

MONOPOLIZAÇÃO DE *AFTERMARKETS*: racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado

Denis Alves Guimarães

I. Introdução

O presente trabalho é resultado de um estudo e de reflexões a respeito da racionalidade, do potencial anticompetitivo e dos efeitos da monopolização de *aftermarkets*.¹ Inicialmente se discutem os argumentos que foram considerados no estudo, realizado a partir de dois julgados: os casos Kodak² e Power-Tech/MATEC.³ Após, sistematizando os argumentos considerados, na Tabela 1 apresentam-se diferentes configurações de mercado hipotéticas (mercados principais concorrenciais, oligopólicos ou monopólicos; mercados derivados monopolizados ou concorrenciais), realizando-se um exercício de previsão das possíveis conseqüências advindas de cada hipótese. Em seguida, na Tabela 2, enumeram-se as vantagens e desvantagens de cada configuração de mercado anteriormente apresentada. Por fim, com base nas considerações realizadas, sugerem-se questões a serem verificadas pela autoridade antitruste no curso da análise da conduta.

¹ *Aftermarkets* são, por exemplo, os fornecedores de peças e serviços de manutenção, em oposição a *foremarkets*, aqueles de produtos/equipamentos. Outras denominações: mercados primário e secundário; mercados principal e derivado; mercados a montante e a jusante; mercados *upstream* e *downstream* etc. Como será visto neste estudo, o mercado de peças pode ser considerado um mercado primário em relação ao mercado de serviços de manutenção (secundário).

² Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 (1992).

³ Processo Administrativo 08012.000172/98-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda.; Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC).

II. Monopolização de *aftermarkets* – Racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado. Casos Kodak e Power-tech/Matec

O caso Kodak é referido como grande precedente de uma condenação por negociação compulsória. No caso, a conduta específica foi a venda casada.⁴ Em determinado momento, a Kodak passou a vender peças de manutenção de seus produtos somente para quem aceitasse que os reparos fossem efetuados pela própria empresa. Havia três mercados em questão: produto (*equipment*), peças (*parts*) e manutenção (*services*). A tese da Kodak foi a de que, não tendo poder de mercado em relação ao produto, também não poderia tê-lo nos demais mercados (peças e manutenção), afirmação baseada na presunção de que, se aumentasse seus preços nos mercados secundários acima do nível competitivo, os consumidores parariam de comprar seus produtos.⁵

⁴ “A terminologia usada para definir o ilícito de negociação compulsória é propositalmente ampla. Isso não parece, entretanto, afetar-lhe a precisão. Ao contrário, é exatamente no caráter compulsório da negociação que é possível encontrar o elemento fundamental a justificar o tratamento conjunto das diversas hipóteses que serão discutidas a seguir.

De forma muito sintética e abreviada, pode-se dizer que a compulsão consiste na determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte. A compulsão pode tanto concretizar-se através da imposição de determinada negociação – como ocorre na *venda casada* e nos *negócios recíprocos* – como realizar-se através da negativa de conclusão de negócio. Isso ocorre basicamente através da *recusa de contratar* e das *cláusulas de exclusividade*.

Evidentemente, a compulsão ou coerção (como se passará a denominá-la também, a partir de agora) não é o único elemento necessário para a existência de negociação compulsória. Ao seu lado é preciso estudar e discutir o onipresente objetivo de eliminar o concorrente” (Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 198-199 – grifamos).

⁵ “Kodak’s theory that its lack of market power in the primary equipment market precludes (...) the possibility of market power in the derivative aftermarket rests on the factual assumption that, if it raised its parts or service prices above competitive levels, potential costumers would simply stop buying its equipment. Pp. 465-478” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 – 1992).

II.1. Valor de revenda

Tal comportamento do consumidor afigurava-se improvável, tendo em vista que os produtos Kodak em questão, quando novos, eram caros, mas apresentavam baixo valor de revenda.⁶ Portanto, não interessaria ao consumidor se desfazer de um produto semi-novo ou mesmo de um usado em bom estado.

Mesmo que o valor de revenda não fosse baixo, haveria grande possibilidade de que passasse a sê-lo assim que a Kodak elevasse os preços de peças e manutenção a um nível supracompetitivo. Nessa hipótese, os consumidores poderiam querer trocar seus produtos Kodak pelos da concorrência, almejando gastar menos com peças e manutenção. Dessa forma, o mercado seria inundado pelos produtos Kodak usados, o que fatalmente daria causa a uma significativa queda nos preços. Assim, o consumidor optaria por suportar o alto custo de manutenção (peças e serviços) ocasionado pela cobrança do preço monopolista.

II.2. Lock in

Sem opções, o consumidor pode ficar “preso” (efeito *lock in*) à cobrança do preço monopolista:

“O efeito *lock in* se refere ao fato do usuário ao comprar o equipamento ser obrigado a incorrer nos custos de manutenção do mesmo, qualquer que estes sejam, já que não haverá como substituir o equipamento devido ao seu elevado custo”⁷ (grifamos).

Dessa forma, a empresa praticante da conduta restritiva vai auferir lucros monopolistas durante todo o período em que houver viabilidade econômica na manutenção do produto, isto é, enquanto os gastos com manutenção não forem elevados o suficiente para motivar a troca por um novo produto.⁸

⁶ “Kodak equipment, although expensive when new, has little resale value. See id., at 358-359, 424-425, 427-428, 467, 505-506, 519-521” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 – 1992).

⁷ Voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no caso *Power-Tech/MATEC*, p. 17, nota de rodapé n. 20.

⁸ “The Court majority argued that even if competition in the equipment market theoretically prevents the use of market power in the aftermarket, *market imperfections*,

II.3. *Lucro presente vs. lucro futuro*

No caso Kodak, foi reconhecido que uma empresa que atue tanto no mercado primário quanto no secundário pode mensurar a diferença entre o lucro presente advindo da monopolização do *aftermarket* e o prejuízo futuro causado pela perda dos consumidores que se sentirem lesados ao arcarem com preços supracompetitivos no mercado derivado (e por isso acabarem optando por outras marcas quando de uma nova aquisição do produto principal – note-se que esta hipótese é cogitada admitindo-se que o consumidor tenha condições de vir a saber que está incorrendo em preços supracompetitivos, questão que será abordada logo adiante, no item Assimetria de Informação). Este aspecto do caso em comento foi notado por Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason e Janet S. Netz:

“The Court noted that firms operating in both an equipment market and an aftermarket face a trade-off: while above-competitive pricing in the aftermarket may reduce future profits through lost customers, it also raises current profits in the aftermarket from locked-in customers. The Court argued that it could not presume that the lost future profits from lower equipment sales will outweigh the gain in current profits from supracompetitive pricing in aftermarket”.⁹

Uma razão muito simples pela qual não se pode supor que os prejuízos futuros (perda de clientes) compensariam os lucros imediatos (monopolização do *aftermarket*), fazendo que a prática restritiva se tornasse irracional, é a de que o lucro imediato é passível de aplicação e conseqüente rendimento de juros, como anotado pelos mesmos autores:

“... we assume that each firm acts to maximize the present discounted value of all present and future profits to the firm, so it takes

in particular imperfect information and switching costs, *can prevent economic theory from describing reality* (...) *Switching costs* also limit the disciplining effect of equipment market competition on the aftermarket because consumers are *locked in*. In the presence of switching costs, consumers will pay supracompetitive aftermarket prices as long as the price premium is less than the switching costs. While the facts of an individual case may prove that it would not be profitable in a particular instance, *the Court stated that economic theory alone cannot rule out such behavior*” (Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason e Janet S. Netz, Antitrust policy in aftermarkets, *Antitrust Law Journal*, 63, 1995, p. 455.

