acordo entre concorrentes com objetivo de viciar a concorrência, tabelar preços, dividir mercado, conluio em licitações, dentre outras. Tais acordos, por sua vez, podem inclusive gerar restrição de oferta ocasionando prejuízos inúmeros aos consumidores³⁶. O que o cartel cria é uma situação em que os oligopolistas tendem a atuar em conjunto como se fossem um grande monopolista que abusa do poder de mercado que tem³⁷.

2.3 A CARACTERIZAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS

A busca das empresas por novos mercados consumidores, por várias vezes, acaba passando por cima de um modelo de comportamento esperado em uma sociedade pautada na

³³ CARVALHO, 1995, p. 56-57.

³⁴ BRITO, 2002, p. 10-11.

³⁵ SAUAIA; KALLÁS, 2007.

³⁶ BRASIL, 2016a.

³⁷ CARVALHO, 1995. p. 57.

concorrência como instrumento de desenvolvimento social. É nesse contexto que surgem as práticas anticoncorrenciais³⁸.

Conforme já abordado neste trabalho, a norma integradora do art. 173, § 4º da CF/88 é a Lei 12.529/11, que veio a substituir a Lei 8.884/94, em grande parte, como forma de acompanhar as transformações que a globalização operou no mercado nacional e internacional.

Em seu art. 36, a Lei 12.529/11 enuncia que:

Art. 36. 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.

Dentre as características marcantes do caput deste artigo, destaca-se a presença de conceitos indeterminados: estruturas tipológicas que permitem um grau de abertura maior (margem interpretativa), o que acaba revelando um instrumento de grande interesse prático na área do direito antitruste, aproximando a norma de sua realidade prática, fazendo com que ela possa ser mais facilmente atualizada³⁹.

Esse tipo de construção é notada quando o respectivo artigo define como seu objeto de atuação “os atos sob qualquer forma manifestados” o que traz a noção de que quaisquer condutas ali elencadas não passam de mero rol exemplificativo, isto é, *numerus apertus*. Em verdade, o sistema descrito no art. 36 da Lei 12.529/11 caracteriza uma conduta como anticompetitiva a partir de seu efeito, ainda que potencial, quando conjuga a concepção de que somente serão consideradas infrações os atos que “tenham por objeto ou possam produzir” as consequências intituladas em seus incisos, trazendo uma relação de causa e/ou consequência, respectivamente.

Daí por que eventuais abusos sob o prisma do direito antitruste não estão limitados a um conjunto de práticas específicas, cabendo a análise quanto ao seu potencial lesivo à concorrência, nos termos do §3º do art. 36 da Lei 12.529/11⁴⁰. Entre as condutas exemplificativas trazidas nesse parágrafo, que poderão chamar a atuação preventiva ou repressiva de órgãos como o CADE em caso de dano efetivo ou potencial à concorrência,

³⁸ BASTOS et al., 2017.

³⁹ BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 40.

⁴⁰ BRASIL, 2016a.

podem ser citadas: cartel, preços predatórios, abuso de posição dominante, *sham litigation* e a venda casada.

3 A VENDA CASADA

A análise da venda casada envolve várias ponderações. Isso porque, em um primeiro momento, praticamente todo bem poderá ser divisível, isto é, fracionado em alguma medida que não importe alteração substancial de sua natureza. Isso fica claro, especialmente, quando nos damos conta de que a maioria dos bens atuais são, na verdade, bens singulares compostos, ou seja, resultam da reunião de coisas simples, mediante processo de industrialização.

Mas não apenas em sentido físico, tem-se que os bens também podem ser considerados como divisíveis de acordo com um critério econômico. Desse modo, seria divisível aquele bem que pudesse ser fracionado sem diminuição considerável de valor ou prejuízo do uso a que se destina. Em outras palavras, seria possível a divisibilidade de um bem, desde que não se desnature o produto a ele correlato⁴¹.

No mercado, é o comerciante quem irá analisar, a princípio, se a cisão de um determinado bem composto em suas coisas simples seria realmente viável economicamente, em termos de oferta e procura, ou se traria prejuízo para ele.

Partindo desse sentido, começa-se a entender a lógica de uma venda casada, isto é, na subordinação do fornecimento de um determinado produto à compra de outro, que muitas vezes pode configurar um todo, ou seja, um mesmo produto. Fica então evidente o quão comum é essa prática, sendo inúmeros os exemplos, como a televisão e o controle remoto, o sapato e o cadarço, dentre outros⁴².

Antes, contudo, de adentrar na caracterização da venda casada sob a perspectiva do direito antitruste, vale a pena fazer uma comparação com a do direito do consumidor, a fim de analisar possíveis convergências ou divergências entre as áreas, especialmente porque a venda casada também tem presença marcante neste último.

3.1 VENDA CASADA: DIREITO DA CONCORRÊNCIA X DIREITO DO CONSUMIDOR

Pode-se dizer que o início desta discussão se relaciona com a delimitação do objeto de tais ramos do direito, diante do mercado. Essa delimitação, por sua vez, passa pela distinção entre micro e macroeconomia.

A microeconomia se volta ao estudo do comportamento dos agentes econômicos dentro de um mercado mais restrito, isto é, lida com variáveis individuais de um determinado

⁴¹ GONÇALVES, 2015, p. 300.

⁴² FORGIONI, 2018, p. 309.

segmento mercadológico. O símbolo da microeconomia, portanto, é a especificidade, podendo se exemplificar com o mercado de carros, o mercado de carnes etc⁴³.

Nesse sentido, a microeconomia se aproxima do direito do consumidor, que se volta a proteção das relações de consumo nos vários segmentos de mercado, notadamente na proteção da parte hipossuficiente, o consumidor⁴⁴.

Já a macroeconomia analisa a realidade econômica em sentido amplo, ou seja, sob a perspectiva de um bloco de segmentos de mercado em conjunto, seja ele regional, nacional ou até mesmo global. Aqui não se fala no mercado de carros, mas na indústria automobilística; não se fala no mercado de carnes, mas no mercado agropecuário etc⁴⁵. Nesse sentido, é o direito da concorrência que mais se aproxima desta divisão de ciência econômica.

Todavia, por óbvio, é de se reconhecer que existe uma zona de intersecção natural entre a macro e microeconomia, uma vez que a soma das articulações dos vários segmentos de mercados é que vai determinar as condições regionais, nacionais e globais.

Essa mesma interação se percebe entre o direito da concorrência e o direito do consumidor. Ainda que o direito da concorrência tenha por âmbito de atuação a garantia de uma macroeconomia em que os *players* respeitem a livre concorrência, não abusando do poder de mercado que eventualmente detenham, paralelamente, ele acaba por manter um maior nível de equilíbrio nas relações microeconômicas, que normalmente são alvo do direito do consumidor, o que por certo é bastante benéfico para o consumidor final⁴⁶.

No entanto, os escopos da proteção à venda casada abusiva possuem espectros diferentes nesses dois ramos. O direito consumerista visa fazer a proteção dentro da relação de consumo, impedindo o condicionamento de um produto a outro sem justa causa, nos termos do art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor – CDC⁴⁷. Em outras palavras, a relação protegida é mais centrada na cadeia em que se encontram consumidor final e seu fornecedor.

No direito concorrencial, a problemática envolvendo a venda casada possui dimensões maiores, já que envolve à análise de impacto econômico dentro do mercado como um todo. Verifica-se esse fenômeno quando determinado agente, com parcela suficiente de poder de mercado em um produto, vincula-o a um secundário e, a partir de movimento coercitivo,

⁴³ VIEIRA, 2006, p. 7.

⁴⁴ BOLZAN, 2017, p. 32.

⁴⁵ VIEIRA, op. cit., p. 7.

⁴⁶ TODOROV; TORRES FILHO, 2014.

⁴⁷ BRASIL, 1990, art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

acaba por restringir gradativamente a possibilidade de competição dentro do mercado deste último produto.

