

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23/91

REPRESENTANTE: REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS

REPRESENTADA: XEROX DO BRASIL LTDA.

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 2º, I, "g", da Lei nº 4.137/62 de 10 de setembro de 1962 e no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91 de 08 de janeiro de 1991, condenada a Representada ao Pagamento da multa no valor de Cr\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo máximo de 10 (dez dias). Foram ainda determinadas providências a serem tomadas pela Representada, nos termos do voto do Relator. Nada mais havendo a tratar, o Presidente deu por encerrada a Sessão.

Plenário do CADE, 31 de março de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

RELATÓRIO DO PROCURADOR

Ementa: Xerox. Venda casada e criação ilegítima de dificuldade a concorrente. Fornecimento de `toners' e reveladores.

Este feito resulta da fusão de sindicâncias, que tiveram curso no antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a partir de denúncias de empresas contra comportamento da Xerox do Brasil S/A. Em 8.11.91, a Secretaria de Direito Econômico notificou a empresa representada para apresentar a sua defesa, dando início ao processo (fl. 637).

Há notícia nos autos de que, desde 1989, a representada vinha pressionando os locatários de suas máquinas de reprodução por fotocópia a somente adquirir materiais de consumo, como toner, revelador e cilindros, que tivessem a marca Xerox. A fls. 193 do apenso (Sindicância 130), uma das representantes, Recomex - Representações e Comércio Exterior Ltda, dá conta de correspondência da Xerox para a Secretaria da Fazenda do Rio Grande do Sul, de 20.9.89, para a Secretaria do Trabalho e Ação Social e Comunitária do mesmo Estado, de 10.8.89, e para a Secretaria da Indústria e Comércio, também gaúcha, de 8.12.89, onde a representada, alegadamente de modo anticompetitivo, afirma:

"A utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela Xerox pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para a Assistência Técnica (...) A Xerox poderá passar a não responder pelo desempenho ideal desses equipamentos, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica gratuita que fornece a eles" - ver, também, fls. 268 e seg. do apenso referido.

Em 29.11.90, em reunião com o então Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, Dr. Salomão Rotemberg, a empresa concordou em, "a partir do dia 01 de janeiro de 1991, fazer constar cláusula específica nos contratos de prestação de serviços técnicos sobre a inexistência de outros fornecedores do material de consumo (toner, cilindro e revelador), no momento atual, com seus produtos devidamente qualificados. A qualificação poderá vir a ocorrer pela própria Xerox ou por órgão oficial reconhecido, como, por exemplo, o Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia ou Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo" (fls. 38).

A fls. 59 e seg., a Xerox apresenta cópia de carta padronizada que enviou aos seus clientes, a pretexto de cumprir o combinado na reunião com o então titular do DNPDE. Ali, notifica os clientes de nova cláusula contratual com este teor:

"§ 2º (...) Somente poderão ser utilizados nos equipamentos Xerox materiais de consumo devidamente qualificados pelos interessados junto ao INT - Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República, ou pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo, ou materiais de consumo da marca Xerox ou, ainda, materiais autorizados, por escrito, pela própria Xerox,

sempre que, em qualquer hipótese, identificados e qualificados para cada modelo de equipamento.

§ 3º. A falta de cautela do cliente, quanto à regra estabelecida no parágrafo 2º, acima, poderá até mesmo, após alerta por escrito da Xerox, resultar na cessação da execução dos serviços técnicos por esta prestados ao equipamento, até que se configure a obediência ao disposto nesta cláusula"(fl. 62)

A fl. 82, a SNDE recebeu denúncia da firma Copilândia, dando conta de diversas anomalias no seu relacionamento com a Xerox, entre elas a de "venda casada, ou seja, só recebemos assistência técnica nos equipamentos se os produtos forem comprados da Xerox do Brasil S/A."

Uma nova reunião com os interessados ocorreu em 22.1.91. Resultou do encontro:

"Ficou acordado que a SNDE disporá de 10 dias para comunicar às representantes que elas disporão de 30 dias para apresentar ao Instituto Nacional de Tecnologia seus produtos (toner, fotorreceptor e revelador) para qualificação no prazo de até 60 dias. Neste período de 100 dias as empresas concorrentes da Xerox, na linha de materiais de consumo, poderão atuar livremente no mercado" (fls. 125).

Isso não obstante, a Xerox fez publicar no Estado de São Paulo, de 25.1.91, esclarecimento aos clientes datado do dia anterior. Ali se lê:

"4- Na reunião do dia 22 de janeiro último, a SNDE acolheu sugestão da própria Xerox no sentido de que o Instituto Nacional de Tecnologia (INT), órgão da Secretaria da Ciência e Tecnologia, seja a única entidade autorizada a fornecer qualificação a materiais de consumo de qualquer procedência que se pretenda usar em copiadoras Xerox" (fl. 128).

A fl. 172, a representante RECOMEX afirma, em 14 de fevereiro de 1991, que a prática censurada persiste. Anexa carta da Xerox, de 4 de fevereiro de 1991, treze dias após a reunião na SNDE, em que se cogita da suspensão da assistência técnica feita a cliente do Rio Grande do Sul se não usados produtos da Xerox.

A fls. 215 e seg. há cópias de cartas da Xerox dirigidas a clientes, com respeito a eventual suspensão da assistência técnica.

A fl. 319 o Diretor do DNPDE, Dr. Marcos Vinícios de Campos, sugere ao Secretário da SNDE, em 9.5.91, que a exigência de qualificação do material de consumo dos concorrentes da Xerox deixe de prevalecer. Argumentou que o INT apenas avalia o desempenho do material e que o único laboratório credenciado para o serviço é da Xerox. Apontou que, "apesar das tentativas da empresa Aplivac em locar as instalações da Xerox - por

indicação do INT -, a Xerox não forneceu as informações necessárias para sua efetivação". Referiu também a documento do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, em que se consignou que "não existe regulamentação legal que dê atribuições ao INMETRO, para realizar Certificação Compulsória de produtos de consumo utilizáveis em máquinas fotocopadoras". No dia seguinte, o então Secretário da SNDE aprovou a medida proposta.

Em 15.5.91, a Xerox foi notificada da decisão (fls. 330-331).

Consta da fl. 411v. cláusula de contrato de locação com opção de compra de equipamento, assinado em 26.9.90. Este o seu teor:

"...A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou, devidamente e por escrito, licenciados pela Xerox pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência Técnica. Além disso, a vida útil destes materiais poderá ser menos se comparada aos da marca Xerox. Assim sendo, a locadora passará a não responder pelo desempenho ideal deste equipamento, podendo até suspender, a seu critério, Assistência Técnica gratuita que fornece a este".

A fls. 416-417 lê-se que, em 22.5.91, a Sanbra - Sociedade Algodoeira do Nordeste Brasileiro S.A., enviou telex à Xerox com este dizeres:

"Em 20.05.91, estive em nossa fábrica seu técnico para instalar um cilindro máquina 1045, adquirido no mercado paralelo, porém o mesmo recusou atender tal solicitação, alegando tratar-se de produto não adquirido de V. Sas. Necessitamos comprovação por escrito, justificando o não atendimento de tal solicitação"(fls 422).

Na resposta (fl. 423), de 28.5.91, a Xerox encarece a excelência do seu material de consumo e diz:

"Não há, até este momento, no Brasil, material de consumo para equipamentos da marca Xerox, que não aqueles fabricados por ela própria, que tenham sido devidamente testados e comprovados como adequados".

A partir da fl. 454, a Xerox anexa modelos de contrato em vigor. Cláusula que está sempre presente diz:

"A Xerox prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade. A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou devidamente e por escritos, autorizados pela Xerox pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para Assistência Técnica. Assim sendo, a Locadora, na qualidade de proprietária do equipamento, passará a não responder pelo desempenho ideal do mesmo, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica gratuita que fornece ao equipamento".

Do contrato-padrão de assistência técnica, lê-se que é obrigação do cliente:

"6.2: Somente promover a aquisição de materiais de consumo especificados pela Xerox, obedecendo os padrões de qualidade por ela indicados" (fls. 483).

DISCUSSÃO

A Xerox quando loca as suas máquinas, cede o seu uso. A aquisição do material necessário para a produção de cópias é encargo do locatário. A ele incumbe obter o material de consumo que lhe convenha. A sua escolha não pode ser tolhida de modo injustificado. Se o material eleito se provar danoso ao equipamento, quando este retornar à proprietária, o assunto será resolvido de acordo com as regras normais de responsabilidade civil. O que não é razoável é que a proprietária da fotocopadora possa determinar que apenas os produtos por ela autorizados ou que ela fabrica possam ser empregados nas máquinas que aluga. Quando muito, seria dado à locadora impugnar o uso de materiais de consumo, bem especificados, que comprovadamente sejam nocivos ao aparelho. É abusivo, porém, tolher, de modo apriorístico, o uso de materiais de consumo que não sejam demonstradamente perniciosos. O fato

de a locadora, como ela própria o afirma em cláusula contratual, primar "pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca" e de "tais materiais serem devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade" não é embaraço legítimo a que se usem nas copiadoras outros materiais de consumo, a critério do locatário.

A essa conclusão de inegável bom senso chegaram o DNPDE, sob a titularidade do Dr. Marcos Vinícios de Campos, e o então Secretário Nacional de Direito Econômico, na decisão comunicada à Xerox em 15.5.91 (fls. 330/331). Afirmou-se, ali, desnecessária a aprovação compulsória de produtos de consumo a serem empregados nas fotocopiadoras. Deixou-se de exigir a qualificação do material de consumo dos concorrentes da Xerox.

Isso não obstante, os autos revelam que a Xerox não mudou o seu comportamento (cf. fls. 416-417 e 423).

Observo que não há demonstração de dano causado a máquina locada por uso de material de consumo de procedência distinta da Xerox. Num caso, porém, a comissão de licitação do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca da utilização do cilindro fornecido pela Recomex, diz:

"Não obstante o desempenho normal do equipamento, observou-se um aumento da saturação da caixa do toner, exigindo maior frequência do técnico da Xerox"(fl. 692).

Resta saber se a eventualidade do incremento do número de chamadas de técnico da Xerox pode justificar que a empresa, no contrato de aluguel de suas máquinas fotocopiadoras, faça figurar cláusula do teor já referido.

Cumpra ter presente que a Xerox não cobra pela assistência técnica prestada às suas fotocopiadoras locadas. Esse custo, como salientou a SDE, está compreendido no próprio valor do aluguel. Dessa forma, a empresa, para fixar a quantia devida a tal título, decerto que toma em conta uma média aproximada do custo que cada máquina, em condições normais, acarreta.