⁹ Op. cit., p. 455.

into account the effect of its decision on its contemporaneous profits and on all of its future profits (...). By ‘discounting’ we mean that the firm values one dollar of income earned in the future less than it values a dollar earned today. It should do so because a dollar earned today can be invested and earn interest, giving the firm more than a dollar in the future”.¹⁰

II.4. Durabilidade do bem

Se o bem for durável, o período de *lock in* pode ser bastante longo, resultando em significativos lucros para a empresa, que pode utilizar parte desses recursos para custear novos investimentos tecnológicos, desenvolvendo um novo produto de qualidade superior ao das concorrentes. Nesta hipótese, muitos consumidores optariam por adquirir esse novo produto, ampliando-se a participação da empresa no mercado primário, isso porque, em setores que envolvem tecnologia, há grande probabilidade de que o consumidor opte pelo produto que considera melhor, ou que pelo menos leve em conta o custo-benefício, em vez de considerar somente o preço.¹¹

II.5. Possibilidade de intervenção da autoridade antitruste

O risco de ocorrência da situação exposta acima é forte argumento a justificar a atuação da autoridade antitruste no sentido de coibir a monopolização de mercados secundários. Seria muito grave se a omissão da autoridade nos *aftermarkets* ocasionasse um benefício na disputa pelo mercado primário justamente para a empresa que violou as normas concorrenciais.

II.6. A reação da empresa

O problema apontado por Zhiqi Chen e Thomas W. Ross é que a empresa pode querer compensar o prejuízo advindo da introdução de concorrência no mercado secundário por meio do aumento dos preços das peças vendidas aos prestadores de serviço de manutenção independentes:

¹⁰ Os autores continuam: “It is common to assume that the discount rate is approximately equal to the interest rate that the firm faces” (op. cit., p. 455 e nota de rodapé 15).

¹¹ Considerações distintas são trazidas por Calixto Salomão Filho (op. cit., nota de rodapé 35).

“An order to supply [da autoridade antitruste] and the resulting competitive market, however, will not necessarily restore the manufacturer’s ability to commit [capacidade de se comprometer a oferecer preços baixos no mercado secundário]. Given that the manufacturer is free to set the price of parts, it can still take advantage of the captive consumer by charging a high price for parts. As long as a new part is absolutely necessary in the repair of a broken unit, an order to supply has no real effect. The only consequence is that a high price of repairs is replaced by a high price of parts”¹² (grifamos).

A autoridade antitruste poderia então proibir o aumento do preço das peças (pois que o aumento seria uma reação da empresa à proibição de uma conduta anticoncorrencial – este ponto será abordado logo adiante). Observe-se que, se não o fizer, os prestadores de serviço de manutenção independentes, em vez de realizar os reparos com peças originais novas, poderão fazê-los por meio do conserto de peças quebradas (por exemplo, utilização de peças recondicionadas ou retificadas), sempre que isso for possível.

Note-se que o desenvolvimento de mercados como o de peças recondicionadas pode ser um fator de inibição do aumento do preço das peças originais. Estas, de qualquer forma (possivelmente), terão seus preços aumentados, pois as empresas obrigadas a fornecê-las aos prestadores de serviço independentes (possivelmente) tentarão compensar essa perda de lucro (perda do monopólio no *aftermarket*) por meio da captação do preço de reserva dos consumidores que estão dispostos a pagar mais pelas peças originais em relação às recondicionadas, por presumirem que os produtos consertados com as primeiras conservarão sua qualidade por mais tempo.

Todavia, o problema não se encerra no aumento do preço das peças originais. Isto foi notado por Chen e Ross:

“This inefficient substitution [substituição das peças originais pelas recondicionadas] can be avoided if the judicial order also contains a restriction on the price of parts that the manufacturer can charge. As long as the price of parts is restricted to be below w [custo da manutenção feita com peças recondicionadas], ISOs [Independent Service Organizations] will find it cheaper to repair with new parts than with labour [conserto de peças]. In this case, an order to supply

¹² Orders to supply as substitutes for commitments to aftermarkets. *The Canadian Journal of Economics*, v. 31, Issue 5, Nov. 1998, p. 1213.

does not have any effects on welfare because the manufacturer simply makes up the lower profits in the aftermarket by raising the price in the product market”.¹³

Os próprios autores reconhecem que isso seria um problema concorrencial, que justificaria a atuação do órgão de defesa da concorrência:

“... since manufacturers cannot commit to low prices in the aftermarket, both aftermarket and primary market prices will be distorted away from their marginal costs, leading to some inefficiency. This inability to commit to low aftermarket prices could, in principle, hurt even monopolist manufacturers. Seen this way, a judicial order to supply parts could provide the missing commitment power, permitting manufacturers to ‘promise’ that parts and service will be provided at low prices and allowing them to raise price in the primary market. This is one case for antitrust intervention”.¹⁴⁻¹⁵

Nessa situação, haveria a possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços (Lei 8.884/94, artigo 21, XXIV), pois o preço estaria sendo aumentado para compensar a perda de mercado no *aftermarket* em virtude da proibição da conduta anticoncorrencial. Tal aumento não se justifica em face dos parâmetros para a caracterização do ilícito fornecidos pela Lei 8.884/94 (incisos do parágrafo único do artigo 21).

II.7. Assimetria de Informação

Outro (e importantíssimo) fator contrário ao argumento de que o consumidor, percebendo estar pagando preços monopolísticos nos mercados secundários, pode simplesmente trocar o produto principal pelo da concorrência, é a assimetria de informação.¹⁶ E isso não envolve somente a

¹³ Chen e Ross, op. cit., p. 1214, nota de rodapé 18.

¹⁴ “We do not mean to suggest that this is the only argument for intervention. The literature on these cases cited above describes other reasons for concern with these cases, many of them focusing on the (arguably) *limited ability of consumers rationally to anticipate aftermarket prices when making purchases in the primary market*” (Chen e Ross, op. cit., p. 1219, nota de rodapé 19 – grifamos).

¹⁵ Chen e Ross, op. cit., p. 1219.

¹⁶ “The Court majority argued that even if competition in the equipment market theoretically prevents the use of market power in the aftermarket, *market imperfections*,

disponibilidade da correta informação ao consumidor mais diligente, que está disposto a “ir atrás” da informação. Envolve também a cultura de consumo. Existem mercados em que o consumidor considera empreender esforços para saber se nos respectivos *aftermarkets* (peças e manutenção) ele não incorrerá em custos tão altos que o farão alterar sua opção no mercado primário. Em contrapartida, há mercados em que o consumidor adquire um produto por impulso, se abstendo de fazer qualquer pesquisa como a acima referida. E ainda que não se trate de um produto de forte apelo junto ao consumidor, a cultura de consumo pode ser passiva, isto é, a aquisição do produto, seja ele qual for, pode se dar de forma impensada, ignorando-se completamente eventuais despesas futuras.

Borenstein, Mackie-Mason e Netz sustentaram que, ainda que falhas de mercado como assimetria de informação e *switching costs* não estivessem presentes, a competição no mercado primário não seria suficiente para coibir a prática de preços supracompetitivos no mercado secundário:

“Economic theory does not support the argument that strong primary market competition will discipline aftermarket behavior, even without market imperfections. In fact, firms will rationally engage in above-cost aftermarket pricing even if the equipment market is very competitive, all parties are well informed, and demand in the market is stable. Supracompetitive prices for proprietary aftermarket goods and services will occur so long as there is an inability to contract for these goods and services at the time of purchase”¹⁷ (grifamos).

Referem-se os autores ao citado problema da incapacidade de as empresas se comprometerem com preços baixos no mercado secundário (*inability to commit*).

in particular imperfect information and switching costs, *can prevent economic theory from describing reality*. If consumers do not have perfect information (for example, if they don't know the prices that other firms charge or it is costly to obtain such information), then a reputation is not as effective because consumers are less likely to know that there are firms with lower prices (...). While the facts of an individual case may prove that it would not be profitable in a particular instance, *the Court stated that economic theory alone cannot rule out such behavior*” (Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason e Janet S. Netz, *Antitrust*, op. cit., p. 455).

¹⁷ Op. cit., p. 455.