Portanto, percebe-se que a prática da venda casada deve ser analisada com cautela e de acordo com os ditames de cada ramo do direito em questão, já que a mesma pode configurar abusividade sob determinado campo do direito, mas não ser apta a qualquer tipo de intervenção do outro. Nesse sentido são as palavras de Francisco Todorov e Marcelo Maciel Torres Filho:

No direito do consumidor, o simples condicionamento injustificado da aquisição de bem ou serviço à compra de bem ou serviço distinto já poderia ser suficiente para caracterização do ilícito. Diferentemente, no âmbito do direito da concorrência, faz-se necessária, também, avaliação dos efeitos anticoncorrenciais da conduta, os quais só se materializam mediante a existência de certas condições - sendo a principal delas a existência de poder de mercado do agente que adota a prática sob análise⁴⁸.

3.2 A CARACTERIZAÇÃO DA VENDA CASADA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ANTITRUSTE

Como já afirmado neste trabalho, por diversas vezes a venda casada aparece como fenômeno mercadológico, podendo ser inclusive considerada como uma prática que, em certa medida, poupa esforços para o próprio consumidor, não havendo quanto a isso qualquer ilegalidade.

Sendo assim, resta, primeiramente, realizar uma diferenciação entre os cenários da venda casada lícita da venda casada anticoncorrencial, a qual estará efetivamente no campo de incidência do direito antitruste.

A doutrina, de modo geral, costuma apontar como requisitos de uma venda casada⁴⁹:

- a) A existência de dois produtos/serviços separados, sendo um deles o principal e o outro secundário;
- b) A existência de coerção para o adquirente;
- c) Fornecedor com posição de poder no mercado;
- d) (In)Elasticidade da demanda;
- e) Existência de efeitos anticompetitivos.

3.2.1 Existência de dois produtos/serviços separados, sendo um deles o principal e o outro o secundário

A venda casada é classicamente reconhecida quando a aquisição de determinado bem é condicionada à de outro, no que o direito americano costuma chamar de *tie-in*⁵⁰. Em um

⁴⁸ TODOROV; TORRES FILHO, 2014.

⁴⁹ FORGIONI, 2018; BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 139-140; RIBAS, 2011.

primeiro momento, identificar a existência desses dois produtos/serviços independentes, pode parecer simples, mas a realidade mostra que não é bem assim, figurando-se a questão por mais complexa do que se poderia imaginar.

Isso, como já exposto, parte da constatação de que praticamente todos os produtos podem ser fragmentados, tanto no sentido físico quanto econômico, o que pode trazer dificuldades quando da tentativa de determinar se o que está sendo vendido no mercado é efetivamente uma venda casada ou se esta reunião de bens consiste, em verdade, em um único produto.

De forma geral, a resposta da questão parece transitar em torno da própria característica da demanda existente, para que certos itens sejam vendidos em conjunto ou separadamente. Paula Forgioni caminha bem neste sentido, sustentando que se pode identificar um único produto quando não houver procura compensatória por ambas as coisas que o compõem, de forma separada:

Conquanto possa haver exceções (como a moça que gostaria de colocar no casaco fecho especial ou trocar os cadarços de seu tênis por outros coloridos), os consumidores normais não se interessariam pela aquisição de um paletó sem os botões, tampouco sapatos sem amarrilhos⁵¹.

Sendo assim, a primeira ação a ser perquirida é a análise da demanda do mercado em relação aos itens em objeto, para averiguação de seu correto enquadramento como dois produtos/serviços separados ou se são na, verdade, um único produto.

Passada essa fase, em sendo constatados os dois produtos/serviços, resta identificar qual deles é considerado o principal e qual é o secundário. Essa análise será importante para entender o fenômeno de alavancagem, o qual é praticamente inerente às vendas casadas anticoncorrenciais e que será estudada em tópico distinto.

3.2.2 A existência de coerção para o adquirente

A coerção pode ser conceituada como imposição. Na sistemática da venda casada, ela se faz presente quando determinado negócio jurídico é realizado mediante situação de dependência, aqui entendida como sendo a situação em que se encontra aquele que quer adquirir determinado bem isolado, mas não o pode fazer por conta da exigência do fornecedor à compra do produto a ele vinculado artificialmente⁵².

⁵⁰ UNITED STATES, 2015, tradução livre de: “Tying occurs when a firm “sell[s] one product but only on the condition that the buyer also purchases a different (or tied) product”.

⁵¹ FORGIONI, 2018. p. 310.

⁵² SALOMÃO FILHO, 2013, p. 508/509.

Calixto Salomão⁵³ classifica a situação de dependência em absoluta e relativa. A primeira se relaciona com o poder econômico que uma das partes detém em relação a outra, muito comum nos casos em que o fornecedor monopoliza certo produto, de modo que o adquirente se vê obrigado a submeter-se à venda casada, sob pena de não conseguir um substituto para aquela mercadoria.

A dependência relativa, por sua vez, caracteriza-se quando há uma determinada gama de produtos substitutos, mas a clientela de determinado agente tem predileção forte pelo produto daquele fornecedor específico, de modo que o agente se vê, mais uma vez, impelido a realizar o negócio.

3.2.3 Fornecedor com posição de poder no mercado

Como os agentes econômicos detém diferentes condições de impactar o mercado, é possível que surja um fenômeno em que determinada empresa/grupo detenha posição de destaque ante os seus concorrentes e até mesmo os consumidores. A esse fato se deu o nome de “posição dominante”.

Essa posição, por sua vez, traz como característica uma verdadeira margem de indiferença e unilateralidade de certa empresa em relação ao mercado em que está inserida. Com isso se quer dizer que a mesma detém certa esfera de poderio econômico, que lhe permite articular o mercado sem que sinta os efeitos produzidos – ou sem que sua conduta seja ditada – pelas ações de seus concorrentes.

Todavia, é preciso deixar claro que a posição dominante, por si só, não é punida pelo direito pátrio. Essa afirmativa é ratificada pelo § 1º do art. 36 da Lei 12.529/11, que aduz que a conquista de mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores, não caracteriza ilícito⁵⁴.

Não poderia ser outra a interpretação dentro de um modelo econômico pautado na lógica capitalista desenhada no art. 170-A da Constituição Federal, sob pena de o mercado, como já dito neste trabalho, ser desvirtuado e perder sua atratividade. Em outras palavras, aquele que conquistou sua posição de destaque mediante práticas concorrenciais legítimas, melhorando seu produto, conquistando seu espaço e atraindo clientela fiel, não é punido.

⁵³ Ibid

⁵⁴ BRASIL, 2011a, art. 36. 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 (...) § 1º 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.

Esse esclarecimento é necessário para que não se faça uma linha de raciocínio que conduza a uma aparente lógica entre a articulação do dominante com a ocorrência de efeitos monopolistas ilícitos. Não é possível dizer que a posição dominante implica em monopólio, apesar de ser possível a afirmação de que o monopólio necessita da condição de dominante para se estabelecer.

Como bem explica Forgioni, a empresa dominante, de fato, poderia se valer de condutas tipicamente relacionadas às monopolistas, tais como a maximização de lucros (na medida em que aumenta os preços de seus produtos e diminui a qualidade e custo dos mesmos) ou ainda quando impõe às concorrentes situações que certamente não se verificariam em um ambiente diverso.

Todavia, tal situação não pode ser verificada em todos os casos em que exista posição dominante, por conta das próprias peculiaridades que envolvem a determinação desse tipo de posição em cada mercado⁵⁵.

Essa é a problemática da distinção entre *Market Share* e *Market Power*, que podem ser utilizados como indicativos da existência de posição dominante em certo segmento mercadológico. É verdade que os conceitos se aproximam bastante, e por isso são parâmetros para a aferição dessa posição – em especial o *Market Share* – já que seria natural que aquele que detenha maior parcela de mercado consiga tomar decisões fora dos limites em que o mercado puramente dotado de concorrência efetiva imporá, enquanto aquele com pouca parcela de mercado não conseguiria o mesmo efeito⁵⁶.

Entretanto, nem sempre um elevado percentual do mercado conduz a um poderio econômico para o agente. É que outros fatores podem interferir nessa constatação, como a capacidade ociosa dos concorrentes, a elasticidade do mercado, a ausência de barreiras à entrada de novos agentes, dentre outros fatores específicos que poderiam, por exemplo, impedir que o detentor de posição dominante realizasse uma venda casada que gerasse efeitos anticompetitivos.