Não me parece razoável, entretanto, que o emprego de material de consumo fabricado por concorrente, e que talvez esteja a exigir uma regulação diferente da máquina - conforme cogitado nos autos -, justifique a recusa pura e simples de realizar serviços técnicos. Muito menos se justifica a existência de cláusula contratual que enseje semelhante interpretação.

A cláusula impugnada no processo é apta para embaraçar, de modo ilegítimo, o desenvolvimento de outras empresas que fabricam ou importam

produtos de consumo para fotocopiadoras. Cria receio no usuário de vir a perder a assistência técnica, se não usar material de consumo da Xerox. Não é dado à representada se valer dessa espécie de cláusula de conteúdo assaz genérico e intimidativo da concorrência. A cláusula conduz o locatário da fotocopiadora a adquirir produto de consumo da mesma marca do aparelho, trazendo à balha a figura da venda casada.

As características do tipo da vinculação da venda de produtos ou serviços à compra de outros produtos ou serviços se acham presentes na espécie. Vale recordar os traços distintivos desse tipo de abuso do poder econômico, na lição de Benjamin Shieber:

"A vinculação de vendas foi definida e seus efeitos maléficos sobre a concorrência foram apontados pelo Juiz Black da Suprema Corte, no caso *Northern Pacific Railway Co. vs. United States*, 356 US 1 (1958). O juiz disse:

“Para a finalidade da interpretação da lei um arranjo de vinculação pode ser definido como um acordo em que o vendedor concorda em suprir um produto ao comprador, mas só sob a condição de que o comprador passe a comprar um outro produto, o produto vinculado; ou ao menos que o comprador prometa que não vai comprar este produto, o vinculado, de qualquer outro vendedor. Nos casos em que o vendedor consegue a concordância do comprador a esta exigência, a concorrência baseada no valor real do produto vinculado é inevitavelmente restringida. Realmente, acordos de vinculação de vendas não têm praticamente outra finalidade senão a supressão da concorrência. Tais acordos negam aos concorrentes do vendedor livre acesso ao mercado para o produto vinculado; não porque o vendedor que exige a vinculação de vendas disponha de um produto melhor ou ofereça o produto a um preço mais baixo que seus concorrentes, e sim por razão de seu poder com respeito a um outro produto, o produto vinculante. Ao mesmo tempo, os compradores são compelidos a ceder seu poder de livre deliberação entre produtos concorrentes. Por estas razões acordos de vinculação de vendas são severamente punidos na base das leis proibindo restrições da concorrência”.

Prossegue o professor Shieber anotando que, "na execução destes preceitos legais, a jurisprudência norte-americana considera acordos de vinculação de vendas, nos quais são incluídos acordos de vinculação de locação de bens, ilícito per se". (*Abusos do Poder Econômico*. São Paulo, RT, 1ª ed., pp. 144-145).

Entendo que a cláusula no que dispõe, sem maiores detalhes, sobre a possibilidade de a Xerox deixar de prestar serviços técnicos pelo não uso do seu material de consumo é ilegítima e inibidora da concorrência.

Acredito que a Xerox possa até mesmo indicar certos produtos como danosos ao seu equipamento, arcando com o ônus de demonstrar a sua inadequação técnica. Não pode, porém, de modo direto ou indireto, criar empecilho ao emprego de materiais de consumo fabricados por concorrentes, sem prova técnica séria da sua impropriedade.

Apenas à guisa de curiosidade, lembro que o Federal Trade Commission - o órgão norte-americano encarregado de enfrentar situações distorcidas do mercado -, analisando reclamação dirigida contra a Xerox americana, em caso com peculiaridades próximas às do autos, decidiu:

"...A Xerox deverá, além de instruir os seus empregados a não comentar a qualidade de toners e reveladores produzidos por competidores, afixar nota em lugar visível da máquina em cada copiadora vendida ou alugada por ela nos Estados Unidos dizendo: `A Xerox Corporation fabrica e distribui toner e revelador para esta máquina. Outros fornecedores também podem fornecer toner e revelador para este aparelho. Pode ser necessário ajustar a máquina para acomodar o toner ou o revelador produzido quer pela Xerox quer por qualquer outro fornecedor'(...Xerox shall, in addition to instructing its employees in the United States not to comment on the quality of competitive toner or developer, place a notice in a location conspicuous to the key operator on each office copier sold or leased by it in the United States stating the following: `Xerox Corporation manufactures and distributes toner and developer for use in this machine. Other suppliers may also provide toner and developer for this machine. It may be necessary to adjust the machine to accommodate toner or developer which is provided either either Xerox ny other supplier" (86 FTC 363, decisão de 29 de julho de 1975).

Percebe-se da decisão que não se tolera que se ataquem produtos de concorrentes - ao menos enquanto não demonstrada a sua imprestabilidade - e se exige que a Xerox aceite o emprego de materiais de consumo de outros fabricantes. Mais do que isso, informa-se o locatário da máquina da possibilidade de optar por outro produto de consumo - longe, portanto, de acua-lo com a perspectiva da suspensão de assistência técnica, caso se valha de produto que não seja produzido pela Xerox.

CONCLUSÃO

A cláusula contratual que induz ao consumo de produtos da marca Xerox não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores. Ela é apta para criar "dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao funcionamento de empresa" concorrente (art. 2º, I, "g", da Lei nº 4.137/62 e art. 3º, XVI, da Lei nº 8.158/91), bem assim induz à venda casada, que o legislador de 1991 repudiou no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Pela procedência da representação.
Brasília, 3 de fevereiro de 1993.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata o presente Processo Administrativo de diversas Sindicâncias que foram instauradas pelo antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, além de representações dirigidas à SDE - Secretaria de Direito Econômico, nas quais pretendem demonstrar as Representantes, conforme noticiam os autos, que, desde 1989, a Representada vinha exercendo pressão sobre os locatários de suas máquinas de reprodução por fotocópia, no sentido de que somente adquirissem materiais de consumo a serem usados em tais equipamentos, que ostentassem a marca XEROX, vinculando, assim, a prestação de assistência técnica prevista em contrato à utilização de tais materiais ("venda casada").

Todos os processos originários do CADE foram apensados ao processo instaurado pelo DPDE, em razão de, também, lhe terem sido enviadas representações contra a XEROX.

Em 26.11.90, o DAP/MEFP encaminhou expediente contendo denúncia da empresa GRANLUMEN contra a Representada. Também a Secretaria de Imprensa da Presidência da República, através do OF/PR/SI/Nº 214/90, enviou carta-denúncia contra a XEROX, juntando certidão quanto à DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO nº 00362/90, onde dá conta da existência de quatro inscrições ativas de responsabilidade da Representada.

Dos autos consta cópia de correspondência da Representada à COPENE PETROQUÍMICA DO NORDESTE S/A na qual observou que: "A utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela XEROX, pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para Assistência Técnica... Além disso, a XEROX

poderá passar a não responder pelo desempenho ideal destes equipamentos podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica Gratuita que fornece a eles."

A COPENE, em correspondência à GRANLUMEN - Comércio e Representação Ltda, após a advertência da XEROX acima referida, disse: "Em função dos problemas apresentados e a fim de evitar-se as consequências apresentadas pela XEROX INDUSTRIAL E COMERCIAL (carta anexa), deixaremos de cotar com V. Sas. o cilindro utilizado no equipamento 1045" (fls. 21A).

Correspondência semelhante àquela enviada à COPENE foi, também remetida à empresa BASTOS ADMINISTRAÇÃO COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS LTDA., na qual a Representada relatou e comunicou àquela Empresa que

"Constatamos que no último atendimento técnico prestado a V. Sas. no equipamento acima referenciado, a causa da má qualidade da cópia resultou do uso de materiais de consumo que não levam a marca XEROX nem tão pouco foram aprovados por nossa empresa..."

Assim sendo, a caracterização de excesso de chamadas como acima registrado, obrigar-nos-á a suspender de imediato, os serviços de Assistência Técnica gratuita que vêm sendo prestados a V. Sas., por esta Empresa, bastando para isso mera comunicação por escrito."

Por sua vez, a Polícia Militar do Estado da Bahia, através do ofício de nº 71/89, do Presidente da Comissão de Licitação, comunicou à GRANLUMEN que não mais adquiriu material da mesma por imposição da própria XEROX.

Em 29/11/90, a Representada, em reunião na SDE/DPDE, comprometeu-se, conforme consta da MEMÓRIA DE REUNIÃO, dentre outras providências, a: "...fazer constar cláusula específica nos contratos de prestação de serviços técnicos sobre a inexistência de outros fornecedores de material de consumo (toner, cilindro e revelador), no momento atual, com seus produtos devidamente qualificados. A qualificação poderá vir a ocorrer pela própria XEROX ou órgão oficial reconhecido, como por exemplo, o Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia ou Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo." (fls. 38).

A SDE/DPDE, através do ofício/DNPDE/Nº 182/90, deu ciência à GRANLUMEN do acordado na reunião acima mencionada, tendo a mesma informada ao Departamento, pelo OF/GRANLUMEN/NR 009/90, que "A XEROX DO BRASIL S/A afronta os procedimentos que regem a livre concorrência e devido a esta prática estamos enviando a V. Sa. documento que atestam nossa denúncia, bem como o uso pela XEROX INDUSTRIAL E

COMERCIAL S/A. dos mesmos produtos por ela condenados e por nós fornecidos hoje no Estado da Bahia". Juntou laudo da aprovação pela XEROX dos referidos produtos, inclusive laudos de resultados de testes feitos pela Representada e, também, cópias de notas fiscais comprovando a aquisição pela XEROX dos produtos em questão.

A XEROX, em cumprimento ao acordado na reunião realizada em 29.11.90, procedeu à alteração de cláusula contratual, passando a mesma a ter a seguinte redação:

"Parágrafo 2º - Dessa forma, somente poderão ser utilizados nos equipamentos XEROX materiais de consumo devidamente qualificados pelos interessados junto ao INT - Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República, ou pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo, ou materiais de consumo da marca XEROX ou, ainda, materiais autorizados, por escrito, pela própria XEROX, sempre que, em qualquer hipótese, identificados e qualificados para cada modelo de equipamento.

Parágrafo 3º - A falta de cautela do Cliente, quanto a regra estabelecida no parágrafo 2º, acima, poderá até mesmo, após alerta por escrito da XEROX, resultar na cessação da execução dos serviços técnicos por esta prestado ao equipamento, até que se configure a obediência ao disposto nesta cláusula" (fl. 62).

Em reunião realizada, em 22.01.91, entre a Secretaria de Direito Econômico e a XEROX, dada a convocação que foi feita à empresa para prestar esclarecimentos, ficou acordado que a SDE disporia de 10 (dez) dias para comunicar às representantes que elas teriam um prazo de 30 (trinta) dias para apresentar ao Instituto Nacional de Tecnologia seus produtos (toner, fotorreceptor e revelador) para que fossem qualificados no prazo de até 60 (sessenta) dias. Neste período de 100 (cem) dias as empresas concorrentes da XEROX na linha de materiais de consumo, poderiam atuar livremente no mercado.