II.8. Mercado relevante

Para determinar a existência de poder de mercado da Kodak nos *after-markets*, sustentou-se que ela controlava quase 100% do mercado de peças e entre 80 e 95% do mercado de manutenção, sem a existência de substitutos imediatos. A Kodak rebateu afirmando que uma única marca não pode constituir um mercado relevante,¹⁸ o que vai contra julgados da Suprema Corte, que admite que isso pode ocorrer em alguns casos.¹⁹

Ronaldo Porto Macedo Júnior informa que Carl Shapiro e David Teece²⁰ “afirmam que um aftermarket só pode ser considerado como um mercado relevante distinto se a sua exploração *ex post* foi lucrativa para o produtor de equipamentos que o controla”.²¹

No caso Power-Tech/MATEC, a MATEC – Matel Tecnologia de Informática S.A. (sucédida pela Damovo do Brasil S.A.) – foi condenada pela prática anticoncorrencial de se recusar a vender²² à Power-Tech peças de

¹⁸ “Kodak’s defense was that, given its competitive position in the primary market, Kodak could not have market power in the market for its own replacement parts (...). To hold to the contrary, Kodak asserted, would make every manufacturer of durable equipment with brand-specific replacement parts a monopolist for antitrust purposes” (Herbert Hovenkamp, Market power in aftermarkets: antitrust policy and the Kodak case. *UCLA Law Review*, 40, 1993, p. 1450).

¹⁹ “Respondents’ evidence that Kodak controls nearly 100% of the parts market and 80 to 95 of the service market, with no readily available substitutes (...). Kodak’s contention that (...) a single brand of a product [504 U.S. 451, 453] or service can never be a relevant market contravenes cases of this Court indicating that one brand of a product can constitute a separate market in some instances. The proper market definition in this case can be determined only after a factual inquiry into the commercial realities faced by Kodak equipment owners. Pp. 481-482” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 – 1992).

²⁰ Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak. *Antitrust Bulletin*, v. 39, n. 1, Spring 1994, p. 135-162.

²¹ Voto do caso *Power-Tech/MATEC*, p. 19.

²² “A recusa de venda (art. 21, XIII, da Lei n. 8.884/94) – que pode ter como corolários limitar ou impedir o acesso ao mercado (art. 21, IV), criar dificuldades ao funcionamento de concorrente (art. 21, V) e impedir o acesso de concorrente às fontes de insumos (art. 21, VI) – quando feita por quem domina um mercado, deve ser objetivamente justificada para não caracterizar abuso” (Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no caso *Power-Tech/MATEC*, p. 7). A condenação se deu com base nos incisos IV, V e VI do art. 21, combinado com os incisos I e IV do art. 20 da Lei 8.884/94.

manutenção da central telefônica modelo MD 110, fabricada pela Ericsson, da qual a MATEC é representante no Brasil. Foi discutido se haveria um mercado relevante exclusivo para prestação de assistência técnica (tese da Power Tech), ou se os três segmentos do mercado (fabricação, manutenção e comercialização das centrais telefônicas de grande porte) constituiriam um único mercado relevante (tese da MATEC).

O Conselheiro Celso Campilongo apontou diversos fatos que o fizeram concluir pela existência do mercado relevante exclusivo para prestação de assistência técnica:

“A Representante Power-Tech alegou enfrentar dificuldades no mercado de manutenção de equipamentos Ericsson. Não tinha acesso às partes e peças de centrais Ericsson. Seus clientes efetivos e potenciais eram proprietários de máquinas Ericsson (...)

Fato relevante – diga-se: incontroverso, visto que admitido pela Representada – é a existência de algumas partes e peças dos equipamentos MD 110 que são produzidas e comercializadas exclusivamente pela Ericsson. E mais: parte desses insumos, indispensáveis para a realização dos serviços de manutenção, é insubstituível por peças de outras marcas (...)

Ao contrário do que sustenta a Representada, a concorrência que importa, para os efeitos da tipificação, ou não, da ilicitude da sua conduta, é aquela que poderia se dar entre as prestadoras de serviços nas centrais MD 110 da marca Ericsson”.²³ (grifamos).

Observe-se que não importa que o prestador dos serviços de manutenção tenha acesso a outras peças, de outras marcas. As peças de que necessita, para poder empreender sua atividade, são determinadas peças fornecidas por determinada empresa, que detém o monopólio de seu fornecimento.

O Conselheiro continua expondo um argumento que foi considerado decisivo para a conclusão da existência de um mercado relevante tão restrito, baseado em informações fornecidas pela própria Representada:

“Mas qual a razoabilidade de uma definição de mercado limitada não só aos serviços de manutenção, mas aos serviços especificamente prestados em equipamentos de uma única marca? (...)

²³ Voto do Conselheiro Campilongo no caso *Power-Tech/MATEC*, p. 2-3.

A venda das peças e a prestação dos serviços de manutenção tanto são separadas que a própria Matec admite vender as peças diretamente aos proprietários dos equipamentos, inclusive para casos em que os clientes ‘preferem eles próprios fazerem a manutenção de seus equipamentos’ (item 3.35 do último memorial). Claro está, assim, que as peças podem ser vendidas sem os serviços de manutenção (ainda que isso envolva o treinamento pela Representada, daqueles que executarem o trabalho). Trata-se, este sim, de um fato relevante para a caracterização dos diferentes mercados²⁴⁻²⁵ (grifamos).

Ora, parece que, se uma empresa admite vender peças em separado, ela o faz em virtude de ser um negócio lucrativo. Lembre-se que esse é um requisito apontado por Carl Shapiro e David Teece para que se possa concluir pela existência de mercados relevantes distintos entre produtos primários e secundários.

O Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior arrolou os seguintes motivos, apurados no curso do processo, para concluir pela existência de um mercado relevante composto somente pelos serviços de manutenção, distinto, portanto, do mercado dos produtos primários:

“a) a possibilidade teórica de exploração lucrativa dos serviços de pós-venda pelo fabricante de equipamentos;

b) a não constatação da existência dos fatos que tornariam a demanda única por equipamentos e serviços de manutenção:

– foi verificado que os clientes públicos demandam esses bens separadamente;

– não há evidências que sugerem que haja informação perfeita (ou adequada ao fim em questão) para que se faça o cálculo dos serviços de manutenção na compra do equipamento;

²⁴ Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 754. Citado pelo autor, na nota de rodapé 1.

²⁵ Voto do Conselheiro Campilongo, p. 4.

– há evidência de que ocorre o efeito *lock in*, dado que há indícios de que as centrais não são compatíveis, como se verificou no caso da ampliação do Senado Federal, e têm vida útil longa²⁶ (grifamos).

A respeito de os clientes públicos demandarem produto e manutenção separadamente, Campilongo esclarece que as licitações devem versar sobre objetos específicos, distinguindo a compra e a instalação de um produto de sua manutenção e ampliação. No caso de mercados complexos e dinâmicos, como os setores que envolvem tecnologia, a assimetria de informações não permite ao Poder Público prever necessidades futuras de peças e serviços. Além disso, a existência de um período de garantia dificulta ainda mais essa previsão, por adiar a necessidade de nova contratação. Explica ainda que a contratação conjunta de produto e manutenção sob a modalidade “melhor preço” pode esconder venda de peças e prestação de serviços caros, “maquiagem” esta que não funcionaria se o Poder Público contratasse produto e manutenção separadamente.^{27,28,29}

Por fim, é importante deixar claro que a determinação sobre se os mercados primário e secundário constituem um único ou distintos mercados relevantes dependerá da análise do caso concreto, como explicou Campilongo:

“A questão dos vínculos e relações entre um mercado primário (p.e., o de equipamentos) e outro secundário ou derivado do primeiro

²⁶ Voto, p. 53.

²⁷ Voto, p. 6.

²⁸ “... some consumers, such as the Federal Government, have purchasing systems that make it difficult to consider the complete cost of ‘package’ at the time of purchase. State and local governments often treat service as an operating expense and equipment as a capital expense, delegating each to a different department. These governmental entities do not lifecycle price, *but rather choose the lowest price in each market*” (Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust Analysis...*, p. 760. Citado pelo Conselheiro Campilongo, voto, p. 6, nota de rodapé 4 – grifamos).