Sendo assim, percebe-se que nem sempre que uma empresa tiver *Market Share* ela terá *Market Power*, de modo que não conseguiria agir como se fosse monopolista e nem teria sucesso com a venda casada. Este é o posicionamento já explanado inclusive na cartilha do CADE:

Como o conceito de poder de mercado está baseado na capacidade de uma empresa aumentar preços sem perder seus clientes, somente a existência de posição dominante não é fator suficiente para que a empresa tenha tal capacidade de

⁵⁵ FORGIONI, 2018, p. 271.

⁵⁶ BRUNA, 1997, p. 104.

aumento unilateral de preços. Assim, a existência de posição dominante é condição necessária, mas não suficiente para a existência de poder de mercado⁵⁷.

É possível também ocorrer o oposto, ou seja, que um agente tenha parcela pequena do mercado, mas que detenha, por algum motivo, a capacidade de manipular certos segmentos do mesmo, como a fixação de preços, podendo caracterizar a ocorrência de efeitos anticompetitivos.

Em grande parte, é por conta desse panorama que o ordenamento brasileiro, diferente do direito comparado, não traz como condição legal a detenção de status dominante para o cometimento de infrações à ordem econômica, como a venda casada:

Por exemplo, o art. 101 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia – TFUE situa a venda casada como típico acordo de empresas ou abuso de posição dominante (...). Voltando à lei brasileira, a partir do momento em que a venda casada (tipificada no inc. XVIII do § 3º do art. 36 da Lei 12.529/11) implique a incidência de um dos incisos do art. 36, caput, será considerada contrária à ordem econômica⁵⁸.

3.2.4 (In)Elasticidade da demanda

Na economia, elasticidade é sinônimo de sensibilidade. Sendo assim, ao tratar de elasticidade, o intuito aqui é analisar a sensibilidade da demanda de determinado bem em consequência de possíveis variações de preço, como o mercado é impactado e como isso se reflete na configuração das vendas casadas.

A elasticidade-preço da demanda vai se colocar à observação de como a procura por determinado produto varia conforme a variação de seu preço. Por esses parâmetros, a demanda de um bem pode ser considerada elástica ou inelástica⁵⁹.

Quando se diz que a demanda por determinado bem é elástica, o que se quer dizer é: a variação no preço do bem provoca uma variação alta na quantidade demandada desse bem.

Em outras palavras, se o preço de um bem aumenta, em regra, o que se espera – pelas leis da oferta e da demanda – é que a quantidade de demanda pelo bem diminua. Ao dizer que a demanda é elástica, se está dizendo que a diminuição será alta. Inversamente, se o preço diminui, o que se espera é que a quantidade de procura pelo bem aumente. Se a demanda é elástica, se quer dizer que a procura aumentará bastante.

Já um mercado elástico é aquele que possui uma gama maior de produtos aptos a substituírem outros, de modo que o consumidor consegue se adequar a oscilação de preço do bem facilmente, buscando um produto similar⁶⁰. É o caso, por exemplo, do mercado de manteiga, bem que pode ser substituído pela margarina.

⁵⁷ BRASIL, 2016b, p. 9.

⁵⁸ FORGIONI, 2018, p. 141.

⁵⁹ GICO JÚNIOR, 2007, p. 55.

⁶⁰ Ibid, p. 56.

Todavia, existem casos em que a variação no preço do bem não causa uma variação impactante na demanda do mesmo. Quando se está à frente de um mercado com essas características, diz-se que o mesmo é inelástico.

Um mercado inelástico é aquele em que os produtos são considerados essenciais para os consumidores, ao mesmo tempo que não possuem substitutos à altura, como ocorre com a água ou o gás de cozinha, por exemplo. Também é possível perceber a existência de mercado inelástico quando o produto representa um vício para aquele que o consome, a exemplo do mercado de tabaco.

Trazendo esses conceitos para égide do direito antitruste, o que se percebe é que quanto menos elástica for a demanda, ou seja, quanto mais essencial e insubstituível é o bem, maiores as chances do agente econômico que o produz deter poder de mercado (*Market Power*)⁶¹.

Já no que diz respeito, especificamente, à venda casada, a elasticidade do mercado pode ser um fator chave para determinar se essa venda será aceita pelo consumidor, se os concorrentes não seriam convidados a entrar no mercado, se a venda casada estaria apta a gerar efeitos (sejam eles anticompetitivos ou não).

Por exemplo, em um mercado elástico, como o de bebidas (refrigerante, cerveja etc), se uma determinada empresa quisesse realizar uma venda casada de seus produtos, provavelmente ela não teria sucesso. Isso porque, diante de um mercado elástico, que se caracteriza pela existência de inúmeros produtos similares, o consumidor final facilmente poderá fazer a substituição do produto daquela empresa. Sendo assim, a venda casada não chegaria sequer a ter efeitos anticompetitivos, em acordo com os parâmetros utilizados pelo direito antitruste e que serão analisados no próximo tópico.

Conclui-se que, dentro desse cenário, o mais provável é que o agente econômico que tente realizar a venda casada em um mercado elástico tenha insucesso, podendo inclusive acabar por aumentar a procura dos consumidores pelo bem de seu concorrente, ocorrendo o que se fala em “elasticidade-cruzada da demanda”⁶².

3.2.5 Existência de efeitos anticompetitivos

Pode se dizer que o presente requisito traz a mais clara distinção entre uma venda casada lícita e uma venda casada ilícita, nos termos do direito concorrencial.

⁶¹ BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 60.

⁶² GICO JÚNIOR, 2007, p. 57.

Para começar a percorrer esse caminho é importante entender um fato, inerente a práticas anticoncorrenciais envolvendo a venda casada, que é chamado de “alavancagem” (ou *Leverage Theory*, no direito americano).

De forma sintética, a alavancagem é o fenômeno pelo qual certa empresa se utiliza do poder que detém em certo segmento de mercado, para impulsionar a sua participação em outro⁶³. As implicações acerca do comportamento de alavancagem, seus potenciais efeitos e o modo como a lei deve se comportar perante esses casos são discutidos há tempo pela doutrina e jurisprudência comparadas, em especial a norte americana⁶⁴.

Sua visualização fica clara na venda casada, já que um dos seus aspectos principais, qual seja a subordinação de um produto principal a um secundário, pode ter como consequência justamente o impulsionamento do produto secundário a uma parcela de mercado similar à parcela do produto principal.

A fim de exemplificar como se dá essa situação, imaginemos dois mercados distintos, como os de impressoras e toners (tinta), sendo o primeiro dominado pela empresa “A”, e o segundo disputado por várias outras (incluindo a empresa “A”). Se a empresa “A” decidir que só venderá seu produto principal, as impressoras, sob a condição de que o comprador também adquira o seu toner – produto secundário – a consequência poderá ser a gradual elevação da empresa “A” no mercado de toners até que ela chegue em um status de domínio compatível com o que ela detém em seu mercado principal. Isso é a alavancagem.

Guardadas as devidas proporções, foi em um caso parecido com esse que, em 1993, ainda sob a égide da já revogada Lei nº 8158/91, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apreciou e condenou a Empresa Xerox no Processo Administrativo nº 23/91, condenação posteriormente ratificada pelo TRF – 1ª Região, em que a mesma se utilizava da venda casada com ênfase em toners e reveladores, para criar dificuldades aos concorrentes além de impor penalidade para os intermediários que não adquirissem os produtos em conjunto, violando assim a concorrência⁶⁵.

Por certo que é a análise do impacto da alavancagem de uma venda casada no mercado que determinará a natureza jurídica dessa prática. No caso exemplificado da empresa “A”, se a venda casada trouxer um impedimento à entrada ou mesmo ao desenvolvimento dos demais concorrentes, com certeza um alerta seria ligado quanto à aplicação da lei antitruste.

⁶³ SMITH-CLARKE, 2003, p. 179, tradução livre de: “Monopolistic leveraging is “the use of monopoly power’ in one market to strengthen a monopoly share in another Market”.