- Para o cálculo dos 100 (cem) dias retromencionados foi assumido que o INT levará até 60 (sessenta) dias para qualificação dos produtos, conforme contato telefônico mantido nesta data. Caso a confirmação escrita do prazo pelo INT à SNDE venha a ser superior a esses 60 (sessenta) dias um novo contacto entre a Secretaria e XEROX se fará." (fls. 124/126).

A Representada, após essa reunião, fez veicular nos grandes jornais do País a seguinte nota de esclarecimento:

"Considerando o extenso noticiário da imprensa que recentemente focalizou as reuniões havidas entre a XEROX DO BRASIL e a Secretária

Nacional de Direito Econômico, entendemos como necessário prestar os seguintes esclarecimentos:

1- A XEROX não faz nem nunca fez "vendas casadas".

2- Esta afirmação está plenamente suportada pelo entendimento firmado com a SNDE, registrado na Ata de Reunião, entre a XEROX e aquela Secretaria, do dia 22 de janeiro de 1991.

3- As denúncias de práticas monopolísticas, por parte da XEROX, são absolutamente infundadas e se originaram na preocupação que a XEROX manifesta e tem sempre exercido no sentido de evitar que MATERIAIS DE CONSUMO de procedência ignorada e/ou não qualificados tecnicamente sejam utilizados em equipamentos XEROX, com reflexo sobre a qualidade das cópias produzidas, riscos reais de danificação dos equipamentos, além da questão da segurança das instalações dos nossos clientes.

4- Na reunião do dia 22 de janeiro último, a SNDE acolheu sugestão da própria XEROX no sentido de que o Instituto Nacional de Tecnologia (INT), órgão da Secretaria da Ciência e Tecnologia, seja a única entidade autorizada a fornecer qualificação a MATERIAIS DE CONSUMO de qualquer procedência que se pretenda usar em copiadoras XEROX.

5- A XEROX torna público, portanto, a sua satisfação com essa decisão da SNDE que, de uma vez por todas, coloca nos devidos termos e na perspectiva correta a questão do uso de MATERIAIS DE CONSUMO em equipamentos da marca XEROX.

6- Essa decisão que, repetimos reflete exatamente a posição sustentada pela nossa Empresa, assegura aos nossos clientes a manutenção da qualidade XEROX" (fl. 128).

Em janeiro de 1991, a SDE encaminhou cópia da Memória de Reunião às diversas empresas e pessoas que apresentaram denúncias contra a Representada, que são em número de 44 (quarenta e quatro).

Em nota sobre os atos praticados pela XEROX DO BRASIL S/A, a Coordenadoria de Pesquisas Econômicas do DPDE se manifestou pela a irrefutabilidade dos documentos apresentados pelos Representantes, entendendo como verazes as alegações contra a XEROX, juntando, ainda, um elenco de representações contra esta empresa.

Em 06.02.91, através do Ofício/SDE/Nº 44/91, a SDE deu ciência à XEROX dos prazos que o INT necessitaria para qualificação dos produtos de terceiros (fls. 138).

Em resposta ao OF/Circ/SDE/Nº 033/91, a empresa RECOMEX encaminhou à SDE dossiê com denúncias de práticas comerciais abusivas

praticadas pela XEROX DO BRASIL S/A, após a reunião realizada em 22/01/91, solicitando que tais documentos tivessem cunho de representação.

Comunicou, ainda, que cópias foram enviadas ao Exmo. Sr. Presidente da República, ao Ministro da Justiça e, ainda, afirmou estar representando junto ao Ministério Público Federal (fls. 170).

Alegou, a RECOMEX, em síntese, que:

a) "Noticiou-se que a interpelada cessaria as práticas de abuso de poder econômico e que a SNDE estava vigilante."

b) "...em 25 de janeiro do corrente ano com anúncio publicado nos principais jornais do País, à guisa de esclarecimentos, em que a denunciada, além de negar fatos notórios como a prática de venda casada - torna a atentar contra a concorrência, assacando, mais uma vez, insinuações maliciosas sobre a qualidade dos materiais de consumo de outras marcas" ... "Inobstante a falsidade de tais informações, invoca o nome dessa Secretaria".

c) "Estamos apreensivos, porque a XEROX em suas manifestações à imprensa e na matéria paga a que já aludimos, tem afirmado que o Instituto Nacional de Tecnologia teria passado a ser a única entidade autorizada a fornecer qualificação a materiais de consumo que "se pretenda utilizar em máquinas XEROX", como se os produtos não testados estivessem banidos do mercado".

d) "Em ficando consignada a versão alardeada pela denunciada, tais produtos ficarão sempre sob suspeição, na medida em que não tenham sido testados pela XEROX. Criar-se-iam assim as bases de um cartório jamais imaginado, prejudicando a livre competição, favorecendo a perpetuação de um monopólio privado, sem nenhum proveito para a economia do País e para o consumidor, destinatário último da defesa de uma sadia ordem econômica".

e) "Por essas razões, não pode a SNDE tolerar sejam manipuladas informações de modo a causar apreensão entre os consumidores, em prejuízo das empresas concorrentes da denunciada".

Do dossiê enviado pela RECOMEX constam, ainda, os seguintes documentos: -

1) correspondências do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO recomendando a "observância do princípio da licitação de preços quando da aquisição de produtos a serem utilizados nas máquinas copadoras, XEROX, dada a existência de material de outras marcas de comprovada qualidade no mercado";

2) publicações em jornais e rádios sobre a matéria constante destes autos e sobre a defesa da XEROX às acusações que lhe foram feitas;

3) declaração da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul onde atesta "que estamos devolvendo um cilindro para máquina - XEROX 1035, que foi substituído por outro em condições, em virtude do mesmo ter sido danificado quando da sua reposição no equipamento instalado no INSTITUTO MÉDICO LEGAL, pelo pessoal da empresa XEROX DO BRASIL";

4) julgamento da Comissão de Licitação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que concluiu pelo acolhimento de recurso interposto pela RECOMEX, nos autos da Tomada de Preços nº 51/90-DM, contra a decisão que desclassificou a sua proposta quanto aos itens 11 a 14 do Edital (que tratavam de material de consumo), adjudicando o objeto da licitação à XEROX. Acolhendo o recurso e adjudicando-se à RECOMEX os itens 11 a 14 da Tomada de Preços em questão, determinou aquela Comissão que fosse observado o desempenho de uma das máquinas XEROX 1045 do Tribunal (com assistência de técnicos da RECOMEX e XEROX, e sob a supervisão do Chefe do Setor), que utilizaria somente material de consumo fornecido pela RECOMEX;

5) correspondências expedidas pela Representada a usuários de materiais fornecidos pela RECOMEX, advertindo que a utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela XEROX poderia vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência Técnica, diminuindo em consequência, a vida útil desses produtos e equipamentos, razão porque, a XEROX poderia passar a não se responsabilizar pelo desempenho ideal desses equipamentos, podendo até suspender, a seu critério, a assistência técnica gratuita que fornece a eles.

6) atestados de Idoneidade Técnica dos produtos da RECOMEX, fornecidos por usuários de materiais por ela comercializados;

7) certificado de garantia dos produtos PELIKAN - TONERS AND DEVELOPERS fabricados pela PELIKAN e comercializados pela RECOMEX, e

8) liminar concedida pelo Juiz da 14ª Vara Cível de Salvador contra a XEROX, no sentido de que ela se absteresse de correspondência de qualquer natureza aos consumidores de materiais e suprimentos para máquinas xerocopiadoras, em detrimento do conceito de sua concorrente comercial.

Em resposta ao Ofício/SNDE/Nº 044/91, a Representada apresentou tabela de prazos e datas-limite para a elaboração de testes de qualidade a serem executados pelo INT e, para tanto, solicitou o "de acordo" da referida Secretaria.

Em 24/04/91, através de carta dirigida ao DPDE, a empresa APLIVAC denunciou a Representada por não informar o custo para se

realizar os testes, objeto da reunião de 22/01/91, a serem feitos nos laboratórios da XEROX.

A APLIVAC solicitou ao DPDE, tendo em vista os graves prejuízos por ela sofridos com o comunicado veiculado pela XEROX, nos jornais de 24/01/91, pondo em risco sua sobrevivência como empresa, bem como a de seus representantes nos estados, documento onde pudesse comprovar junto a seus clientes:

"1) que a exigência dos testes do INT foi cancelada uma vez que a XEROX não cumpriu sua parte no compromisso assumido perante a SNDE, tanto no tocante à cessação de práticas desleais de comércio, impedindo seus concorrentes de atuar no mercado, quanto à cessão de seu laboratório para os testes de qualidade;

2) que a XEROX está proibida de obrigar seu clientes a usar material de consumo somente da marca XEROX;

3) que os consumidores de material de consumo tenham o privilégio da livre escolha segundo preceitua a ordem econômica vigente".

Dada a consulta formulada pelo DPDE ao INMETRO, este último informou "que não existe regulamentação legal que dê atribuição ao INMETRO para realizar certificação compulsória de produtos de consumo utilizáveis em máquinas fotocopadoras".

Prosseguiu, aquele Instituto, informando que "quando se tratar de um produto importado e este tiver um certificado de seu país de origem, o INMETRO poderá realizar atividade de reconhecimento desta certificação. "

Tendo em vista informações solicitadas pelo DPDE, através do Ofício/DNPDE/nº 74/91, esclareceu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20.05.91, "que a máquina XEROX modelo 1045, série D52090064 encontra-se em testes, desde 17 de outubro de 1990 com produtos fornecidos por RECOMEX e vem desempenhando normalmente suas funções, não tendo apresentado problema algum, até o presente momento".

Pelo Of/DNPDE/Circ/nº 95/91, o DPDE informou às Representantes e à Representada que, através da nota de fls. 319/320, decidiu a SDE tornar sem efeito exigência de qualificação de material de consumo dos concorrentes da empresa XEROX.

Diversos expedientes foram remetidos pelo DPDE a inúmeras empresas, solicitando cópias das várias opções dos contratos praticados pela Representada.

Instadas pelas solicitações do DPDE, através dos telex e fax anteriormente mencionados, diversas empresas, inclusive a Representada, enviaram cópias de documentos (fls. 434 a 489).

Às fls. 491/506, a Representada prestou esclarecimentos quanto às denúncias contra ela apresentadas.