²⁹ “Apesar de ser possível, como acertadamente alega a Representada, que os editais de licitação de equipamento disponham, expressamente, sobre prazos de garantia e de fornecimento de material sobressalente (peças de reposição), nada disso afasta os riscos de que a aquisição, com base no critério do ‘melhor preço’, dilua ou minimize as incertezas, custos e abusos que possam ocorrer após o término do contrato e das garantias. Somente nesse período é que uma empresa de manutenção independente, qualquer que seja ela, poderá concorrer com as credenciadas. Daí serem de pouca utilidade os contratos de *venda* dos equipamentos” (Voto do Conselheiro Campilongo, p. 6).

(p.e., o de manutenção) é clássica na análise antitruste. Isso não significa, de forma alguma, que exista consenso doutrinário ou pacificação jurisprudencial capazes de fornecer soluções fáceis aos incontáveis problemas que daí decorrem. Por isso, a análise ‘caso-a-caso’, tão freqüente no direito concorrencial, é particularmente relevante para o exame dos elos entre mercados relacionados verticalmente”.³⁰

II.9. Baixo preço de manutenção como estratégia de crescimento no mercado principal. Proteção da imagem. Free riding. Possíveis eficiências de restrições verticais em aftermarkets

Campilongo também afirma que a concorrência no mercado primário não impede que as empresas tenham posição dominante em seus respectivos mercados secundários, para isso bastando que elas restrinjam a entrada de concorrentes nos *aftermarkets*. Dessa forma, a competição no mercado de produtos não é suficiente para coibir aumento de preços nos mercados derivados.³¹ Em tese, como sustentado no caso Kodak, baixos preços de manutenção podem favorecer o crescimento das empresas no mercado primário:

“Porém, tanto no caso Kodak quanto no caso destes autos [caso Power-Tech/MATEC], paradoxalmente, os fabricantes dos equipamentos combateram e combatem aqueles prestadores independentes de serviços que praticavam preços menores. Evidentemente, nos dois casos, outras razões – como, por exemplo, a preservação da imagem das marcas e a coibição de comportamentos oportunistas – foram indicadas como justificadoras desse combate aos ‘independentes’. Mas as diferenças de preços na prestação dos serviços e o fechamento do acesso ao mercado de manutenção (pela recusa de venda de peças) criam uma forte convicção de que a conduta da Representada é anti-competitiva”³² (grifamos).

Se o mercado principal for oligopolístico, muito provavelmente as empresas não adotarão a referida estratégia de baixar os preços nos *aftermarkets*, pois isso poderia desencadear uma guerra de preços, que faria que todas reduzissem (ou perdessem) sua margem de lucro, sem que houvesse

³⁰ Voto, p. 1.

³¹ Voto do Conselheiro Campilongo, p. 4.

³² Voto do Conselheiro Campilongo, p. 5.

o almejado crescimento no mercado de produtos principais. Observe-se que essa hipótese foi levantada para os casos em que o consumidor possa estar bem informado sobre os custos de peças e serviços no momento da aquisição do produto principal.

Em relação à preocupação com a qualidade dos serviços de manutenção prestados pelos “independentes”, que usualmente é apresentada como justificativa pelas praticantes da restrição vertical, cabe indagar se ela é legítima em face dos interesses dos consumidores: seria mais vantajoso o acesso a um mercado monopolizado, em que os preços fossem mais altos, mas que, em contrapartida, a qualidade dos serviços fosse “garantida”; ou o acesso a um mercado concorrencial em que convivessem empresas de manutenção autorizadas (cujos serviços seriam mais caros) e empresas independentes (serviços mais baratos), sendo que no caso das últimas o consumidor poderia estar sujeito a uma prestação de serviço de baixa qualidade? Mesmo que se queira restringir as opções dos consumidores em seu próprio benefício, não parece que o direito antitruste seja a melhor forma de fazê-lo.

De qualquer forma, há evidências de que a crença de que os serviços autorizados são mais caros porque têm mais qualidade não é exatamente verdadeira. A Kodak, por exemplo, que cobrava bem mais caro pelos serviços de manutenção do que as ISO (Independent Service Organizations), alegou que esses serviços não autorizados poderiam comprometer sua imagem no mercado principal. Entretanto, não obteve sucesso: “ISO’s provide service at a price substantially lower than Kodak does. See *id.*, at 414, 451, 453-454, 469, 474-475, 488, 493, 536-537 (...) Some customers found that the ISO service was of higher quality. See App. 425-426, 537-538. [504 U.S. 451,458]”.³³

Verificou-se também no caso Kodak que as justificativas apresentadas para a prática restritiva não foram consideradas suficientes para afastar a ocorrência do ilícito:

“As to the second element of a 2 claim, the willful use of monopoly power, respondents have presented evidence that Kodak took exclusionary action to maintain its parts monopoly and used its control over parts to strengthen its monopoly share of the service market. Thus, liability turns on whether valid business reasons can explain Kodak’s actions. However, none of its asserted business justifications – a commitment to quality service, a need to control inventory costs, and a

³³ Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 (1992)

desire to prevent ISO's from free-riding on its capital investment – are sufficient (...) Pp. 482-486” (EASTMAN KODAK... – grifamos).

No direito brasileiro, as justificativas possíveis para condutas restritivas da concorrência seriam os monopólios legais (setores regulados, patentes e marcas) e a eficiência.³⁴

Sobre possíveis eficiências de restrições verticais em mercados secundários, pode-se sustentar que a autoridade antitruste não deve coibir a prática se for capaz de gerar, a médio e longo prazos, maior intensidade concorrencial no mercado primário. Admitindo-se que essas restrições geram a cobrança de preços supracompetitivos aos consumidores, que ficarão “presos” enquanto a manutenção (peças e serviços) de seu equipamento for economicamente viável, haveria um estímulo para que esses mesmos consumidores buscassem outras alternativas no mercado do produto principal.³⁵ Encontrada a alternativa, seria natural que optassem por adquirir o produto

³⁴ “A lei brasileira só aceita, em tese, uma justificativa para condutas anticoncorrenciais: a eficiência (art. 20, § 1.º). Ao lado dela só podem ser reconhecidas justificativas que expressamente sejam por lei declaradas como tais em relação ao direito antitruste. Trata-se, então, dos chamados “monopólios legais”. Ora, excluídos os setores regulados, a grande categoria de monopólio legal se restringe àquelas situações criadas pelo direito industrial (patentes e marcas)” (Calixto Salomão Filho, op. cit., p. 126-127).

³⁵ Aqui se pressupõe que o consumidor de um bem de alta tecnologia tem acesso às informações relevantes. Observem-se as considerações de Calixto Salomão Filho: “Em primeiro lugar, é possível defender que, na verdade, a prestação de serviços de manutenção é para o consumidor um mero complemento do próprio bem principal. Se isso ocorrer, a ligação entre ambos é natural, e não coercitiva. Essa situação pode se verificar em *hipóteses muito específicas*, nas quais do alto nível tecnológico dos produtos decorra uma necessidade de fazer valer a alta especialidade do produtor, pois só ele pode consertar o próprio bem produzido.

Note-se que, nessa hipótese, o consumidor, altamente sofisticado, provavelmente levará em conta o custo de manutenção ao decidir se deve comprar ou não o produto, exatamente porque vê nos dois, no fundo, um único bem.

Na outra hipótese, muito mais comum, sobretudo tratando-se de bens de consumo de baixa ou média densidade tecnológica, o consumidor distinguirá claramente a existência de dois produtos diferentes. Um será o bem vendido (produto principal), e o outro o serviço de manutenção. Nessa última hipótese uma ligação forçada entre ambos pode, em princípio, caracterizar negociação compulsória ilícita” (op. cit., p. 208 – grifamos).

da concorrente,³⁶ o que ocasionaria perda de mercado por parte da empresa praticante da restrição vertical. Em seguida, esta se veria obrigada, como única alternativa comercial, a reduzir seus preços tanto no mercado primário quanto nos secundários, somando-se agora às suas concorrentes como opção atraente para o consumidor. Portanto, o próprio mercado acabaria resolvendo o problema surgido a partir da restrição vertical, e com ganho de eficiência via aumento da competição entre as empresas envolvidas.