⁶⁴ FELDMAN, 1999, p. 2079, tradução livre de: “For almost a century, antitrust commentators have struggled to explain leverage behavior. Why do firms engage in leverage? What are the potential effects, and how should antitrust law respond?”

⁶⁵ BRASIL, 2008a.

Por sua vez, esse entendimento que condiciona a análise de uma conduta ao seu impacto no mercado, a fim de analisar seu possível grau de (anti)competitividade, é atingido por meio de uma evolução histórica que culmina em duas correntes: o “ilícito per se” e a “regra da razão”⁶⁶.

Ao começo dos estudos de direito antitruste, em especial no início do século XX, o que se percebia era uma tentativa de aproximá-lo da visão positivista, dominante à época, e que se caracterizava pela criação de arcabouços normativos herméticos. O intuito era fazer com que o Estado pudesse direcionar de forma efetiva quais condutas poderiam ou não ser praticadas, de modo que eventual punição ocorreria simplesmente pelo fato dessas práticas serem constatadas, não importando seus efeitos⁶⁷.

Daí surge a primeira das correntes aqui analisadas: o ilícito per se; também conhecido como “ilícito por objeto”, já que basta a identificação da sua ocorrência para que se proceda a punição, não sendo necessário apurar sua relação dentro do contexto econômico em que se insere. Em outras palavras, aqui há uma verdadeira presunção de efeitos lesivos à sociedade na prática daquela conduta, o que a faz com que ela possa ser caracterizada como ilícita imediatamente após a comprovação de sua ocorrência, sendo prescindível que a autoridade concorrencial proceda a uma análise das estruturas de mercado ou poder econômico dos agentes⁶⁸.

No entanto, na medida em que os estudos do antitruste se tornaram mais aprofundados, restou evidente que a simples utilização da técnica do “ilícito per se” não se mostrava suficiente. É que, por mais que certas técnicas taxativas possam funcionar em outros ramos do direito, o fato é que, no direito antitruste, a jurisprudência – em especial a americana – logo sentiu a necessidade de integralizar a investigação acerca da (i)licitude de um comportamento empresarial diante de seus impactos econômicos, surgindo a regra da razão, também conhecida como “ilicitude pelos efeitos”.

A partir da regra razão, firma-se o entendimento de que as práticas a serem restringidas devem ser apenas as que afetarem a concorrência de maneira não razoável⁶⁹. Isso quer dizer que, dentro dessa seara, as condutas são tidas inicialmente como lícitas, apenas passando para o campo da ilicitude quando constatados seus efeitos deletérios em relação à

⁶⁶ Giorgio Bernini apud FORGIONI, 2018, p. 204.

⁶⁷ AMORIM, 2017.

⁶⁸ BRASIL, 2017.

⁶⁹ FORGIONI, 2018, p. 207.

concorrência, através de uma análise econômica apurada acerca dos efeitos líquidos daquela conduta⁷⁰.

Com isso, ocorreu um movimento gradual, em que condutas unilaterais – como a própria venda casada, antes classificadas como ilícitas por si mesmas – foram passando para a análise quanto à regra da razão⁷¹.

Sem dúvida, a opção pela regra da razão resta latente nos ordenamentos jurídicos mundo a fora, inclusive no pátrio, já tendo sido aqui apresentado que uma das características mais marcantes do direito econômico brasileiro é sua utilização de conceitos indeterminados, ou seja, estruturas tipológicas que permitem maior margem interpretativa, de forma oposta às regras taxativas – o que permite a atualização do entendimento acerca da matéria, ainda que o texto legal em si não varie, como se depreende do próprio art. 36 da lei de defesa da concorrência⁷².

Aplicando a regra da razão à venda casada, sua análise certamente envolverá a constatação de possível utilização de poder de mercado para alavancagem de produtos, somado à coerção e ao fechamento de mercado aos demais *players* etc.

Com essa breve explanação acerca dessas duas correntes, resta apenas observar que, apesar de haver verdadeira mudança no paradigma de interpretação da norma concorrencial mundo a fora, a classificação “per se” não foi simplesmente extirpada do mundo do antitruste. Muito pelo contrário, sua presença ainda é sentida, em especial quando se observa, por exemplo, a ocorrência do cartel de preços⁷³.

3.2.6 Direito comparado. Análise de Caso *Microsoft* – Venda Casada Anticoncorrencial envolvendo o *Windows* e o *Internet Explorer*.

A proposta do presente tópico é cotejar cada um dos requisitos caracterizadores da venda casada anticoncorrencial, diante de um cenário real. A escolha por um julgado do direito americano se deu, em primeiro lugar, por conta da falta de jurisprudência farta no direito brasileiro, não havendo condenações do CADE sob a vigência da Lei 12.529/11, que atualmente disciplina a matéria jurídica relativa ao antitruste⁷⁴, bem como por conta da importância e ressonância que o referido caso teve para os estudos da venda casada e para a própria configuração do mercado de softwares.

⁷⁰ BRASIL, 2011b

⁷¹ MACIEL, 2011.

⁷² BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018, p. 40.

⁷³ MAEDA. 2013.

⁷⁴ BRASIL, 2007, Últimas condenações do CADE em matéria de venda casada anticoncorrencial: caso Xerox do Brasil Ltda (Processo Administrativo nº 23/91) e caso Sharp Indústrias e comércio Ltda (Processo Administrativo nº 01/91); RIBAS, 2011, p. 15-16.

Em meados dos anos 90, começou, de forma ainda singela, a expansão da internet. Em verdade, a mesma, naquele período, ainda era um reduto um tanto quanto inacessível para a maioria das pessoas que tinham computadores, de modo que apenas acadêmicos ou profissionais, com relações diretas com a área, costumavam acessá-la.

Em 1994, porém, a relação dos usuários com a internet começou a mudar com a entrada em cena do “*Navigator*”, um navegador de internet de uma empresa recém-criada, chamada *Netscape*. Esse programa, por conta de seu gráfico simples e manuseio quase intuitivo, virou extremamente popular e ampliou o alcance da internet, revolucionando o até então diminuto mercado de “*Browsers*”.

Todavia, a crescente popularidade da *Netscape* chamou a atenção da já gigante *Microsoft*, que na época detinha quase 90% do mercado de sistemas operacionais, um número de expressividade que a conferia um dos requisitos analisados neste trabalho: poder de mercado.

Mais do que isso, por conta dessa expressividade no ramo de sistemas operacionais, a *Microsoft* controlava o que se chama de plataforma de softwares, ou seja, a base na qual os programas são criados. De fato, com um *Market Share* de quase 90%, qualquer empresa que sonhasse em ser competitiva tinha que fazer seus programas rodarem em compatibilidade com o sistema *Windows*.

Ao entrar na competição para o desenvolvimento de seu próprio navegador, o qual chamou de “*Internet Explorer*”, a *Microsoft*, em um dado momento, se utilizou de um tipo de venda casada unindo dois produtos distintos: o seu sistema operacional (principal produto) com o navegador (produto secundário), ou seja, oferecendo o pacote *Windows* sem que seus componentes fossem oferecidos de forma individual⁷⁵. O objetivo não era apenas conseguir posição dominante no mercado secundário, mas proteger sua posição no próprio mercado de sistema operacional, que poderia ser colocado em risco por novos *players*.

A consequência foi a alavancagem gradual do *Internet Explorer* a uma parcela de mercado em percentual cada vez mais parecido com o que a empresa detinha no ramo de sistemas operacionais, o que para a *Netscape* acabou sendo fatal, culminando na famosa demanda judicial *United States vs. Microsoft Corporation*.

Em razão da capacidade econômica da *Microsoft*, a mesma conseguiu unir os produtos sem demasiado acréscimo pelo novo “aplicativo”, ou seja, o consumidor comprava a versão do *Windows* e já recebia o *Internet Explorer*, praticamente “por tabela”. Em um mercado de

⁷⁵ SALINGER, Michael apud RIBAS, 2011, p. 70.

pouca elasticidade, em que os demais concorrentes precisavam vender seus produtos a um preço razoável para conseguirem manter lucratividade, os consumidores não viam motivos em adquirir um outro navegador, quando já tinham acesso ao que vinha no pacote *Windows*.