Protestou pelas decisões tomadas pela Secretaria, dizendo que as mesmas tinham sido baseadas em fatos, argumentos e provas unilateralmente apresentadas pelas RECLAMANTES, tendo, a XEROX, se limitado a fornecer prontamente os dados e informações solicitados, sem que lhe fosse dada inicialmente permissão de conhecimento do total e do real teor das denúncias formuladas, para que pudesse, com a abrangência necessária, apresentar contestação dos fatos e das provas, e exercer seu direito de defesa, constitucional, legítimo e obrigatório.

Protestou, outrossim, contra o fato de que decisões interlocutórias teriam sido levadas a seu conhecimento mediante publicações na Imprensa, sem qualquer chance de defesa prévia, insurgindo-se, também, pela não consideração - ou mesmo pela falta de mera leitura - das defesas já apresentadas nos processos de mesmo objeto e mesma partes que tramitavam no CADE, e que passaram, por força da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, a ser instruídos pela Secretaria de Direito Econômico.

Informou, também, a Representada, que das 9 (nove) empresas que fabricam e comercializam máquinas copiadoras, deteve ela, nos últimos 5 (cinco) anos, as seguintes participações no segmento do mercado brasileiro de máquinas copiadoras:

EMPRESAS\ANOS 1987 1988 1989 1990 1991

XEROX 78% 77% 77% 75% 74%

OUTRAS 22% 23% 23% 22% 25%

Ofereceu, ainda, dados técnicos e funcionais de peças que compõem os equipamentos e os insumos que são usados nas máquinas marca XEROX, procurando demonstrar a qualidade e a unicidade de seus componentes para melhor adequação aos equipamentos XEROX.

Disse que a garantia oferecida pelas Representantes é genérica e não específica para cada modelo de equipamento, como se faz necessário, e que em última análise, alcançaria tão somente o importador que, em nenhum momento, foi comprovadamente caracterizado nas Representações, seja porque o uso objetiva única e exclusivamente enganar os mais incautos quanto à PRETENSA LICENÇA que teria sido fornecida pela XEROX como se esta, até mesmo, se responsabilizasse pela performance do material. Pediu

que fossem desconsiderados como provas os atestados de clientes apresentados nos autos, por entender que os mesmos não poderiam ser considerados como atestados técnicos dos produtos.

Com relação à reunião levada a efeito pela SDE, em 22/01/91, afirmou: - "Considere-se, ainda, o fato de que, desde que essa Secretaria tornou sem efeito a decisão registrada em ata de 22.01.91., e que visava exatamente ordenar a questão, a XEROX está sendo ilegalmente pressionada a uma aceitação passiva destes produtos em equipamentos da sua propriedade, sem conhecimento da qualidade, adequabilidade e performance dos mesmos, em alguns casos, até da procedência".

Em 15 de julho de 1991, a procuradora da Representada, às fls. 424, requereu autorização para obter cópias do Processo, o que lhe foi concedido.

Ouvida a Coordenadoria Geral Técnica do DPDE, através de seu parecer de fls. 621/636, esta propôs a instauração de Processo Administrativo nos termos da Lei nº 8.158/91, notificando a Representada para apresentar defesa prévia no prazo legal, sugerindo, ainda, em face de indícios de lesão grave e de difícil reparação à livre concorrência, a adoção de medidas preventivas previstas no art. 12 da Lei nº 8.158/91.

Sugeriu, ainda, que fosse solicitado aos órgãos responsáveis esclarecimentos sobre a alegação da XEROX de que a licença 092675-4, citada no Termo de Garantia da Pelikan era, na verdade, acordo entre o governo americano e empresas daquele país visando tornar disponíveis, uma às outras, certas patentes, conforme informado pela XEROX às fls. 497/498.

Propôs, também, o Parecer, que fosse solicitado às Representantes importadoras de toner e revelador, comprovantes de importação do produto, nos anos de 1989 e 1990, por ter a XEROX afirmado que estas empresas nada compraram do exterior naquele período.

A Representada, em sua defesa prévia (fls. 667/731), acompanhada dos documentos de fls. 732/869, alegou, inicialmente, que:

- reportava-se a todas as suas defesas anteriores, vez que pelo teor dos pareceres técnicos emitidos pelo DPDE/SDE, pareciam não terem sido objeto de consideração;

- não constava dos autos a análise do enquadramento legal proposto pelo DPDE.

Declarou que determinado cilindro é denso e exclusivo para determinado tipo de equipamento, não podendo ser usado em outro diferente daquele, e que a Representante APLIVAC fornecia a ela apenas um tipo de cilindro.

Criticou a posição do DPDE pela falta de conhecimento técnico da matéria, e taxou de inverídicas as declarações e documentos apresentados pela Representante APLIVAC, solicitando que o DPDE determinasse a APLIVAC que comprovasse ter sido genérica a autorização dada pela XEROX.

Sobre a obrigação da assistência técnica, afirmou haver o Departamento cometido graves erros de interpretação, pois, era óbvio que qualquer tipo de garantia prestada tinha um custo inerente, não se podendo, ainda, desprezar a íntima e crucial interrelação entre custo e número de chamadas técnicas num período determinado. Comentou que o uso de materiais de qualidade inferior causa grandes prejuízos pela paralização do equipamento, o que eleva o custo para o cliente, dado o aumento de chamadas técnicas.

Rebateu a colocação contida na Nota Técnica do DPDE, onde a sistemática de atendimentos técnicos efetuados pela Representada caracterizaria a prática de monopólio de mercado.

Alegou que ao prestar manutenção e assistência técnica estaria dando cumprimento ao art. 1.189, inciso I, do Código Civil, que obriga o locador a manter, pelo tempo do contrato, a coisa locada em estado de servir ao uso a que se destina.

Afirmou, a representada, que ao sugerir a compra e o uso de materiais de sua fabricação cumpria com dever legal, pois, garantia, assim, o funcionamento, evitando danos que pudessem interferir no perfeito desempenho do equipamento objeto da locação.

Considerou a XEROX ter havido uma considerável ênfase "na Nota Técnica do DPDE quanto ao fato de não ter ela, XEROX, cumprido o acordado com a SDE na reunião realizada em 22.01.91. Tal descumprimento, prosseguiu, consistiria nas duas correspondências enviadas a duas de suas clientes: IMCOSUL S/A (emitida em 04 de janeiro de 1991 - "13 (treze) dias após a reunião da SNDE"), e SANBRA (dirigida em 28 de maio de 1991 - "13 (treze) dias após a SNDE declarar os testes do INT desnecessários)".

Para justificar a emissão das referidas correpondências, alegou, que:

"QUANTO a PRIMEIRA MISSIVA: em que pese ter sido apenas o livre direito de se comunicar com seus clientes; em que pese não ter obstado, absolutamente, a livre atuação de concorrente no mercado, em que pese ter sido uma carta de "ameaça" - tal como aludido na Nota Técnica - mas sim de alerta do proprietário do equipamento ao seu locatário (conforme relato específico e objetivo que mais adiante se fará); foi apenas uma e não dezenas de milhares de cartas" (fls. 675).

Quanto a segunda correspondência, disse, em síntese, que apesar do ofício do DPDE estar datado de 15.05.91, - através do qual a XEROX teria tido ciência da decisão tomada - referido ofício teria sido protocolizado na portaria do seu estabelecimento em 20.05.91, não sendo, conseqüentemente, 13 dias, como dito pelo DPDE e sim "08", prazo este, segundo a XEROX, pequeno demais para que pudesse a empresa ter dado conhecimento da decisão a "todos seus funcionários, em todos os recantos do País".

Prosseguiu, argumentando que, com a negociação havida com a SDE, teria a XEROX abdicado "temporariamente, do exercício de seu direito de propriedade dos equipamentos locados, mesmo vendo agravados e se acumulando os prejuízos advindos". "..., a partir do momento da suspensão dos efeitos do citado acordo que criara um mecanismo que, não fora pela omissão e/ou fuga das REPRESENTANTES, teria contribuído para a solução da controvérsia, de imediato a REPRESENTADA retomou o livre exercício de seu direito de propriedade, sobreguardando o patrimônio formado pelos seus equipamentos e zelando pelos seus clientes" (fls. 678).

Segundo a Representada, os protestos das empresas Representantes contra a publicações feitas pela XEROX, por não terem informado, claramente, os termos acordados na reunião de 22.01.91, com SDE, teriam, juntamente com essas mesmas publicações, servido para a construção dos considerados "convencimentos" da SDE.

Contestou a decisão da SDE que considerou serem desnecessários os testes de qualidade dos materiais de consumo para equipamentos XEROX, afirmando que:

"É medianamente fácil entender que testes e ensaios de qualidade em materiais de consumo somente deveriam ser entendidos desnecessários se a eles já tivessem sido submetidos. Evidentemente, apesar das oportunidades já oferecidas anteriormente, nenhum dos produtos de consumo direcionados aos equipamentos marca XEROX comercializados, fabricados ou ditos importados pelas REPRESENTANTES, foi submetido aos referidos testes. "

Fez a Representada um histórico cronológico dos testes realizados pela Comissão da Licitação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tais testes foram realizados em equipamentos locados pela XEROX àquele Tribunal, com os produtos fornecidos pela RECOMEX.

Registrou-se, em 25.07.91, através de atestado emitido pelo Supervisor da Diretoria de Material daquele Tribunal, que o equipamento em testes com produtos RECOMEX "vem desempenhando normalmente suas funções, observando-se porém, um aumento de saturação da caixa coletora de toner, exigindo visitas mais frequentes do técnico responsável".

A XEROX, com a finalidade de comprovar que as empresas representantes não seriam os seus únicos concorrentes, juntou, às 773/784, lista com os nomes de outras empresas que lhe fazem concorrência.

Foi juntada, a fls. 745, cópia de declaração fornecida pela Polícia Militar da Bahia à XEROX, constando que "os processos licitatórios para adquirir material de consumo das máquinas XEROX locadas à Polícia Militar, são abertas a todas as firmas que desejarem concorrer, observando-se os critérios de menor preço, qualidade do produto cotados e prazos de entrega, o que não tem alterado o atendimento de manutenção das máquinas por parte da XEROX DO BRASIL LTDA".

Quanto às correspondências enviadas à IMCOSUL e à SANBRA, em 04.02.91 e em 28.05.91, respectivamente, disse a XEROX que não tiveram por fim ameaçar as empresas mas, sim, alertá-las.

Sobre o contrato firmado com Secretaria da Economia, Fazenda e Planejamento da Bahia, alegou a Representada que o Edital solicitava a locação de equipamentos reprográficos juntamente com o fornecimento dos respectivos materiais de consumo, razão pela qual o contrato foi celebrado nestes termos.

A Representante RECOMEX fez juntar aos autos (fls. 179/180) resposta do Tribunal de Contas da União à consulta por ela formulada, sobre a obrigatoriedade de licitação para aquisição de materiais de consumo para máquinas copiadoras marca XEROX. Arguiu a Representada estar prejudicada a utilização do referido parecer, "visto que o mesmo apenas abrange princípios gerais e de conhecimento amplo, sem abordagem a especificidade do cerne da questão."