II.10. Racionalidade da alavancagem de poder de mercado do mercado primário para o secundário

Dennis W. Carlton critica eventual ação da autoridade antitruste para impedir a monopolização de mercados secundários, alegando que não há questão concorrencial a ser apreciada, justamente porque não existe poder de mercado a ser conquistado pela monopolista do mercado principal por meio da eliminação de um concorrente tão eficiente quanto ela no *aftermarket*. Observe-se o raciocínio, elaborado a partir de um caso hipotético, que o autor afirma corresponder ao caso Kodak:

“Case 3a: Firm 1 is a monopolist of product A, and also competes with Firm 2 in the sale of product B. Product A is an input (or an important complement) to product B for all consumers. Firm 1 refuses to deal with (e.g., sell A to) Firm 2.

This case (...) has the striking feature that though Firm 1 and Firm 2 appear to compete, the rivalry is illusionary. The reason is the assumed monopoly power of Firm 1 in product A. That power presumably allows it to set the price for A at any level (...). Firm 2 is already at the mercy of Firm 1. Firm 1 therefore gains nothing by the elimination of Firm 2 in the com-

³⁶ Em sentido contrário o argumento de que o consumidor pode ficar “preso” à cobrança do preço monopolista por um longo período (produto durável), no qual a empresa praticante da conduta restritiva auferir lucros monopolistas, que podem ser utilizados para custear novos investimentos tecnológicos, resultando em um produto de qualidade superior aos das concorrentes. “Nesta hipótese, muitos consumidores optariam por adquirir este novo produto (*a despeito do preço monopolista que pagaram na manutenção*), ampliando-se a participação da empresa no mercado primário (*em virtude da prática anticoncorrencial*). Isto porque, em setores que envolvem tecnologia, há grande probabilidade de que o consumidor opte pelo produto que ele considera melhor, ou que pelo menos leve em conta o custo-benefício, ao invés de considerar somente o preço” (p. 5 deste estudo).

petition for B! This is because it can already extract all the profits of Firm 2 through pricing of A. If Firm 2 happens to be more efficient than Firm 1 in the production of product B, then Firm 1 has an incentive to induce Firm 2 to be the sole supplier of product 2 [sic],³⁷ but not to allow Firm 2 to price product B at a monopoly level”³⁸ (grifamos).

Para que o caso hipotético acima corresponda ao caso Kodak, devemos entender que product A = peças e product B = serviços de manutenção, pois a Kodak só tinha monopólio no mercado de peças, não o tendo no mercado do produto principal.

O raciocínio do autor é logicamente perfeito no sentido de que a monopolista (Firm 1) não precisaria competir com a firma 2 no mercado secundário (product B), tendo em vista que a última depende do fornecimento do produto A (fabricado pela firma 1) para produzir o produto B. Dessa forma, a monopolista realmente poderia, por meio do preço do produto A cobrado da firma 2, extrair todos os seus lucros.³⁹

Este é o argumento que contesta a teoria da alavancagem de poder de mercado (*leverage theory*). Com ele, sustenta-se que o monopolista de um mercado A não auferiria nenhuma vantagem com a monopolização de um mercado B, pois existiria um único lucro monopolista a ser extraído (*single monopoly profit*). O mesmo argumento serve à afirmação de que as integrações verticais são realizadas objetivando o aumento de eficiência, e não o aumento de lucros monopolistas (em razão da monopolização de um segundo mercado). Steven C. Salop expõe argumento em favor da teoria da alavancagem e, depois, a concepção da Escola de Chicago:

“In economic terms, these early opponents of vertical integration claimed that vertical integration by an input monopolist permits the monopolist to leverage his input monopoly to achieve a second monopoly in the output market. They believed that a firm could carry out this leverage strategy by refusing to sell the input to its downstream

³⁷ Sic: “2” deve ser “B”.

³⁸ A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal – why Aspen and Kodak are misguided, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 8105. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, February 2001. p. 10. Disponível em: <http://nber.org/papers/w8105>. Acesso em: 7 out. 2006.

³⁹ No mesmo sentido, W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington Jr., referindo-se à venda casada. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1995, p. 249.

competitors or by charging them a discriminatory high price. This same leverage theory (and the single monopoly profit critique) also could be applied to other vertical restraints, such as tying and exclusive dealing, that are said to lead to de facto vertical integration ‘by contract’ (...)

(...)

... according to the Chicago-School, there is no economic incentive because vertical integration is not necessary to capture the monopoly profits. Instead, a standalone (unintegrated) upstream monopolist can capture all of the monopoly profits simply by pricing the input that it sells to the downstream firms at the monopoly level⁴⁰⁻⁴¹ (grifo do original).

Phillip Areeda e Louis Kaplow endossam o argumento do *single monopoly profit* em relação aos produtos que são usados em proporções fixas. Exemplificam com os mercados de parafusos e porcas. Seus preços competitivos seriam de 5 centavos cada, enquanto que, se houvesse um monopolista que dominasse os dois mercados, este maximizaria seus lucros vendendo o par (um parafuso e uma porca) a 20 centavos. Se houvesse um monopolista de parafusos, e este observasse que o preço de uma porca (em um mercado competitivo) é de 5 centavos, ele venderia seus parafusos a 15

⁴⁰ *Vertical mergers and monopoly leverage*. Washington, D.C. 2001. P. 1. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~sseverin/verticalintegrdsalop.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2004.

⁴¹ Louis Kaplow critica essa concepção: “There are a number of deficiencies in the analysis of recent commentators who have attempted to proclaim the death of leverage theory. The basic mistake in their thesis is that antitrust law should be indifferent to the exploitation of monopoly power because extant power is a fixed sum and thus will result in the same damage regardless of how it is deployed. Although of some superficial appeal, it can readily be demonstrated that their analysis is counterintuitive. Consider a case of a terrorist on the loose with one stick of dynamite. The fixed sum thesis posits that since the power is fixed – that is, the terrorist has one and only one dynamite stick – we should be indifferent to where the dynamite is placed. It is all too obvious, however, that the potential damage resulting from power in this context, as well as in virtually any other we can imagine, is overwhelmingly dependent upon how it may be used” (Extension of monopoly power through leverage, *Columbia Law Review*, v. 85, 1985, p. 515-516. Também disponível em: <http://www.sp.uconn.edu/~langlois/E382/kaplow.html>. Acesso em: 7 out. 2006).

centavos. Neste caso, o lucro monopolista (de 10 centavos) seria o mesmo da hipótese em que a empresa monopoliza os dois mercados, e os consumidores arcariam com o mesmo preço final (20 centavos). Assim, em termos de estratégia de preço de curto prazo, o monopolista de parafusos que casa a sua venda com a de porcas e maximiza seus lucros cobrando 20 centavos o par, teria o mesmo lucro se permanecesse somente como monopolista de parafusos e os vendesse a 15 centavos, deixando os consumidores livres para comprar porcas de qualquer fornecedor competitivo.⁴²⁻⁴³ Por isso, diversos autores afirmam que a estratégia de alavancagem de poder de mercado seria irracional.

Areeda e Kaplow afirmam que, em se tratando de produtos usados em proporções variáveis, preços e lucros serão afetados, sendo racional a utilização de estratégias como a seguinte:

“(b) More ‘efficient’ pricing of tying product. In selling intermediate product A to buyers engaged in further manufacture, the monopolist faces this problem: To charge the monopoly price for A could induce buyers to substitute product B, which is cheaper in dollars although less ‘efficient’ in the sense that B would not be used at all if A were priced competitively at its marginal cost of production. To avoid such substitution, the monopolist would set A’s price closer to its competitive level if it could find another way to exploit its monopoly position. If every buyer needs at least a little of A, then the monopolist could get extra revenue by...”⁴⁴ (grifamos).