Além disso, houve também a alegação de abuso de posição dominante da *Microsoft*, no que se refere às negociações com os fabricantes de PC's. De acordo com a análise feita pelo Departamento de Justiça Norte-Americano, a *Microsoft*, ilegalmente, teria exigido que os fabricantes de PC's concordassem em instalar seu navegador (*Internet Explorer*) em suas máquinas como forma de obter licenças para o uso do sistema operacional *Windows 95*⁷⁶. Discutiu-se, ainda, se a empresa teria lançado mão de meios que dificultassem com que os usuários instalassem os softwares concorrentes nos computadores que rodavam no sistema *Windows*⁷⁷.

Com isso, pretendeu-se recriar um cenário com alegações feitas à época e como esse cenário poderia ser estudado, a partir do detalhamento realizado neste trabalho, acerca dos requisitos caracterizadores da venda casada (anti)concorrencial.

⁷⁶ UNITED STATES, 1998, tradução livre de: "(...) Microsoft unlawfully required PC manufacturers to agree to license and install its browser, Internet Explorer, as a condition of obtaining licenses for the Windows 95 operating system".

⁷⁷ BEATTIE, 2018, tradução livre de: "The government case accused Microsoft of making it difficult for consumers to install competing software on computers operated by Windows".

4 A VENDA CASADA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

4.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA – INTERAÇÕES

Antes delinear as especificidades da venda casada neste campo, cabe realizar algumas considerações iniciais acerca da propriedade intelectual (P.I.), de modo a demonstrar, pelo menos de forma genérica, seu conceito e características fundamentais.

Diz-se de forma genérica porque a definição, propriamente dita, do termo não foi feita pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que delimitou a sua abrangência, enunciada como a soma dos direitos “às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana; as descobertas científicas; os desenhos e modelos industriais; às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”⁷⁸.

De forma mais sucinta, pode-se tentar “definir” a propriedade intelectual simplesmente como o produto decorrente da capacidade inventiva/criativa do homem⁷⁹, devidamente respaldada em âmbito constitucional através do art. 5º, XXIX da Constituição Federal⁸⁰.

No que diz respeito a sua natureza jurídica, ainda pende certa divergência doutrinária quanto ao seu correto enquadramento. Para certos autores, tais direitos se revestem de natureza jurídica de direitos reais, mais precisamente como uma modalidade específica de propriedade – a incorpórea – com todos os elementos inerentes a usar, gozar, dispor, bem como às restrições decorrentes de reaver do poder de quem injustamente as possua, nos termos do art. 1228 do Código Civil⁸¹. Outra parcela os identifica mais aproximados aos direitos da personalidade, especialmente quanto aos direitos autorais, por argumentar que, na

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 1979.

⁷⁹ DEL NERO, 1998, p. 41; COELHO, 2011, p. 159-160.

⁸⁰ BRASIL, 1988, 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

⁸¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2013, p. 20.

medida em que é obra intelectual de alguma pessoa, deve ser tida como parte integrante de sua esfera de personalidade, com reflexos morais mais relevantes do que econômicos⁸².

Por último, há uma corrente que coloca a P.I. como tendo natureza jurídica dúplice (híbrida), ou *sui generis*, sendo de igual montante em seu viés patrimonial e moral, ou seja, tanto no que diz respeito à exploração mercantil de sua obra quanto da defesa da manutenção da integridade da mesma, respectivamente⁸³. Esta corrente, por sinal, acaba se identificando com a forma pela qual a propriedade intelectual é atualmente estudada, sendo dividida em duas grandes espécies.

Em uma ponta temos os direitos autorais, aproximado do direito civil e regulado sobretudo pela Lei nº 9.610/98, concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, expressas em qualquer meio e inseridas dentro do contexto de direitos da personalidade, voltando a proteção mais para a pessoa (o autor) da obra em si⁸⁴. Na outra, temos a propriedade industrial, aproximada do direito empresarial, que pode ser visto como um conjunto de direitos concedidos àqueles que decidem aplicar sua inovação/melhoramento em âmbito industrial. Neste último se encontram as marcas e patentes, o desenho industrial, a indicação geográfica e até mesmo a repressão à concorrência desleal⁸⁵, que será abordada mais a fundo em tópico próprio.

Passada essa fase mais introdutória, é interessante perceber como funciona o sistema econômico adotado pela Constituição de 1988 diante dos direitos de propriedade intelectual. É que, como se sabe, a livre iniciativa e a livre concorrência norteiam a ordem econômica estabelecida pelo art. 170 da CF, já descrito neste trabalho.

A perspectiva que se quer colocar em foco é como esses princípios podem – se é que podem – ser analisados de forma sistemática com as noções de propriedade intelectual. Com isso, se faz a seguinte indagação: se estamos falando em garantir direitos de exclusividade a certas pessoas por conta de suas atividades inventivas, estaríamos abrindo uma exceção a sistemática introduzida pela ordem econômica?

Barroso enuncia que a aplicação pura e simples dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência traria como óbice qualquer tentativa possível de monopolização na ordem jurídica vigente. Todavia, como descreve, o sistema se encontra em maior nível de aprimoramento, já que a própria Carta Magna legitima hipóteses em que se excepciona o regime por ela disposto, em virtude de interesses específicos, a exemplo do que ocorre quando

⁸² DINIZ, 2009, p. 343.

⁸³ BARROS, 2007, p. 52.

⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016.

⁸⁵ Ibid.

se confere a possibilidade de o Estado exercer atuação monopolística em certas áreas. Para o autor, é exatamente isso que acontece no caso dos direitos inerentes à propriedade intelectual, quando a Constituição Federal os legitima em seu art. 5º, XXIX, com o fito de equilibrar interesses a fim de garantir maior o desenvolvimento⁸⁶.

Outros autores, todavia, têm uma visão distante da corrente dualista que tenta justificar a interação entre esses ramos do direito como se fossem uma tentativa de harmonização ao objetivo de promover inovação e progresso. Para Guilherme Ribas, por exemplo, tal visão se afigura, no mínimo, incompleta, uma vez que, do ponto de vista científico, não existiria comprovação de que essa dualidade, do modo como descrita, seja realmente decisiva para o processo de inovação ou contributiva para o desenvolvimento socioeconômico⁸⁷. Em verdade, para Ribas – e para outros autores – o relacionamento que se percebe entre a propriedade intelectual e o direito antitruste ocorre porque as matérias são correlatas, de modo que a relação aqui não seria de caráter excepcional/derrogatório, mas de cooperação/integração⁸⁸.

Quem desenvolve esse pensamento é Newton Silveira, que sustenta terem os direitos decorrentes da propriedade intelectual distinto caráter concorrencial. Isso porque, continua o autor, deve-se fazer uma diferenciação entre a disciplina que traduz juridicamente o processo inventivo daquela que disciplina seus possíveis efeitos aplicados no mercado e relacionados com a economia, de modo que: *“os direitos fundamentais do autor e do inventor permanecem constitucionalmente invioláveis enquanto na esfera pessoal de seus titulares, mas sujeitam-se ao princípio da proporcionalidade com relação ao art. 170 da Constituição quando postos no mercado”*⁸⁹.

Com essas noções superficiais acerca da P.I. e como funciona sua ligação com o direito concorrencial, passe-se a tratar agora, mais especificamente, sobre as vendas casadas que envolvem esses dois ramos jurídicos.

4.2 A INFLUÊNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA CONFIGURAÇÃO DA VENDA CASADA

Abordar a venda casada tendo como plano de fundo a propriedade intelectual não traz modificações dramáticas no instituto. Pelo contrário, significa apenas mais um desdobramento natural do surgimento de novos fatos juridicamente relevantes, especialmente em virtude de novas tecnologias.

⁸⁶ BARROSO, 2000, p. 184-185.

⁸⁷ RIBAS, 2011, p. 30.

⁸⁸ Ibid, p. 32.

⁸⁹ SILVEIRA, Newton. apud RIBAS, 2011, p. 42.