Às fls. 705/707, a Representada fez a seguinte observação: - ".. as declarações feitas por clientes de respeitabilidade incontestes como os que figuram no rol das missivas que a esta se juntam, e que deveriam ser os destinatários das pretensas pressões e imposições que se querem imputar à REPRESENTADA, ATESTAM DEFINITIVAMENTE QUE JAMAIS EXISTIRAM TAIS IMPOSIÇÕES. NUNCA HOUVE POR PARTE DA REPRESENTADA QUALQUER PRÁTICA QUE PUDESSE SER ENQUADRADA NA DENOMINADA "VENDA CASADA" (Destaque da Representada)

Quanto à carta encaminhada à Empresa Bastos Administração Com. Emp. Ltda, justificou a Representada que "foi enviada somente após a solução dos problemas, conforme relatório técnico do equipamento e que é juntado à presente, como alerta a eventuais reincidências e não suspendendo a assistência técnica como interpretou essa SNDE".

Quanto à garantia da Pelikan, questionou a XEROX, os seus termos, dizendo-a genérica.

".. com relação à patente numerada 092675-4, é importante ressaltar que esta se referia a uma tecnologia de toner que só se aplicava às máquinas do tipo XEROX, modelo X-2400, X-3600, X-9200, X-3100 e X-4000.

Sumarizando, eram 03 (três) patentes de "Know-how" de manufatura de toner e uma patente cedidas gratuitamente pela XEROX para terceiros, porém nunca garantindo os padrões e a qualidade XEROX, muito menos a comercialização.

Agora que se tentou explicar o assunto "GARANTIA", em adendo aos esclarecimentos anteriormente já fornecidos, é mais do que oportuno dizer-se que:

- a) as 3 (três) licenças de "Know-how" venceram em 1985.
- b) a licença de patente expirou em 12.11.91. Caducou"

A XEROX trouxe, anexada à defesa apresentada, cópia das cassações das liminares obtidas pelas Representantes junto aos Tribunais de Justiça da Bahia e Paraíba.

Finalmente, apresentou a Representada análise legal sobre matéria constante destes autos e, para subsidiar sua sustentação, trouxe parecer, em consulta por ela formulada, da lavra do advogado Dr. José Luiz Bulhões Pedreira, sendo as seguintes as conclusões de ordem legal:

"1) O aluguel das máquinas, nas condições descritas, não configura "venda casada", porque:

- a) a manutenção da máquina efetuada pela XEROX constitui prestação integrante do contrato de locação e não negócio jurídico distinto deste;
- b) a locação não é subordinada à compra do material de consumo da XEROX, pois o contrato reconhece

expressamente o direito do locatário de adquirir material de consumo de outros fabricantes;

c) o locatário tem obrigação contratual de somente aplicar nas máquinas materiais de consumo que satisfaçam aos padrões de qualidade definidos pela XEROX, a utilização de materiais de qualidade que não satisfaçam a esses padrões constitui inadimplemento contratual, do qual decorre o direito da XEROX de cobrar os consequentes custos adicionais de manutenção e/ou de danos às máquinas.

2) A venda de máquinas, nas condições descritas, não configura "venda casada" pois:

a) o comprador tem plena liberdade para contratar com terceiros a manutenção das máquinas e o fornecimento dos materiais de consumo;

b) nos contratos de manutenção de equipamentos vendidos, a XEROX tem o direito de cobrar os custos adicionais de manutenção que decorram da utilização de materiais de consumo que não assegurem o funcionamento com a eficiência admitida na determinação dos preços dos serviços de manutenção por ela prestados".

Através do Ofício/Circular/DNPDE/nº 577, de 08.11.91, o DPDE indagou das empresas representantes se elas eram importadoras de toner e revelador e, se positivo, solicitava informação quanto ao volume importado nos anos de 1989 e 1990, com os respectivos documentos comprobatórios.

Das fls. 941/950 constam RELATÓRIO elaborado pelo Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE. Dr. Eugênio de Oliveira Fraga, no qual ressaltou as alegações da Representada em sua defesa prévia.

O Diretor do DPDE, através do parecer de fls. 951/966, rebateu os argumentos utilizados pela XEROX em sua defesa, concluindo, em síntese, que:

"- a análise do enquadramento legal da instauração do P. A. 23 está suficientemente demonstrado nos autos;

- está também claro nos autos e na Nota Técnica de instauração do P.A. Nº 23 que a aprovação da XEROX foi para o cilindro 1R 70241 fornecido pela APLIVAC para as máquinas XEROX modelo 660. Por esse motivo deve ser considerada desnecessária a prova requerida;

- a assistência técnica dita gratuita pela XEROX, em verdade, tem seu custo inserido na rubrica aluguel que é pago pelo locatário. Assim, nada tem de gratuita;

- não sendo gratuita a assistência técnica, mas, sim, paga pelo cliente, não poderia a XEROX suspender tal serviço alegando excesso de chamadas para assistência técnica pelo uso de materiais de consumo que não levam a marca XEROX;

- agindo desse modo, estaria a Representada, vinculando a prestação de determinado serviço (assistência técnica) à compra de determinado bem (material de consumo - toner, revelador, cilindro) - caracterizando, portanto, venda casada passível de punição, conforme dispõe o art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91;

- a Representada não cumpriu o acordado com a SDE em reunião havida em 22.01.91, uma vez que enviou carta à IMCOSUL e a SANBRA ameaçando (ou alertando) suspender a Assistência Técnica pelo uso de produtos que não levam a marca XEROX ou não sejam por ela aprovados, em época que o acordo prévia que os concorrentes poderiam atuar livremente no mercado;

- a carta da XEROX à SANBRA, além da infração demonstrada acima, recomendava que o cliente deveria exigir do fornecedor concorrente da XEROX toda a documentação que atestasse a aprovação de seus produtos junto ao INT em época que o DPDE já havia tornado sem efeito a exigência de qualificação dos materiais de consumo;

- as razões que levaram o DPDE a tornar sem efeito a exigência de qualificação dos materiais de consumo foram as informações do INT, do INMETRO e da APLIVAC, além da concordância do Sr. Secretário da SDE;

- O Tribunal de Justiça do RS, que realizou testes em máquina XEROX de produtos dos concorrentes, conclui, na última informação apresentada pela Representada, que o equipamento vinha desempenhando normalmente suas funções, observando-se, porém, um aumento de saturação da caixa coletora de toner, exigindo visitas mais frequentes do técnico responsável;

- as representantes não são as únicas concorrentes da XEROX;

- a XEROX suspendeu a assistência técnica prestada à empresa BASTOS, (fls. 23), alegando excesso de chamados e uso de material de consumo não fabricado ou aprovado pela XEROX;

- o FTC alegou impossibilidade de comentar a validade de qualquer situação específica.

- alguns dos Representantes - ASSISTEC e REMC - comprovaram importação de toner nos anos de 1989 a 1990, contrariando a afirmação da XEROX de que essas empresas nada compraram do exterior nesse período.

Pelos fatos e razões acima demonstrados, entendo subsistentes as ocorrências que motivaram a instauração do Processo Administrativo nº 23.

Tendo em vista o disposto no art. 6º da Lei nº 8.158/91, e ainda, o entendimento firmado pela Douta Consultoria Jurídica do MJ-Parecer nº 182/92 - encaminhando o presente processo ao Senhor Secretário Nacional de Direito Econômico para as medidas de sua competência".

A fls. 968, o Sr. Secretário-Nacional Substituto, adotando o entendimento do DPDE, determinou que o processo fosse restituído àquele Departamento para cumprimento da alínea b do art. 6º da Lei nº 8.158/91.

Uma vez notificada, a XEROX apresentou sua defesa final (fls. 975/994) trazendo, anexada a mesma, os documentos de fls. 995/1 012.

Valho-me, no momento, do Relatório de fls. 1.013/1.047, para transcrever as principais questões suscitadas pela Representada em sua razões finais, e tão bem condensadas pelo Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE:

- "1. ratifica os argumentos de sua defesa;
2. argumenta que o DNPDE não teceu comentário nem contestou o posicionamento jurídico da mesma;
3. que a XEROX provou somente o cilindro IR 70241 para máquina 660, recuperado pela APLIVAC;
4. que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou que os produtos fornecidos por RECOMEX provocaram problemas nos equipamentos;
5. que a resposta do Tribunal de Contas da União à consulta feita por RECOMEX abordou somente aspectos gerais e de conhecimento amplo;
6. que considera a pesquisa feita pelo DNPDE prejudicada somente quanto à pretensa vontade de confirmar ilícito à Representada;
7. concorda com o DNPDE que a resposta do FTC não contemplou a origem e validade de Licença nº 092675-4;
8. que a carta à IMCOSUL foi no sentido de alertar o cliente a respeito de produtos de terceiros;
9. que não suspendeu a assistência técnica prestada à BASTOS;

10. que a carta à SANBRA foi em resposta a um telex do cliente;
11. que o DNPDE não considerou os fatos constantes da Averiguação Preliminar nº 176 - CADE - apensada ao P. A. 23;
12. que o DNPDE omitiu interpelação judicial que a REPRESENTADA fez a dois dos denunciantes e considerou somente parte do fato que induzia à culpa da XEROX;
13. que as representantes não são as únicas concorrentes;
14. que inquérito policial do DEIC-SP, versando sobre adulteração de produtos XEROX, foi apenas citado pelo DNPDE. Entende que este fato seria óbvio o bastante para este Departamento aceitar que a Representada tem obrigação de alertar seus clientes;
15. que as declarações da Representante REPRO, não podem ser desconsideradas;
16. que as Representantes comprovaram importações inexpressivas de material de consumo;
17. que o DNPDE tenta o enquadramento legal por raciocínio dedutivo;
18. que a representada não descumpriu quaisquer acordo;
19. que não se sente como defendendo de um processo jurídico, mas sim de um processo de inquisição de triste memória".

O Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE, através de seu Relatório final, às fls. 1.013/1.047, expôs os seus argumentos, que podem, assim, serem resumidos:

- Quanto ao cilindro fotorreceptor 1R70241

Rebateu a colocação da Representada, vez que não entendeu o DPDE ser a aprovação da XEROX extensiva a todos os cilindros recuperados pela APLIVAC, tendo sido deixado claro, através do Despacho de fls. 951/966 e da Nota Técnica de instauração do Processo Administrativo (fls. 621/636), a singularidade da aprovação pela Representada do cilindro 1R 70241 para as máquinas modelo 660, fornecido pela APLIVAC.