⁴² Op. cit., p. 688.

⁴³ Os autores continuam: “Thus far, the analysis suggests that tying would neither be a desirable business practice nor a harmful one. Society might nevertheless be concerned over the resulting nut monopoly that eliminates competitive pressures toward cost reduction and innovation in nuts and that might impede new entry in bolts when that becomes possible. If there is then no independent seller of nuts, a new entrant into bolts would also have to make nuts. Such effects might seem remote in the nut-bolt situation, but suppose that a monopolist of cameras required buyers to take their film from it. Of course, whether a monopoly of the second product will result depends on the nature of the tied product. If, for example, the seller of a unique specialty paper product ties its paper to pencils, it can hardly expect to obtain a commanding position in the pencil market since most pencils would still be purchased separately” (op. cit., p. 688).

⁴⁴ Os autores continuam, expondo as seguintes hipóteses: “(1) selling A at a more or less competitive price and charging each buyer a lump-sum fee before dealing with

Agora, voltando ao início dessa discussão, em que se admitiu que o raciocínio de Carlton – para afirmar que o monopolista do mercado primário pode extrair seu single monopoly profit por meio da cobrança de um preço de monopólio por este produto, a ele não interessando a monopolização do mercado secundário – era logicamente perfeito, note-se que podem ocorrer situações que justifiquem referida monopolização. Observando o trecho transcrito da obra de Areeda e Kaplow, imagine-se que o produto A seja uma peça de manutenção, da qual a empresa M é monopolista. De acordo com os críticos da teoria da alavancagem (*antileverage position*),⁴⁵ esta empresa não tentaria monopolizar o mercado de serviços de manutenção, pois poderia maximizar seus lucros com a cobrança de preço monopolista pela peça de manutenção (produto A). Todavia, fazendo isso, as empresas que adquiriam o produto A da empresa M, poderiam encontrar um substituto para A (que não lhes interessaria se M cobrasse por A um preço próximo ao competitivo), como, por exemplo, peças recondicionadas ou retificadas (referida situação corresponde exatamente àquela transcrita na página 6 deste estudo, em que Chen e Ross expuseram a possibilidade do surgimento do mercado de peças recondicionadas/retificadas). Tendo surgido essa alternativa ao produto A, é natural que as vendas de A diminuam. Dessa forma, a empresa M não mais estaria auferindo todo o lucro que pretendia (se M aumentasse novamente o preço de A, suas vendas diminuiriam ainda mais). Assim, é razoável supor que se a empresa M monopolizasse o mercado de serviços de manutenção e dividisse a maximização de seu lucro entre dois mercados (peças e serviços de manutenção), não haveria espaço para o surgimento de um mercado de peças recondicionadas/retificadas. Nesse caso, portanto, a empresa M teria maximizado seus lucros somente com a monopolização do *aftermarket*, havendo racionalidade na estratégia de

it at all, (2) selling *A* competitively and forcing buyers to take a tied product *C* that, although available from other suppliers, has no substitute in the buyers' manufacturing process, and charging an elevated price for *C*, or (3) maintaining its monopoly price for *A* and forcing buyers to take from it all their requirements of *B* (or any other substitute for *A*) at a similarly elevated price. Of course, it is possible that preventing such devices would force the monopolist to lower its price of *A* toward competitive levels, with a beneficial effect on output and on consumer welfare as well" (op. cit., p. 689).

⁴⁵ Louis Kaplow, op. cit., p. 515.

alavancagem de poder de mercado (como sugerido por Areeda e Kaplow nas hipóteses por eles levantadas na nota de rodapé n. 44).

Registre-se que Hovenkamp não crê na nocividade de tal estratégia,⁴⁶ enquanto Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan admitem a possibilidade de que ocorra distorção da concorrência, com negativos efeitos econômicos e sociais.⁴⁷

Por fim, no caso Kodak ressaltaram-se os efeitos danosos ao mercado provocados pela restrição concorrencial no *aftermarket*:

“Kodak intended (...) to make it more difficult for ISO’s to sell service for Kodak machines. See id., at 106-107, 171, 516. It succeeded. ISO’s were unable to obtain parts from reliable sources, see id., at 429, 468, 496, and many were forced out of business, while others lost substantial revenue. See id., at 422, 458-459, 464, 468, 475-477, 482-484, 495-496, 501, 521. Customers were forced to switch to Kodak service even though they preferred ISO service. See id., at 420-422. [504 U.S. 451, 459].” (EASTMAN KODAK... – grifamos).

A seguir, observem-se as Tabelas 1 e 2, que sistematizam os argumentos considerados neste estudo, analisando diversas configurações de mercado hipotéticas e suas possíveis conseqüências (Tabela 1) e enumerando as vantagens e desvantagens de cada configuração de mercado apresentada (Tabela 2).

⁴⁶ “In sum, ‘leveraging’ that creates a second level monopoly generally does not result in higher market prices or lower output. Leverage that fails to create a second level monopoly can do no worse. To be sure, it might make life less pleasant for other firms selling in the secondary market, but to that extent it should be analyzed as a business tort rather than an antitrust violation” (*Federal antitrust policy*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 317).

⁴⁷ “We tolerate the existence of monopoly power, we repeat, only insofar as necessary to preserve competitive incentives and to be fair to the firm that has attained its position innocently. There is no reason to allow the exercise of such power to the detriment of competition, in either the controlled market or any other. That the competition in the leveraged market may not be destroyed but merely distorted does not make it more palatable. Social and economic effects of an extension of monopoly power militate against such conduct” (*Cases and materials on antitrust*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999, p. 182).

Tabela 1 – Configurações de mercado hipotéticas e possíveis consequências

SITUAÇÃO 1 – EMPRESA SEM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO		
1.B. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO		
<p>1.A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO</p> <p>HIPÓTESE 1: o monopólio no mercado secundário não seria prejudicial, pois a empresa não poderia cobrar preços monopolistas. Se o fizesse, o consumidor trocaria o produto principal pelo da concorrência.</p> <p>PROBLEMAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Carência de informação – O consumidor não sabe que tem opções melhores no mercado, por isso não troca o produto e fica sujeito ao preço monopolista na manutenção. – Produto com baixo valor de revenda <p>Se não há demanda pelo produto usado, seu valor de revenda é baixo, o que desestimula o consumidor a trocar seu produto. É provável que o consumidor opte, portanto, por se sujeitar ao preço monopolista da manutenção em vez de trocar o produto pelo da concorrência.</p> <p>Mesmo que o valor de revenda não seja baixo, a cobrança do preço monopolista na manutenção pode levar muitos consumidores a</p>	<p>HIPÓTESE 2: o monopólio no mercado secundário não seria necessariamente se traduz na cobrança de preços monopolistas ao consumidor, pois um atraente preço de manutenção pode ser estratégia de crescimento no mercado primário.</p> <p>PROBLEMAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Probabilidade de isso acontecer é baixa, pois a visibilidade do mercado secundário é menor do que a do mercado primário. Seria mais interessante baixar o preço no mercado principal. <p>A não ser que se admita alto nível de informação do consumidor. Nesse caso, mercado primário e mercado secundário seriam vistos como um “pacote”, e o preço baixo da manutenção constituiria um atrativo do “pacote”.</p>	<p>HIPÓTESE 1: o monopólio no mercado secundário não seria prejudicial, pois a empresa não poderia cobrar preços monopolistas. Se o fizesse, o consumidor trocaria o produto principal pelo da concorrência.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – O mercado principal é um oligopólio e há paralelismo de preços. O consumidor não troca o produto por estar sujeito a um preço monopolista na manutenção, pois as outras empresas também detêm o monopólio da manutenção de seus produtos e, portanto, também cobram preços monopolistas. O acesso à informação sobre o mercado secundário é irrelevante. A diferenciação de produtos é o fator principal a determinar a opção dos consumidores. O consumidor tende a ficar “preso” a um preço monopolista na manutenção.
<p>HIPÓTESE 2: cenário de concorrência intramarca na manutenção. O oligopolista perde faturamento no mercado secundário devido à concorrência dos prestadores de serviço independentes.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Para compensar seu prejuízo, pode aumentar o preço das peças vendidas aos prestadores de serviço de manutenção independentes. Nessa hipótese, não haveria benefício algum para o consumidor, uma vez que o acesso ao mercado de serviços de manutenção concorrencial foi compensado pelo aumento do preço das peças. 	<p>HIPÓTESE 3: o monopólio no mercado secundário não necessariamente se traduz na cobrança de preços monopolistas ao consumidor, pois um atraente preço de manutenção pode ser estratégia de crescimento no mercado primário.</p> <p>PROBLEMAS: – Os mesmos verificados no item 1.a, hipótese 2</p> <p>OBSERVAÇÃO 1: a mesma de 1.a, hipótese 2</p> <p>OBSERVAÇÃO 2: Baixa probabilidade de diminuição dos preços em qualquer mercado, em virtude da estrutura de oligopólio, que favorece preços paralelos em nível superior ao concorrencial. Os agentes econômicos não têm interesse em deflagrar uma guerra de preços. O principal fator de concorrência é a diferenciação dos produtos.</p>	