Sendo assim, a estrutura da venda casada, já abordada neste trabalho, permanece válida, de modo que a propriedade intelectual apenas irá influenciar em alguns de seus pontos.

Veja-se, por exemplo, o requisito inicial de uma venda casada: a existência de dois produtos/serviços separados, sendo um deles o principal e o outro secundário. Toda a análise de demanda de mercado para a correta configuração da real existência dos dois produtos continua sendo necessária. Todavia, se estivermos falando de uma venda casada, com reflexos na propriedade intelectual, deve-se ter em mente que o produto/serviço – principal – sempre estará atrelado à proteção pelos direitos de P.I.⁹⁰

Uma das possibilidades disso acontecer é fazendo com que o produto principal esteja sob o manto de uma patente, uma das mais conhecidas e tradicionais formas de proteção da propriedade intelectual. A patente é um título de propriedade que recai sobre determinada atividade inventiva e tem o poder de criar sobre esta uma situação jurídica – embasada na Lei nº 9.279/96 – que confere a seu titular a possibilidade de se valer de sua exploração econômica de forma exclusiva por certo espaço de tempo, que irá variar de acordo com a natureza do objeto. Ou seja, o detentor da patente consegue impedir que terceiros se utilizem de sua invenção de forma desautorizada⁹¹.

A ideia por trás do instituto claramente é recompensar a atividade inventiva, além de promover o reinício do ciclo de estímulo ao desenvolvimento de novos tipos de tecnologia. Não obstante, os direitos de propriedade intelectual também protegem seu titular contra a ação dos chamados “*free riders*”, imitadores que desejam tirar vantagem das realizações de terceiros, fenômeno também conhecido como “parasitismo”⁹².

Interessante perceber que tal poder, conferido ao detentor da patente, acaba por, na maioria das vezes, fazendo com que seu produto estabeleça forte posição no mercado, ou seja, possua alto *Market Share*, do que poderá decorrer o *Market Power*.

Por certo que, apesar de haver uma possível interligação entre a detenção de poder de mercado com a respectiva porção de mercado que certa empresa detém, isso não é suficiente para se traçar uma ideia de causa/efeito ou qualquer hipótese condicional, já que, como foi visto, outros fatores podem interferir nesse tipo de constatação. Com a propriedade intelectual ocorre a mesma coisa, ou seja, não se pode dizer que dos direitos de P.I. necessariamente decorra *Market Power*.

⁹⁰ RIBAS, 2011, p. 74.

⁹¹ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2019.

⁹² PAZOS, 2015.

Reforçando a constatação, o CADE apresenta jurisprudência afirmando que a existência de certo monopólio legal, que se relaciona com o uso de direito de exclusividade sobre determinada tecnologia, não traz necessária implicação de monopólio econômico dentro daquele mercado, sendo totalmente concebível que tecnologias distintas sob o manto da P.I. estejam situadas dentro do mesmo mercado relevante, atuando como concorrentes⁹³. Portanto, persiste a necessidade de analisar as condições do mercado, como a elasticidade ou não do mesmo, bem como os comportamentos do agente econômico para possível constatação de efetivo poder de manipulação do mercado de forma unilateral, sem se pautar por condutas praticadas pelos outros *players*.

Por certo que, se constatado poder de mercado, as situações de promoção de condutas anticompetitivas, que sinalizam a venda casada anticoncorrencial, tais como o fenômeno da alavancagem do produto secundário ou abuso dos direitos de exclusividade com prejuízos à concorrência, se farão presentes de forma mais impactante, atraindo a esfera do direito antitruste.

A jurisprudência americana já se deparou com vários desses casos, que ajudaram a formar a evolução de seu entendimento jurisprudencial ao longo dos anos. Por exemplo, em *Henry vs. A.B. Dick Co (1912)*, a Suprema Corte norte americana foi instada a se manifestar sobre a prática de *A.B. Dick* – titular de patente sobre certo modelo de mimeógrafo – de condicionar o licenciamento de sua patente a terceiros somente se estes utilizassem os insumos (tinta, papel) fornecidos também por sua empresa⁹⁴.

Similar foi o caso *Morton Salt Co. vs. G.S. Suppiger Co. (1942)*, em que a discussão se encontrava no plano de fundo em que uma das empresas havia inventado e patenteado uma máquina que injetava pastilhas de sal (não patenteadas) em alimentos enlatados, porém, para autorizar o uso da patente a terceiros, exigia que estes também comprassem o sal produzido pelo então titular da patente⁹⁵.

Por último, há o caso envolvendo a *Motion Pictures Patents (1917)*, empresa que detinha a patente sobre certo tipo de projetor de filmes contendo inovação tecnológica que faziam com que as projeções ocorressem de modo mais uniforme, o que rapidamente a conferiu mais poderio econômico em um mercado até então pouco explorado. Todavia, para

⁹³ BRASIL, 2008b, p. 365.

⁹⁴ FORGIONI, 2018, p. 318.

⁹⁵ HOVENKAMP, 2008, p. 12, tradução livre de: “The patentee in Morton Salt had invented a machine that injected salt tablets into canned foods, and licensed the machine to canners under agreements requiring them to purchase their salt from the patentee as well”.

conceder direitos de exploração sobre a máquina, a referida empresa estipulava sua utilização exclusiva para a projeção de filmes dela própria⁹⁶.

Percebe-se em todos os casos aqui descritos a tentativa de realização do fenômeno da “alavancagem”, por meio do uso de direitos relativos à propriedade intelectual, com fins de impulsionar determinado produto a uma parcela de mercado similar à parcela de outro.

A Suprema Corte americana, especialmente quando do julgamento do caso da *Motion Pictures* (1917), consignou a ideia de extensão ilegítima do uso de patente, quando seu titular impõe restrições não albergadas por seu direito de exclusividade. Em outras palavras, a Suprema Corte americana estava afirmando que a *Motion Pictures* teria se utilizado de conduta anticompetitiva no mercado, mediante o abuso de seu direito de exclusividade concedido pela patente, já que o mesmo deveria ter se limitado à invenção propriamente descrita em seu registro, não podendo seu proprietário tentar restringir o uso dos materiais necessários em sua operação, os quais não faziam parte da invenção patenteada (no caso, os filmes que a máquina poderia ou não projetar)⁹⁷.

Percebe-se, então, as situações em que a venda casada sutilmente reflete aspectos não apenas no direito antitruste, mas também no abuso de direitos de propriedade intelectual, e como isso vem sendo delineado nos julgamentos.

4.3 O FUTURO DAS VENDAS CASADAS INSERIDAS NO CONTEXTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Apesar de a relação entre essas matérias estar permeada de relevantes encontros ao longo dos tempos, como abordado neste trabalho, é certo que nas décadas mais recentes a importância desta interface ganhou contornos novos, com a acentuação da globalização, fruto do exponencial desenvolvimento tecnológico e consequente expansão dos direitos de propriedade intelectual⁹⁸.

A transformação de um mundo analógico em um mundo digital, com o aperfeiçoamento de tecnologias até então desconhecidas, mas que passaram – “de uma hora

⁹⁶ UNITED STATES, 1917, tradução livre de: “(...) is sufficient description of the patent to say that it covers a part of the mechanism used in motion picture exhibiting machines for feeding a film through the machine with a regular, uniform, and accurate movement (...) This agreement contains a covenant on the part of the grantee that every machine sold by it, except those for export, shall be sold "under the restriction and condition that such exhibiting or projecting machine shall be used solely for exhibiting or projecting motion pictures containing”.

⁹⁷ UNITED STATES, 1917, p. 1, tradução livre de: “Under the patent law, the grant by patent of the exclusive right to use, like the grant of the exclusive right to vend, is limited to the invention described in the claims of the patent, and that law does not empower the patent owner, by notices attached to the things patented, to extend the scope of the patent monopoly by restricting their use to materials necessary for their operation but forming no part of the patented invention, or to send such articles forth into the channels of trade subject to conditions as to use or royalty, to be imposed thereafter, in the vendor's discretion”.