- Com relação à cópia da Ata de Reunião de Julgamento das Propostas trazida pela XEROX, em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em uma outra licitação realizada, em 23/07/91, adjudicou à XEROX os produtos licitados, alegou o Sr. Coordenador Técnico que "a Representada não havia trazido aos autos cópia de seu inteiro teor, prejudicando assim o conhecimento das razões que levaram aquela Corte ao entendimento acima manifestado".

Discordou, ainda, da informação da Representada, no sentido de que as declarações posteriores do Tribunal não teriam invalidado a anterior, "vez que as declarações posteriores não contradiziam a primeira, quais sejam a máquina XEROX em testes com produtos fornecidos por RECOMEX vinha desempenhando normalmente suas funções, apresentando a quantia de 103.763 cópias extraídas.

- Quanto ao contrato com a Secretaria de Economia, Fazenda e Planejamento do Estado da Bahia, observou que o DPDE após as explicações apresentadas pela Representada e contidas na Nota Técnica de fls. 630, não mais teria comentado o fato, deixando implícito que não o havia considerado como peça de acusação.

- Quanto à consulta da RECOMEX ao T.C.U.

Esclareceu que a Representada, como já confessado, desconhecia o teor da consulta feita ao Tribunal de Contas da União e, mesmo assim, entendeu que a resposta à mencionada consulta teria abordado somente aspectos gerais e de conhecimento amplo, não sendo este o entendimento que se tem da leitura das decisões do T.C.U.

Prosseguiu, esclarecendo que o DNPDE não tinha competência para questionar os procedimentos licitatórios, salvo em atos decorrentes de licitação que pudessem ferir à livre concorrência.

- Quanto à pesquisa feita pela SNDE/DNPDE

Reafirmou que entendeu prejudicada a diligência, exclusivamente por falta de resposta em número adequado, o que comprometia a amostragem do universo. Prosseguiu, explicando que o objetivo do Departamento era verificar se a XEROX continuava a fazer referência à suspensão da assistência técnica pelo uso de materiais de consumo que não levassem a sua marca ou não fossem por ela aprovados após a vigência da Lei nº 8.158/91. Prosseguiu, dizendo que os contratos que obteve eram anteriores a janeiro de 1991.

Entretanto, disse o Sr. Coordenador, entendeu a Representada que referida constatação lhe era favorável, uma vez que alegou que nada se apurou dos contratos recebidos.

Com relação a esses contratos, argumentou aquele Técnico que, apesar de não os ter considerado como prova, a totalidade dos mesmos continham cláusulas dentre aquelas contidas no item "obrigações do cliente", que no fundo impunham a utilização de material de consumo da marca XEROX, e que com a remessa do modelos de contratos em vigor em 06 de agosto de 1991, encaminhados pela Representada, o DNPDE teria observado que essas cláusulas permaneciam em vigor.

- Quanto à Garantia Pelikan

Observou que em defesa prévia apresentada, a XEROX teria alegado que a licença 092.675-4, citada no Termo de Garantia da Pelikan seria, na verdade, acordo entre o governo norte-americano e empresas daquele País visando tornar disponíveis, umas às outras, certas patentes.

Com o objetivo de confrontar as informações prestadas pela Representada, o DPDE solicitou informações à Federal Trade Commission - FTC, tendo esta dito ser impossível comentar sobre a validade de qualquer situação específica que pudesse existir, embora, possam fornecer exemplos das linhas de análise, que o DNPDE poderia levar em consideração em casos de venda casada. Esclareceu, ainda, aquela Comissão, conforme consignado no Despacho de fls. 963 que:

"decisão do FTC proíbe a XEROX norte-americana de vincular a venda de toner ou revelador à venda ou aluguel de copiadoras depois dos primeiros seis meses de lançamento no mercado um novo modelo de copiadora.

Informou, também, que a XEROX foi representada pelo menos duas vezes por práticas anticoncorrenciais envolvendo alegações de venda casada.

Em um dos casos, Polytechnic Data Corporation v. XEROX Corporation, a Corte Distrital concluiu pela não caracterização da venda casada.

No outro caso, SCM Cororation v. XEROX Corporation, a Corte de Apelação confirmou a decisão da Corte anterior, que encontrou vinculação ilegal (venda casada) mas negou ressarcimento de perdas e danos por insuficiência de provas de perda de lucros.

No entanto, apesar das informações do FTC relatarem caso de venda casada praticada pela XEROX Corporation - USA, teria ficado pendente a solicitação do DNPDE a respeito da origem da Licença nº 092675-4 citada no termo de garantia da Pelikan.

Com relação à sugestão da XEROX de que fossem solicitadas maiores informações ao FTC, entendeu o Sr. Coordenador estar concluída a diligência.

- Quanto ao descumprimento pela Representada do acordado em reunião realizada em 22/01/91 com a SDE, esclareceu o Sr. Coordenador que o fato da XEROX ter enviado cartas a, apenas, 3 (três) de seus milhares de locatários, como foi por ela alegado em suas razões finais, não descaracterizaria o descumprimento do acordado na reunião de 22/01/91, e que o número de atos praticados em relação ao universo da clientela era secundário na questão. Bastaria 1 (um) entre milhões para se caracterizar uma prática ou ato.

Rebateu a colocação da Representada de que não teria a mesma tomado conhecimento da prorrogação do prazo de 100 (cem) dias deferido pelo DPDE, em 26/02/91, vez que teve a procuradora da Representada vista dos autos em 20/05/91, e que foi encaminhado à XEROX e às Representantes cópia de telex que fixava novos prazos para a realização dos testes.

Afirmou que, quando do envio da carta à SANBRA e à IMCOSUL, estava em pleno vigor o prazo de 100 (cem) dias acordado em 21.02.91, e dele tinha conhecimento a XEROX. Portanto, demonstrado estava seu descumprimento.

No que diz respeito à utilização de material de consumo de fabricação de terceiros, ressaltou que uma vez que os contratos de locação da Representada consignavam cláusula (6.5. g) que atribuía ao locatário a responsabilidade por qualquer dano, prejuízo ou inutilização do equipamento, poderia ela ter utilizado, integralmente de seu direito de resolver o contrato com perdas e danos, e não parcialmente, como vinha fazendo, com comunicação aos locatários, apenas levantando suspeitas sobre a qualidade do produto de terceiros.

- Quanto aos testes de Qualidade

Entendeu já terem sido suficientemente demonstrados na nota e no Despacho os motivos que levaram aquele técnico a ter considerado sem efeito a exigência de qualificação dos materiais de consumo das concorrentes XEROX.

Fez um relato sobre o procedimento adotado na Averiguação Preliminar nº 176, concluindo, primeiramente, que ao contrário do que afirmara a XEROX no P.A. nº 23, a REPRO, por fim, não teria se negado a submeter seus produtos à análise. Segundo, verificou-se que a momentânea recusa da REPRO deveu-se, à demora da XEROX (de abril a setembro de 1989) em efetivar o início dos testes. Prosseguiu, acrescentando que essa teria sido a mesma dificuldade relatada pela APLIVAC para submeter seus produtos a testes de qualificação no laboratório da XEROX.

Com relação ao questionamento feito pela Representada de não ter havido na Nota Técnica de abertura do P.A. menção à interpelação judicial

que fez a XEROX contra duas Representantes, esclareceu o Sr. Coordenador que, verbis.

"O DNPDE ratifica sua afirmação às fls. 956 que, usando do poder discricionário que lhe é atribuído, mormente por serem distintos os objetos demandados, e considerando que no âmbito deste processo administrativo será apreciada a conduta em função dos seus efeitos sobre a concorrência, não entendeu o fato relevante para elucidação da matéria aqui discutida, da mesma forma que não fez referência a tantos outros documentos constantes dos autos".

- Quanto à alegação da Representada de que os Representantes teriam reclamado que, da forma veiculada nos jornais, o leitor (cliente) era induzido a crer que o acordo vigoraria a partir da reunião havida em 22/01/91, com SDE, esclareceu o Sr. Coordenador que a SDE, ao fixar o prazo de cem dias, tinha por finalidade dar tempo às Representantes para submeterem seus produtos a testes. Prosseguindo, disse que, decorridos os cem dias e aprovados os produtos testados, as empresas estariam em condições de participar do mercado. Entretanto, enquanto não tivessem seus produtos testados e aprovados, precisariam as empresas Representantes "sobreviver", e vendendo seus produtos. Conclui, então, que "Se interpretada a NOTA da XEROX como entendida pelos Reclamantes, - que o certificado do INT deveria ser exigido a partir da Reunião com a SNDE, 22/01/91 - até a obtenção de tal certificado, os concorrentes já teriam falido".

- Quanto ao Relatório DEIC/SP

Com relação ao relatório da DEIC apresentado pela Representante, que versa sobre adulterações de produtos XEROX, entendeu que se trata de assunto a ser tratado na esfera policial.

- Quanto ao Pedido de Desistência da REPRO

Esclareceu que as declarações promovidas pela REPRO e a sua desistência dos processos que contendia com a XEROX no juízo do Estado da Paraíba não foram desconsideradas do presente processo, tanto que constam do relatório do DPDE, fls. 950, bem como do Relatório Final, item 8, fls. 1.030.

- Quanto às importações

Relatou o Sr. Coordenador que das repostas às informações solicitadas pelo DNPDE aos representantes, fls. 948/949 do Relatório, via-se que a REMC e a ASSISTEC importaram materiais reprográficos em 1989.

Entendeu que a XEROX não levou em conta a importação da REMC, somente considerando aquela da ASSISTEC, vez que concluiu que se

tratava de uma distribuidora para uma série de revendedoras, refletindo os dados, conseqüentemente, uma quantidade íntima de participação no mercado, o que não correspondia a realidade que a XEROX se defrontava no dia a dia, com a concorrência de produtos de terceiros, que vinha tendo crescimento e volume de distribuidores cada vez maior.

Finalizou, concluindo que a Representada partiu de premissa, que não comprovou, de que a ASSISTEC seria a única importadora de material de consumo de outra marca, que não XEROX, a abastecer o mercado.

- Quanto ao Enquadramento legal

No que diz respeito à alegação da Representada de que o Departamento tentou o enquadramento legal por raciocínio dedutivo, passou o Sr. Coordenador a contraditar os argumentos levantados pela XEROX e a enfatizar a conduta ensejadora da instauração do presente processo, seus contornos e apontando o enquadramento legal da mesma. Vale aqui ressaltar os principais aspectos salientados pelo Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE:

1) "A assistência técnica dita gratuita pela XEROX, em verdade, tem seu custo inserido na rubrica aluguel, que é pago pelo locatário."

2) "O que o órgão entende como ilícito é a imposição de vontade ao locador, utilizando-se de sua função dominante no mercado- com cerca de 70% do mercado nacional de fotocopiadoras".