SITUAÇÃO 1 – EMPRESA SEM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO		
I.B. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO		
<p>I.A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO</p>	<p>Entretanto, ainda que o consumidor esteja interessado no preço do “pacote”, é mais provável que ele queira pagar menos quando da aquisição do produto do que quando da realização da manutenção (ver item II.3. Lucro presente vs. lucro futuro), por isso considera-se que tal estratégia não traria bons resultados, razão pela qual sua adoção parece ser improvável.</p> <p>– Mesmo que a empresa ganhe mercado por causa do baixo preço de manutenção, há possibilidade de aumentar o preço depois. Essa circunstância seria agravada se o consumidor ficasse <i>locked in</i> ao novo preço, monopolista (baixo preço de revenda e durabilidade do produto, carência de informação não se aplica, pois admitiu-se que o consumidor adquiriu o produto influenciado pelo baixo preço de manutenção. Para tanto, tinha acesso às informações relevantes).</p>	<p>Possibilidade de instalação de um regime concorrencial. Mesmo assim, a guerra de preços não deverá durar muito, em face da estrutura oligopolista do mercado, em que é natural o comportamento paralelo dos concorrentes.</p> <p>PROBLEMA:</p> <p>– Conforme surge concorrência na manutenção das outras oligopolistas, todas elas experimentarão redução do faturamento no mercado secundário. Comportamento natural é o aumento dos preços no mercado primário (considerando que o aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço de manutenção independentes tenha sido impedido pela autoridade antitruste) – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços, pelas razões expostas acima.</p>
<p>I.A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO</p>	<p>– Produto durável</p> <p>Se o consumidor ficar “preso” à cobrança do preço monopolista, experimentará grande prejuízo, devido ao prolongado lapso de tempo em que estará sujeito a referido preço. A empresa que praticou a conduta anticoncorrencial, ao contrário, auferirá significativos lucros em virtude da prática.</p> <p>– Faturamento do mercado de manutenção significativo em relação ao mercado principal. A prática anticoncorrencial, em última análise, estará financiando os investimentos em tecnologia no mercado primário, o que fará que a empresa possa desenvolver produto superior.</p> <p>Dessa forma, mesmo tendo sido submetido ao preço monopolista na manutenção, o consumidor, quando da troca do produto, não deixará de optar pela mesma empresa, por estar oferecendo produto superior.</p>	<p>A autoridade antitruste poderia impedir o aumento do preço das peças – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços (art. 21, XXIV), pois o preço estaria sendo aumentado para compensar a perda de mercado no <i>aftermarket</i> em virtude da proibição da conduta anticoncorrencial. Tal aumento não se justifica em face dos parâmetros para a caracterização do ilícito fornecidos pela Lei 8.884/94 (incisos do parágrafo único do art. 21). A empresa, em compensação, poderia aumentar os preços no mercado principal, mas não o faz, senão perderia mercado para seus concorrentes. Se os consumidores têm acesso à informação, esta empresa poderá crescer no mercado principal, pois os consumidores teriam interesse no acesso a um mercado de manutenção concorrencial. Os outros oligopolistas poderiam reduzir seus preços no mercado principal e/ou secundário.</p>

SITUAÇÃO 1 – EMPRESA SEM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO	
<p>1. A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO</p> <p>Esta hipótese considera as características de um produto que envolve tecnologia. Mesmo que o consumidor de um produto dessa natureza possua alto nível de informação e estivesse disposto a trocá-lo por outro que tenha um preço de manutenção mais acessível, entende-se que, na grande maioria dos casos, o consumidor desprezará esse fator em favor da melhor tecnologia do produto (financiada pelos lucros monopolistas na manutenção).</p> <p>OBSERVAÇÃO: admite-se que a concorrência no mercado primário pode ser (eventualmente) suficiente para que não ocorra a cobrança de preço monopolista no mercado secundário. Todavia, não se vislumbra ganho de eficiência em relação a uma situação em que haja concorrência também no mercado secundário. Pelo contrário, um <i>aftermarket</i> concorrencial é garantia de que os consumidores não ficarão em momento algum sujeitos à cobrança do preço monopolista.</p>	<p>1. B. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO</p>

SITUAÇÃO 2 – EMPRESA COM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO	
<p>HIPÓTESE 1: o monopólio no mercado secundário levaria naturalmente à cobrança de preços monopolistas. Todavia, o consumidor, bem informado, quando da troca do produto por um novo, optaria pelo produto das concorrentes. Isso ocasionaria perda de mercado por parte da monopolista. Assim, haveria incremento da concorrência e benefício ao consumidor, pois a monopolista se veria obrigada a baixar os preços nos mercados principal e secundário. Ganho de eficiência a médio/longo prazos.</p> <p>PROBLEMAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – O consumidor pode não ter outras opções no mercado primário. A empresa teria um produto tão superior que os consumidores não teriam alternativas para escapar do preço monopolista. – Mesmo que alguns consumidores estivessem dispostos a trocar seus produtos pelo de outra empresa, se o faturamento do mercado secundário for grande em relação ao primário (como visto no item 1.a, hipótese 1, último problema apontado), a cobrança do preço monopolista na manutenção por um tempo prolongado (<i>lock in</i> e produtos duráveis) geraria lucros suficientes para custear novos investimentos em tecnologia, ampliando a superioridade do produto da monopolista. 	<p>HIPÓTESE 2: cenário de concorrência intramarca na manutenção. O monopolista perde faturamento no mercado secundário em virtude da concorrência dos prestadores de serviço independentes.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Para compensar seu prejuízo, pode aumentar o preço das peças vendidas aos prestadores de serviço de manutenção independentes. Nessa hipótese, não haveria benefício algum para o consumidor, uma vez que o acesso ao mercado de serviços de manutenção concorrencial foi compensado pelo aumento do preço das peças. <p>A autoridade antitruste poderia impedir o aumento do preço das peças – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços, pelas razões expostas acima.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Em compensação, o monopolista aumenta os preços no mercado principal – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços, pelas razões expostas acima.