⁹⁸ FORGIONI, 2018, p. 326.

para outra” – a ser consumidas por praticamente todos, trouxe à tona novos tipos de tensão entre os dois regimes legais, que as cortes constantemente vão identificando e tentando criar meios de superação⁹⁹.

Veja-se o caso de mercados, “a pleno vapor”, como o de *softwares*, que se refletem no mercado de computadores ou de telefonia móvel e que são tidos como novas formas de surgimento de uma propriedade intelectual, que agora se volta principalmente à era digital.

Novos meios de interação tecnológica com certeza trazem à tona um novo debate acerca da distinção entre uma venda casada anticoncorrencial daquela legitimada por meio de natural desenvolvimento tecnológico, quando a relação entre dois ou mais produtos possa ser entendida como uma relação interdependente e apta a, quem sabe, considerar o tratamento deles como sendo um só¹⁰⁰. Casos como o da *Microsoft* servem para exemplificar os problemas que as cortes começaram e ainda irão, por demais, enfrentar com o surgimento de novas formas de se fabricar produtos, os quais certamente terão reflexos no instituto trabalhado.

Outra questão, que certamente deve ser alvo de maior atenção nos próximos anos, é a dos pacotes e agrupamentos (*pool*) de licenças, conjunto de direitos de propriedade intelectual de uma ou mais empresas, respectivamente, que são negociados juntamente com terceiros¹⁰¹.

Se por um lado tais estratégias, do ponto de vista comercial, podem se revelar mais vantajosas para lidar com a enormidade de direitos de propriedade intelectual passíveis de serem transacionados no mercado, ou até mesmo mais coerentes – do ponto de vista tecnológico – para lidar com a integração de tecnologias, por outro, o direito da concorrência fica alerta pela natural proximidade com o instituto da venda casada¹⁰².

Isso porque, nessa situação, se afigura possível a ocorrência de efeitos anticompetitivos, em especial quando o detentor das patentes se recusa a licenciá-las separadamente, o que pode ser uma tentativa de alavancagem de certas licenças menos desejáveis por meio de coerção. Em 1999, no caso *MCA Television Ltd. Vs Public Interest Corp.*, o tribunal de apelações do décimo primeiro circuito americano considerou que a

⁹⁹ HOVENKAMP, 2008, p. 1. Tradução livre de: “The relation between intellectual property (IP) and antitrust policy has always been unstable and problematic. Courts have seen an inherent conflict between the two legal regimes (...)”.

¹⁰⁰ RIBAS, 2011, p. 78.

¹⁰¹ BARBOSA, 2014, p. 5.

¹⁰² RIBAS, op. cit., p. 108-109.

imposição da licença de certos programas de televisão à aquisição de novos programas do detentor era ilegal¹⁰³.

A venda casada envolvendo P.I e antitruste, portanto, mais do que nunca, vai virando foco de ordenamentos jurídicos que não estão alheios aos impactos econômicos de suas decisões diante das mudanças ocorridas em virtude do desenvolvimento do meio social, o que traz relevos diferentes quanto à apresentação do instituto.

¹⁰³ JACOBSON, 2007, p. 1120. Tradução livre de: (...) In *MCA Television Ltd v Public Interest Corp.*, the Eleventh Circuit held that a licensor's conditioning of a license for desired television programs upon acceptance of a new program was illegal (...)

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como norte a identificação e o estudo da conduta conhecida como venda casada. O enfoque que se quis dar foi em relação à sua inserção dentro dos domínios do direito antitruste, ou seja, lançando mão de analisar a venda casada através de uma visão macroeconômica, mostrando quais são seus impactos entre os *players*.

Em um primeiro momento, as noções de certos institutos fundamentais do direito econômico e concorrencial se fizeram necessárias, a fim de que fossem estabelecidas as bases jurídicas que norteariam o presente trabalho.

No momento posterior, considerado o cerne do trabalho, mostrou-se como a presença de determinados requisitos de uma venda casada podem conferir um caráter ilegítimo ao instituto, contrariando as finalidades da ordem econômica e, por conseguinte, atraindo a aplicação da lei antitruste (Lei 12.529/11).

Ressalte-se que a ideia desta pesquisa nunca fora a de rechaçar por completo o instituto da venda casada, prática bastante comum no mercado e que, em certa medida, pode se mostrar positiva, tanto para o fornecedor – no que diz respeito a diminuição de custos de comercialização – quanto para o consumidor que prefere poupar esforços, não havendo necessariamente que se falar em ilegalidade¹⁰⁴.

Por isso mesmo que a venda casada foi tratada de forma pormenorizada, diferenciando seus reflexos no âmbito do direito antitruste dos reflexos em outros ramos do direito – a exemplo do direito do consumidor – que também lidam com a temática; tudo isso com o intuito de mostrar como se deu a evolução histórica da jurisprudência pátria e estrangeira acerca do enquadramento fático das vendas casadas inseridas no âmbito do direito concorrencial.

Pelo aqui disposto, a venda casada deverá ser analisada de acordo com a regra da razão, ou seja, sua observância não se caracteriza como uma ilicitude por si só, mas apenas quando confrontada com uma análise profunda de seus efeitos anticompetitivos dentro do mercado, o que deverá levar em conta, dentre outras, a posição de poder do agente econômico que pratica a venda casada, a inelasticidade do mercado para substituir os produtos vendidos conjuntamente e a existência de coerção para o adquirente.

Percebeu-se que a técnica da alavancagem para promover uma venda casada anticoncorrencial tem sérios impactos negativos no mercado, já que tal conduta se mostrou apta a promover um verdadeiro fechamento em vários segmentos, tanto para a entrada de

¹⁰⁴ FORGIONI, 2018, p. 316.

novos agentes quanto para a manutenção da subsistência daqueles que ali já estão inseridos. A análise de caso trazida, tendo como foco o ramo de *softwares*, reforça essa visão.

No último capítulo, procurou-se colocar em foco uma discussão que vem ganhando força nos últimos anos, qual seja as relações entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual, especialmente no que diz respeito a possíveis interações entre ramos dos direitos que podem traduzir tensões entre si, em virtude da alteração das configurações de um mercado diante dos privilégios de exclusividade¹⁰⁵.

Ao final, concluiu-se que a ferramenta do antitruste e dos direitos de propriedade intelectual não se traduz em uma relação de antagonismo, mas sim de cooperação, tendo em vista que a detenção dos direitos de exclusividade, por consequência da propriedade intelectual, não se confunde com a exploração econômica desses direitos, que devem se submeter aos ditames concorrenciais¹⁰⁶.

A inserção da venda casada anticoncorrencial nesse ponto do trabalho se deu, justamente, para avaliar como o fenômeno de alavancagem pode refletir na venda conjunta de pacotes em que certo produto está protegido por um direito de exclusividade, a exemplo das patentes, enquanto outros não detém essa proteção, temática que se acredita que tomará grande parte das discussões que envolvem a interação desses dois institutos. O entendimento não chegou a destoar daquele em que se deve condicionar o exame da venda casada aos seus efeitos anticompetitivos, já que não necessariamente haverá a configuração de poder de mercado em virtude da detenção de tecnologia sob o manto da propriedade intelectual¹⁰⁷.

Espera-se que o presente trabalho tenha conseguido atingir seu objetivo de contribuir para o estimulante debate nas áreas abordadas, em especial no campo do direito concorrencial, matéria que cada vez mais tem impactado a vida da população, mas que ao mesmo tempo ainda tem muito campo para ser explorado.

¹⁰⁵ FORGIONI, 2018, p. 328.

¹⁰⁶ RIBAS, 2011.