3) "O argumento da Representada é de que, sendo o equipamento locado de sua propriedade, a ela cabe decidir que material usar. Para isso baseia-se no ponto de que seu material tem qualidade assegurada, enquanto o dos concorrentes tem "origem, qualidade, desempenho e adequabilidade absolutamente desconhecidos" (fls 687). Entretanto, as razões que fundamentaram suas conclusões não foram comprovadas nos autos."

4) Do fato de existir obrigação contratual estipulada pela XEROX, no sentido de que terceiros não podem efetuar consertos em seus equipamentos, decorre a exclusividade XEROX em prestar assistência técnica a seus equipamentos.

5) A XEROX "Estaria praticando venda casada por vincular a prestação de determinado serviço (assistência técnica) à compra de determinado bem (material de consumo)".

6) "Por fim, os fatos constantes dos autos, anteriores à alteração contratual, foram praticados e por eles a XEROX continua a responder".

O Sr. Diretor do DPDE, a fls. 1.048, em conformidade com o que dispõe o art. 7º da Lei nº 8.158, entendeu como procedente a representação,

encaminhando o presente processo ao Secretário Nacional de Direito Econômico.

O Secretário Nacional de Direito Econômico, a fls. 1054, acolhendo a manifestação do DPDE, determinou a remessa dos autos do CADE.

Em 01.10.92, o Processo Administrativo nº 23/91 foi distribuído a este Conselheiro.

A Representada, às fls. 1.105, requereu, em 22.11.92, cópias das fls. 1.078 a 1.102 deste processo.

Em 06.12.92, solicitou cópias das fls. 1.013 a 1.088, requerendo que lhe fosse concedida vista em 11.11.92. Novamente, a fls. 1.062, requereu cópia de partes do processo.

Em 25.11.91, o DPDE encaminhou ao CADE parecer técnico emitido pela Secretaria Nacional de Economia sobre o Processo Administrativo nº 46, instaurado contra a XEROX, por prática de aumento arbitrário de lucros, via reajuste unilateral do valor de locação das máquinas copiadoras.

A fls. 1071, o presente Conselheiro-Relator determinou a juntada do parecer supra aos autos e abriu vista ao Representado para, querendo, manifestar-se sobre o mesmo.

A Representada, a fls. 1.076, protestou quanto à juntada do parecer da Secretaria Nacional de Economia, por entender que o mesmo referia-se ao Processo Administrativo nº 46 A fls. 1.077, o DPDE encaminhou ao CADE parecer técnico da SNE referente ao Processo Administrativo nº 23/91.

A fls. 1.103, este Conselheiro-Relator determinou a juntada do parecer da SNE, bem como do fax enviado pela XEROX, e a publicação para ciência dos interessados.

Em 03.02.93, o ilustre Procurador do CADE, em seu parecer (fls. 1.106/1.118), concluiu, verbis:

"A cláusula contratual que induz ao consumo de produtos da marca XEROX não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores. Ela é apta para criar "dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa" concorrente (art. 2º, I, "g, da Lei nº 4.137/62 e art 3º, XVI, da Lei nº 8.158/91), bem assim conduz à venda casada, que o legislador de 1991 repudiou no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Pela procedência da representação."

Em 26 de fevereiro do corrente, foi juntada aos autos manifestação da XEROX (fls. 1.119/1.128), quanto ao parecer da SNE, onde, mais uma

vez, buscou a Representada defender-se, ratificando os termos da defesa por ela apresentada.

Este é o Relatório.

Brasília, 31 de março de 1993.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA:** Domínio do mercado. Criação de dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas. Subordinar a prestação de um serviço à aquisição de um bem ("venda casada"). Ampla defesa e clareza da denúncia. Infração ao art. 2º, item I, alínea "g", da Lei nº 4.137/62 e ao art. 3º, incisos II, VIII e XVI, da Lei nº 8.158/91.*

I - REPRESENTAÇÃO

A XEROX do Brasil Ltda. é acusada, neste processo, de dominar mercados, bem como de eliminar e prejudicar a livre concorrência, mediante a adoção de cláusula contratual que subordina a prestação de serviços de assistência técnica a máquinas locadas ou vendidas, à aquisição de materiais de consumo da marca XEROX a serem utilizados naqueles serviços. Recai, ainda, sobre a Representada a acusação de, através de correspondências, pressionar seus clientes a adquirirem somente materiais de sua própria fabricação. A XEROX foi incurso no art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91, verbis:

Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que o fins visados não sejam alcançados, tais como:

VIII- subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

A Representada, em sua defesa, alega que:

1- os atos que teria praticado objetivaram única e exclusivamente a proteção de sua propriedade, marca, conceito, reputação e qualidade de seus produtos e serviços;

2- os termos da correspondência enviada aos clientes objetivaram apenas orientá-los e alertá-los sobre o uso de materiais de má qualidade ou por ela não aprovados;

3- as Representantes almejavam o mercado da Representada, tendo se constituído para vender produtos para equipamentos de modelos e marca XEROX;

4- não teve por objetivo o cerceamento da concorrência ou o domínio de mercado;

5- não criou dificuldade ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

6- a manutenção das máquinas integra o negócio jurídico da locação, não se constituído contrato distinto de sorte a possibilitar a venda casada;

7- o contrato reconhece expressamente o direito do locatário de adquirir material de consumo de terceiros.

II- CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS SOBRE MATERIAL DE CONSUMO PARA MÁQUINAS COPIADORAS.

Algumas considerações de ordem técnica sobre os materiais de consumo utilizados nas fotocopiadoras - cilindro, revelador e toner - são necessárias para um melhor entendimento da questão posta nos autos.

CILINDRO

Dentro de uma câmara escura, o FOTORRECEPTOR que é uma placa ou cilindro de alumínio revestido de selênio recebe uma carga eletrostática positiva, através de um dispositivo denominado corotron, ao qual se aplica uma corrente de alta tensão.

A imagem do documento original é projetada sobre a superfície do FOTORRECEPTOR através de um jogo de espelhos e lentes. A luz que incide sobre a superfície fotocondutiva retira a carga eletrostática positiva e forma a imagem latente do original sobre as partes que ficaram expostas à luz. As áreas brancas do original fazem incidir a luz sobre o FOTORRECEPTOR e este tem a sua resistência elétrica reduzida, perdendo as cargas nesses pontos. As áreas negras do original não refletem a luz e o FOTORRECEPTOR mantém as cargas positivas.

O FOTORRECEPTOR é então recoberto por um pó fino e preto, o TONER, cuja carga é negativa...

O FOTORRECEPTOR, ou seja, a película de selênio que reveste o CILINDRO, é considerado material de consumo de uma máquina copiadora, visto que se desgasta a sua duração é proporcional a determinado número de cópias produzidas pelo equipamento, fazendo necessário, pois, que o cilindro seja revestido de uma nova película de selênio.

Contudo, o CILINDRO ou FOTORRECEPTOR tem dimensões e características específicas para cada MARCA e MODELO de equipamento, não podendo ser utilizado em qualquer outro (fls. 494).

O cilindro tem a capacidade de reproduzir de 50.000 a 100.000 cópias, enquanto que o toner tem a capacidade de reproduzir, dependendo do modelo da copiadora, de 5.000 a 47.000 cópias (Parecer DAP a fls. 1092).

TONER E REVELADOR

O CILINDRO ou FOTORRECEPTOR necessita ser recoberto por um pó fino e preto, o TONER. O pó adere a imagem latente tornando-se visível. O TONER é conduzido de um compartimento próprio dentro do equipamento até a superfície do CILINDRO, por outra substância carregada eletrostaticamente denominada REVELADOR.

Uma folha de papel colocada sobre o CILINDRO, recebendo uma carga elétrica, faz com que o TONER abandone a superfície do CILINDRO e passe para o papel formando o contorno da imagem.

A folha de papel é exposta a uma temperatura suficientemente alta, atendida a regulamentação especificada pela fabricante do equipamento, para fundir o TONER, fazendo-o penetrar nas fibras do papel.

A cópia, vale frisar, é o resultado da transferência de uma imagem formada pelo TONER+REVELADOR na superfície de um CILINDRO (FOTORRECEPTOR) para as fibras de um papel (fls. 497)

O revelador tem a capacidade de reproduzir, dependendo do modelo da copiadora, de 40.000 a 300.000 cópias (Parecer DAP a fls. 1.092).

III- OS MERCADOS DE MÁQUINAS COPIADORAS, DE MATERIAL DE CONSUMO E DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

Na década de 70 a XEROX detinha o monopólio do mercado mundial de copiadoras, sendo que a XEROX Corporation desenvolvia projetos e produzia para o mercado norte-americano. A Rank Xerox, companhia com 51% do capital acionário pertencente a XEROX, executava

projetos para o mercado europeu, e a outra empresa, a Fuji Xerox, sociedade em partes iguais entre a Rank e a Fuji, produzia e comercializava máquinas em outros países.

Um cenário competitivo começou a se delinear no início dos anos 80, quando as principais concorrentes da XEROX, a Canon e a Ricoh, ingressaram nos mercados europeu e norte-americano, oferecendo equipamentos de boa qualidade a preços reduzidos. Assim, em 1985, a participação da XEROX no mercado mundial situava-se em torno de 52% (Revista Exame - junho de 1992, fls. A1 a A8, suplemento Programa de Qualidade).

O mercado brasileiro de copiadoras, ao final da década passada, encontrava-se em franca expansão, crescendo a uma taxa média de 8% ao ano. Assim, em 1991, este mercado possuía, aproximadamente, 300.000 máquinas copiadoras instaladas no País, e um movimento de vendas superior a US\$ 1 bilhão (Revista Exame, 27.05.92).

O então fechado mercado nacional de máquinas copiadoras e de material de consumo restringiu, sobremaneira, a concorrência, fazendo com que, em 1990, apenas uma empresa, a XEROX DO BRASIL S/A, detivesse 77,7% do movimento de vendas de copiadoras (fls. 1.082), e cerca de 91% do mercado de bens de consumo (fls. 1.070).

A partir da abertura da economia ocorrida em 1990, possibilitando o ingresso de novas empresas no mercado, desencadeou-se uma guerra de marketing entre as mesmas, que passaram a oferecer modelos compactos e inteligentes para pequenas empresas e profissionais liberais; equipamentos de última geração, inclusive, policromáticos; além do fato de passar a vender essas máquinas em lojas de eletrodomésticos.

Assim, mais recentemente, tais mercados têm dado mostra de grande agitação, em função do ingresso e da participação de novos concorrentes, alguns deles importando materiais de consumo e equipamentos, outros produzindo modernas máquinas no país, mas todos veiculando na mídia agressivas campanhas de promoção de vendas, locação e manutenção dos equipamentos.