Tabela 2 – Vantagens e desvantagens de cada configuração de mercado apresentada

1. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO	2. CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	3. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO
<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Maior garantia de qualidade dos serviços de manutenção – Preservação da imagem das marcas – Coibição de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Se o produto for durável, o consumidor pode ficar “preso” ao preço monopolista na manutenção por um longo período – A empresa pode utilizar-se dos lucros monopolistas (advindos da prática anticoncorrencial) para reinvestir em tecnologia e fabricar produto superior aos das concorrentes – Mesmo que o produto tenha substitutos, se houver carência de informação o consumidor não tem como exercer sua liberdade de escolha – Mesmo que haja informação completa, se o consumidor for passivo, não exercerá sua liberdade de escolha e pagará o preço monopolista no mercado secundário 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mercado de manutenção com mais opções de qualidade e preço para os consumidores – Não há preço monopolista na manutenção – Nenhuma empresa pode se utilizar de lucros monopolistas para investir em inovação tecnológica <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Possibilidade de prejuízo à imagem das marcas em decorrência de manutenção ruim feita por outra empresa – Pode haver preço monopolista na manutenção se a empresa que foi proibida de monopolizar o mercado secundário compensar seus prejuízos por meio do aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço independentes (pois a empresa pode manter o monopólio da peça) 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Maior garantia de qualidade dos serviços de manutenção – Preservação da imagem das marcas – Coibição de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Incentivo à concorrência a médio/longo prazos (consumidor busca opção por ter sido submetido a preço monopolista na manutenção) <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Se o produto for durável, o consumidor pode ficar “preso” ao preço monopolista na manutenção por um longo período – A empresa pode utilizar-se dos lucros monopolistas (advindos da prática anticoncorrencial) para reinvestir em tecnologia e fabricar produto superior aos das concorrentes – Mesmo que o produto tenha substitutos, se houver carência de informação o consumidor não tem como exercer sua liberdade de escolha – Mesmo que haja informação completa, se o consumidor for passivo, não exercerá sua liberdade de escolha e pagará o preço monopolista no mercado secundário

4. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO E CONCORRÊNCIA NO MERCADO SECUNDÁRIO	5. MONOPÓLIO NOS MERCADOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	6. MONOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO E CONCORRÊNCIA NO MERCADO SECUNDÁRIO
<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mercado de manutenção com mais opções de qualidade e preço para os consumidores – Não há preço monopolista na manutenção – Nenhuma empresa pode se utilizar de lucros monopolistas para investir em inovação tecnológica <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Possibilidade de prejuízo à imagem das marcas em decorrência de manutenção ruim feita por outra empresa – Pode haver preço monopolista na manutenção se a empresa que foi proibida de monopolizar o mercado secundário compensar seus prejuízos por meio do aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço independentes (pois a empresa pode manter o monopólio da peça) – Possibilidade de as empresas compensarem os prejuízos advindos da abertura do mercado secundário com aumento dos preços no mercado principal 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Maior garantia de qualidade dos serviços de manutenção – Preservação da imagem da marca – Coibição de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Incentivo à concorrência a médio/longo prazos (consumidor busca opção por ter sido submetido a preço monopolista na manutenção) <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – O consumidor fica “preso” ao preço monopolista na manutenção – O produto não tem substitutos e o consumidor não tem liberdade de escolha 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mercado de manutenção com mais opções de qualidade e preço para os consumidores – Não há preço monopolista na manutenção – A empresa pode se utilizar de lucros monopolistas para investir em inovação tecnológica <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Possibilidade de prejuízo à imagem das marcas em decorrência de uma manutenção ruim feita por outra empresa – Pode haver preço monopolista na manutenção se a empresa que foi proibida de monopolizar o mercado secundário compensar seus prejuízos por meio do aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço independentes (pois a empresa pode manter o monopólio da peça) – Possibilidade de as empresas compensarem os prejuízos advindos da abertura do mercado secundário com aumento dos preços no mercado principal
<p>Obs.: o maior ou menor número de vantagens ou desvantagens apontadas não indica um julgamento qualitativo. Referidas vantagens/desvantagens não têm a mesma intensidade. A tabela indica apenas os argumentos registrados neste estudo, que muitas vezes refletem opiniões conflitantes.</p>		

III. Sugestão de questões a serem verificadas pela autoridade antitruste no curso da análise da conduta

– Qual o valor de revenda do produto? O consumidor, neste aspecto, tem estímulo para trocar o bem pelo da concorrente se a ele forem impostos preços monopolistas no mercado secundário?

– O consumidor médio se dispõe a trocar o produto principal pelo fato de lhe ser imposto um preço monopolista no mercado secundário?

– No mercado em questão, o consumidor está realmente bem informado a respeito dos custos de manutenção quando da escolha do produto principal? Mesmo que esteja, adquire o produto de sua preferência a despeito de saber que incorrerá em custos monopolistas de manutenção?

– Mesmo que o consumidor esteja bem informado a respeito dos custos de manutenção, o avanço tecnológico do setor pode ser tão grande a ponto de não se poder garantir que os custos verificados quando da aquisição do produto se manterão os mesmos?

– Em última análise, o custo para que o consumidor troque seu produto por outro em que não fique sujeito a preços monopolistas na manutenção é viável?

– O produto é durável? Em caso positivo, o *lock in* será muito mais custoso para o consumidor.

– Qual a relevância do faturamento do mercado secundário em relação ao mercado principal? Lucros monopolistas no último seriam suficientes para custear os gastos voltados ao desenvolvimento de um novo produto?

– A restrição vertical dirige-se a todas as concorrentes ou a uma em especial? Nesta última hipótese, cairia o argumento de que somente a própria empresa pode fazer manutenção eficiente. Possivelmente cairia também o argumento de que a empresa está preocupada em proteger sua imagem, a menos que existam evidências suficientes de que determinada empresa não prestaria o serviço de manutenção adequadamente.

– Há peças de outras marcas que podem substituir de forma satisfatória as peças que a monopolista se recusa a vender?

– A empresa admite vender as peças diretamente para os proprietários dos produtos, caso estes queiram fazer a manutenção por si? Em caso positivo, há comprovação de que os mercados primário e secundário são distintos.

– Há possibilidade de exploração lucrativa do mercado secundário pelo fabricante de equipamentos? Em caso negativo, é provável que alegações como preocupação com imagem e qualidade dos serviços prestados sejam verdadeiras.

– A abertura do mercado secundário a outras empresas pode desincentivar os investimentos da empresa no mercado principal?

– A ex-monopolista obrigada a fornecer as peças para os prestadores de serviço de manutenção no mercado secundário aumentou o preço destas sem justificativa de aumento de custo ou melhoria de qualidade? Em caso positivo, há possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços.

– A ex-monopolista obrigada a fornecer as peças para os prestadores de serviço independentes aumentou o preço do produto no mercado principal? Em caso positivo, há possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços.

BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.

BORENSTEIN, Severin; MACKIE-MASON, Jeffrey K.; NETZ, Janet S. Antitrust policy in aftermarkets. *Antitrust Law Journal*, 63, 1995, p. 455.

CARLTON, Dennis W. A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal – why Aspen and Kodak are misguided”, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 8105. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, February 2001. Disponível em: <http://nber.org/papers/w8105>. Acesso em: 7 out. 2006.

CHEN, Zhiqi; ROSS, Thomas W. Orders to supply as substitutes for commitments to aftermarkets. *The Canadian Journal of Economics*, v. 31, Issue 5, p. 1204-1224, nov. 1998.

EASTMAN KODAK CO. v. IMAGE TECH. SVCS., 504 U.S. 451 (1992).

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and materials on antitrust*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1989.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

- _____. Market power in aftermarket: antitrust policy and the Kodak case. *UCLA Law Review*, 40, p. 1447-1459, 1993.
- KAPLOW, Louis. Extension of monopoly power through leverage. *Columbia Law Review*, v. 85, p. 515, 1985. Também disponível em: <http://www.sp.uconn.edu/~langlois/E382/kaplow.html>. Acesso em: 7 out. 2006.
- POWER-TECH/MATEC. Processo Administrativo n. 08012.000172/98-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda.; Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC).
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SALOP, Steven C. *Vertical mergers and monopoly leverage*. Washington, D.C., 2001. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~sseverin/verticalintegrdsalop.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2004.
- SHAPIRO, Carl; TEECE, David. Systems competition and aftermarket: an economic analysis of Kodak. *Antitrust Bulletin*, v. 39, n. 1, Spring 1994.
- VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1995.