¹⁰⁷ Ibid, p. 87.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Revista de defesa da concorrência**, v. 5, n. 2, 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/353/170>. Acesso em: 17 set. 2019.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de. **História das sociedades**: das sociedades modernas às sociedades atuais. 3. ed. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010.
- BARBOSA, Denis Borges. Patentes, padrões técnicos e ofertas de licença FRAND em direito brasileiro. **Denis Borges Barbosa**: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/patentes_padros_ofertas.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.
- BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracajú: Evocati, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 222, p. 179-212, 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48944/47554>. Acesso em: 25 set. 2019.
- BASTOS, Thiago de Moraes *et al.* Concorrência Desleal: práticas anticoncorrenciais que atentam contra a livre iniciativa, e a busca da ética empresarial como pilar no equilíbrio da livre concorrência num mercado competitivo. **Curso de Direito da Faculdade de Montes Belos**, 2017. Disponível em: http://faculadademontesbelos.com.br/wp-content/uploads/2017/11/CONCORRENCIA_DESLEAL_PRATICAS_ANTICONCORRENCIAIS_QUE.pdf. Acesso em: 26 ago. 2019.
- BEATTIE, Andrew. Why did Microsoft face antitrust charges in 1998? **Investopedia**, 2018. Disponível em: <https://www.investopedia.com/ask/answers/08/microsoft-antitrust.asp>. Acesso em: 18 set. 2019.
- BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de direito econômico**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2019.
- BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Averiguação preliminar nº 08012.001315/2007-21** (Koninklijke Philips Electronics N.V e Philips do Brasil Ltda). Voto do Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia. Volume 3 (ID:0205526). CADE, 2008b. 386 p. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-

n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNouc7mvnR29P1yjPvjwend8ANQVTkVaBiYGEZ3sC6tZIxVO2mG_QinEpQAnjc4ipiibiLG0r-X5I6PKEJk0deB. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. CADE, 2016b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica**. CADE, 2016a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.009566/2010-50**. (Conselho de Autoridade Portuária do Porto de Santos – CAP, Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista e outros). (ID: 0321732). Voto do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo, 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN-p8jhL0UzcU1thxjUdETqZV7yxKC6bgNUA1NpsJRxxawjafmrmP2BljYAG03FXytG99peXXMu3cjBurGio2O1 Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18** (SDE Ex Offício e Associação Brasileira de Agência de Viagens do Rio de Janeiro - ABAV-RJ). (ID: 0321732). Voto do Conselheiro Marcos Veríssimo. Volume 3. CADE, 2011b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-lPH5asncAigN9vW42kqd9lheMLFYEhiCUG5Mpxx3oFyvsMsNechFgorOGpk4dncdNdHwz0HW43PFCWa7v_bwT P.: 80. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Relatório de Gestão 2016**. Brasília: CADE, 2007. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2006/relatoriogestao_cade.pdf Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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 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. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE 597.165 Agr/DF, de 4 de novembro de 2014**. Brasília: STF, 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7432871>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **AC 2001.01.00.036742-5**. 2008a. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php> Acesso em: 16 set. 2019.

BRITO, Beatriz Gontijo. **Concentração de empresas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

BUCHAIN, Luiz Carlos. Intervenção do estado na economia e direito da concorrência. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/76795/49612>. Acesso em: 14 jun. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1995.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. A livre iniciativa como princípio da ordem constitucional econômica: análise do conteúdo e das limitações impostas pelo ordenamento jurídico. **JUS com.br**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26778/a-livre-iniciativa-como-principio-da-ordem-constitucional-economica> Acesso em: 16 jun. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Propriedade industrial aplicada: reflexões para o magistrado**. Brasília: CNIM, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ Serviço: O que é direito autoral e propriedade industrial? **CNJ**, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-direito-autoral-e-propriedade-industrial/>. Acesso em: 24 set. 2019

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual: A tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**, v. 4. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FELDMAN, Robin Cooper. Defensive leveraging in antitrust. **Georgetown Law Journal**, v. 87, p. 2079-2116, 1999. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=179358. Acesso em: 16 set. 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Assimetria informacional e governança corporativa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 73, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.73.05.PDF. Acesso em: 14 jun. 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo. Thomas Reuters, 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HOVENKAMP, Herbert J. The intellectual property-antitrust interface. **Faculty Scholarship**, n. 1789, 2008. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1789. Acesso em: 28 set. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. O que é patente? **Perguntas frequentes - Patente**. INPI, 2019. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/servicos/perguntas-frequentes-paginas-internas/perguntas-frequentes-patente#patente> Acesso em: 27 set. 2019.

JACOBSON, Jonathan M. **Antitrust law developments (sixth)**. 6. ed. Chicago: Section of Antitrust Law, ABA, 2007. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=XZcS_H7yYTAC&pg=PA1120&lpg=PA1120&dq=package+license+for+television+programming+antitrust&source=bl&ots=uFpwbQM5rt&sig=ACfU3U1AIFJqVAkh64vJQZOxvft7tfKAow&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj6n-zxy_bkAhWUGLkGHVT1DS0Q6AEwBXoECAyQAQ#v=onepage&q=package%20license%20for%20television%20programming%20antitrust&f=false. Acesso em: 29 set. 2019.

KUPFER, David. Desinformação assimétrica. **Instituto de Economia da UFRJ**, 2006. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/kupfer18102006.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

LAUDA, Bolzon Bruno. **Influências em Ihering**: investigação dos fundamentos de seu pensamento em sua fase madura. **Revista eletrônica do curso de direito (UFSM)**, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/7037/4254>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Direito da concorrência: uma análise das condutas abusivas horizontais e do termo de compromisso de cessação. **JUS com.br**, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18870/direito-da-concorrencia-uma-analise-das-condutas-abusivas-horizontais-e-do-termo-de-compromisso-de-cessacao>. Acesso em: 17 set. 2019.

MAEDA. Renata de Souza. Direito da concorrência: uma análise das teorias econômicas, da ordem econômica brasileira e da conduta abusiva horizontal do cartel. **JUS com.br**, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25493/direito-da-concorrencia-uma-analise-das>

teorias-economicas-da-ordem-economica-brasileira-e-da-conduta-abusiva-horizontal-do-cartel. Acesso em: 18 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual**. Artigo 2, § VIII.

Estocolmo: OMPI, 1979. Disponível em:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf. Acesso em: 23 set. 2019.

PAZOS, Julia Davet. Decisões têm desenvolvido doutrina sobre deslealdade entre não concorrentes. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-21/julia-pazos-aproveitamento-parasitario-entre-nao-concorrentes>. Acesso em: 27 set. 2019.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Direito antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas**. São Paulo: Editora Singular, 2011.

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

SAUAIA, Antonio Carlos Aidar; KALLÁS, David. O dilema cooperação-competição em mercados concorrenciais: o conflito do oligopólio tratado em um jogo de empresas. **Rev. adm. contemp.**, Curitiba, v. 11, n. spe1, p. 77-101, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000500005 Acesso em: 25 ago. 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SMITH-CLARKE, Jennifer M. The development of the monopolistic leveraging theory and its appropriate role in antitrust law. **Catholic University Law Review**, v. 52, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol52/iss1/6>. Acesso em: 16 set. 2019.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa (ou à liberdade econômica). **JOTA**. Coluna da ABDE, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-direito-fundamental-a-livre-iniciativa-ou-a-liberdade-economica-22052019>. Acesso em: 14 jun. 2019.

TODOROV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. **Direito do consumidor e direito da concorrência**. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Comunidade virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência, 2014. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/3-seae_direito_consumidor_direito_concorrenca.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

UNITED STATES. Competition and Monopoly: single-firm conduct under section 2 of the Sherman Act (Chapter 5). **The United States Department of Justice**, 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-5>. Acesso em: 31 ago. 2019.

UNITED STATES. Justice department files antitrust suit against Microsoft for unlawfully monopolizing computer software markets: action would give consumers more choices 20 state attorneys general and the district of Columbia file similar lawsuit. **The United States**

Department of Justice, 1998. Disponível em:

https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1998/1764.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

UNITED STATES. Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co., 243 U.S. 502 (1917).

JUSTIA US SUPREME COURT, 1917. Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/502/>. Acesso em: 28 set. 2019.

UNITED STATES. Motion Picture Patents Company v. Universal Film Manufacturing Company Et Al. **Library of Congress**, 1917. Disponível em:

<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep243/usrep243502/usrep243502.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

VIEIRA, Pedro Cosme da Costa. Microeconomia 1: relatório de uma disciplina. **Faculdade de Economia do Porto**, 2006. Disponível em:

<https://www.fep.up.pt/docentes/pcosme/trabalhos/rel-disc-agregacao.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.