O mercado brasileiro de locação e vendas de copiadoras é considerado o terceiro em importância para a XEROX, só sendo superado pelos do Japão (US\$ 4 bilhões/ano) e dos Estados Unidos (US\$ 6 bilhões/ano) - (entrevista do Diretor Superintendente da XEROX, Dr. Carlos Salles, ao Jornal do Brasil/92).

A Representada XEROX DO BRASIL LTDA, é a principal empresa do Grupo XEROX, no Brasil, fundada em 1965, sendo que em 1990, detinha uma participação no mercado global de fotocopiadoras (locação, venda,

assistência técnica) de 77,7%, dividindo este mercado com as empresas Nashua (7,2%), Triunfo (6,1%), Sharp (3,5%) e outras (5,5%).

No mercado de prestação de serviços (locação e manutenção de máquinas copadoras), detinha a XEROX, no ano de 1989, uma participação de 91%, sendo a parcela remanescente deste mercado disputada entre as empresas Nashua, Itaotec e Komatzu (fls 1.082).

Quanto ao mercado de material de consumo (toner, revelador e cilindro), a XEROX DO NORDESTE S/A, empresa do GRUPO XEROX, fabricante de produtos químicos, vende toda sua produção unicamente à XEROX DO BRASIL LTDA.. A participação do GRUPO XEROX nesse mercado varia de acordo com o modelo de máquina:

TONER: a menor participação é de 74,3%

e a maior, de 100,0%;

REVELADOR: a menor participação é de 85,7%

e a maior, de 100,0%;

CILINDRO: a menor participação é de 87,6%

e a maior, de 100,0%.

A revenda de material de consumo foi responsável, no ano de 1990, por 25,85% do faturamento da Representada, enquanto que a prestação de serviços respondeu por 64,46% do total faturado.

A XEROX brasileira é fornecedora exclusiva de materiais de consumo xerográfico para os países da América Latina e do Caribe, participando, ainda, do fornecimento destes materiais em outras partes do mundo, assim como também do fornecimento de máquinas copadoras completas aos mercados da América Latina e da América do Norte (PARECER/DAP às fls. 1.078/1.096).

Em 1991 a XEROX possuía 90.000 clientes no Brasil; dispunha de cerca de 180.000 máquinas instaladas; operava comercialmente em 2.390 municípios; executava um programa de investimentos da ordem de US\$ 142 milhões, possuía um patrimônio líquido de US\$ 360 milhões, tendo auferido uma receita operacional líquida (faturamento menos impostos incidentes sobre vendas e serviços) de US\$ 902 milhões (Revista - EXAME, 27 de maio, 05 de agosto e 30 de setembro de 1992; Revista BALANÇO ANUAL - GAZETA MERCANTIL - 1992, e Parecer técnico do DAP/MEFP).

Dentre as concorrentes da XEROX, nos mercados de prestação de assistência técnica e materiais de consumo, estão as Representantes:

- A APLIVAC - Aplicações a Vácuo é empresa Brasileira, constituída em 1984, com o objetivo de fabricar fotorreceptor de selênio com alternativa nacional para a reposição em máquinas copiadoras. O início de suas atividades foi dirigido, quase que exclusivamente, para fotorreceptores do tipo LTT (Liquid Toner Transfer) usados em copiadoras marca Ricoh e Nashua, tendo fornecido à XEROX fotorreceptores por ela fabricados (cilindro IR 70241, utilizável na máquina XEROX modelo 660). Desenvolveu, também, fotorreceptores para a 3M do Brasil, utilizados em copiadoras tipo 3M Secretary I e Secretary II.

Produziu fotorreceptores para algumas máquinas copiadoras marca U-B IX, existentes no Brasil, substituindo o fotorreceptor importado.

Após a experiência adquirida com a fabricação desses produtos, passou a comercializá-los no mercado externo, tendo desenvolvido, inclusive, fotorreceptores de tipos inexistentes no Brasil, tais como Sanyo, Mita e Xerox 1020.

Com a implantação das copiadoras Triunfo na Zona Franca de Manaus passou, ainda, a desenvolver fotorreceptores para os diversos modelos destas copiadoras (fls. 188/189).

- GRANLÚMEN - Indústria e Comércio Importação e Exportação Ltda, constituída em 1988, atuando nos Estados da Bahia e Sergipe, tem por atividade o comércio de suprimentos para máquinas fotocopiadoras, dentre outros, cilindros, reveladores, toners, como também impressos, papelaria e diversos materiais para escritório, sendo que parte destes produtos são comercializados com empresas que utilizam máquinas copiadoras da marca XEROX.

Segundo a XEROX, a fls. 493, a GRANLÚMEN é representante exclusiva da APLIVAC.

- REPRON (ou REPRO) Materiais e Equipamentos de Xerografia Ltda., registrada em João Pessoa/PB., em 1988, comercializa materiais xerográficos, impressos, artigos de papelaria, cilindro e toner para máquinas fotocopiadoras, equipamentos para escritório e de computação.

Partes desses produtos é vendido para empresas que utilizam máquinas copiadoras do tipo XEROX, tanto na praça de João Pessoa como em todo o Brasil (fls. 01/02 da Averiguação Preliminar nº 176, apenso).

Segundo informação prestada pela XEROX à fls. 493, a REPRO distribui os produtos fabricados pela APLIVAC e os importados da PELIKAN.

- RECOMEX - Representação e Comércio Exterior Ltda., com sede em Porto Alegre - RS, iniciou em 1988 suas atividades de comercialização de

materiais para máquinas fotocopiadoras e de prestação de serviços de manutenção, em especial para as marcas XEROX e NASHUA.

Distribui no Estado do Rio Grande do Sul cilindros, dispersantes, lâminas e rolos de limpeza, lâmpadas, papel, revelador em pó, tonalizador e outras peças de reposição. Até sua entrada no mercado, a distribuição destes produtos para máquinas XEROX era feita exclusivamente pela própria XEROX (fls. 190/191, Sindicância nº 136, apenso).

Pelas informações prestadas pela XEROX a fls. 493, a empresa distribui os produtos fabricados pela APLIVAC nos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, sendo ainda distribuidora de produtos importados da PELIKAN.

- A ASSISTEC - Indústria e Assistência Técnica em Máquinas, Importação e Exportação Ltda, foi constituída em 1981. Comercializa materiais de consumo de origem nacional e importada para utilização em fotocopiadoras (fls. 53, Procedimento/DPDE/nº 40, apenso).

A XEROX, a fls. 493, informa que a ASSISTEC vende toner importado da PELIKAN e cilindros importados da empresa argentina NICODRUM.

- A empresa SISTEM GRAF - Suprimentos para Escritório e Informática Ltda. comercializa suprimentos para máquinas XEROX, tendo se lançado no mercado, comercializando diretamente com empresas consumidoras e, também, através de representantes, estrategicamente distribuídos pelo território nacional (fls. 02 do Procedimento/DPDE/nº 40, apenso).

- A DATACOPY - Suprimentos para Escritórios e Informática Ltda comercializa materiais de consumo, dentre outros, toner, cilindros, reveladores, de origem nacional e importada, para a utilização em fotocopiadoras.

Essa empresa atua há algum tempo no mercado, e tem atendido, em todo território nacional, diretamente às empresas consumidoras, ou através de revendedores espalhados pelo Brasil (fls. 24 e 26 do Procedimento/DPDE/nº 40, apenso).

- A REMC - Indústria e Comércio Ltda, é uma empresa nacional, com sede na cidade de São Paulo, cujo objeto social é a indústria, comércio, representação, distribuição, importação e exportação de produtos químicos, suprimentos e peças de reposição destinadas a máquinas e equipamentos reprográficos, bem como os serviços de locação dessas máquinas, além da assistência técnica relativa à manutenção, conservação e reparos desses equipamentos, suas partes e componentes.

Dentre os diversos produtos que comercializa (toner e cilindros), estão aqueles destinados a máquinas copadoras da marca XEROX (fls. 128/129 da Sindicância nº 135, apenso).

IV - POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO

Quanto ao conceito de posição dominante no mercado, cabe observar que a doutrina e a jurisprudência sobre a defesa da concorrência têm analisado vários elementos dirigidos a determinar a existência de predomínio de uma empresa em determinado mercado.

O estudioso da defesa da concorrência OTAMENDI J. observa que, para caracterização da posição dominante, torna-se necessário recorrer a determinados aspectos objetivos, como por exemplo, a participação percentual da empresa no mercado relevante e as diferenças de preços entre as empresas supostamente concorrentes, observando, ainda, que não está exposto a uma concorrência substancial quem não leva em conta seus competidores quando toma suas decisões (OTAMENDI J. - *Pressupuestos Básicos para la Aplicación de la Lei de Defensa de la Competência*).

Este Conselho, ao manifestar-se sobre o assunto, por intermédio do ilustre Conselheiro Tristão da Cunha, em VOTO relativo ao Processo Administrativo nº 3, de 19.08.69, obsevou:

"o fato de existirem no Brasil outras fábricas de vidro plano não contradiz a existência de monopólio mantido pelas duas empresas agregadas, de vez que a produção destas últimas excede em muito as três quartas partes do vidro plano consumido no país, o que é bastante para conferir-lhes o domínio incontestado do mercado, e permitir-lhes exercer influência preponderante sobre os preços (art. 5º da Lei)."

O estudioso argentino da defesa da concorrência, Guillermo Cabanellas, observa, por sua vez, que:

"...sem prejuízo das dificuldades colocadas em toda comparação entre conceitos utilizados por sistemas jurídicos diferentes, articularmente quando se trata de noções jurídicas cuja precisão resulta em um sem número de casos jurisprudenciais e cujo emprego cumpre funções

distintas, pode observar-se que o conceito de posição dominante apresenta uma amplitude maior do que o do monopólio, pois compreende também os casos em que várias empresas adotam uma atitude não competitiva entre si, ou quando mantenha sua individualidade e independência operativa, quando não existem outras firmas capazes de estabelecer uma concorrência efetiva com as que em conjunto controlam o mercado correspondente." (DERECHO ANTIMONOPÓLIO Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA pág. 660).

Na realidade, a posição dominante diferencia-se, também, da estrutura de mercado oligopolizado, visto que, nesta, as atividades de cada empresa são importantes para os demais ofertantes, ou seja, o vendedor possui ciência desse fato e, ao alterar seu preço, volume de produção, promover campanhas promocionais ou a qualidade do produto, considera as reações dos demais concorrentes.

Tais considerações permitem inferir que para configurar o poder dominante e indispensável que a empresa detenha domínio incontestado do mercado, possua uma condição de individualidade e de independência em relação a seus competidores ao implementar suas decisões mercadológicas, sendo capaz, portanto, de estabelecer preços e controlar a produção, independentemente das reações de seus concorrentes e clientes. Outros elementos podem, subsidiariamente, auxiliar na determinação da condição dominante, como por exemplo, o tamanho absoluto da empresa, o número das empresas que atuam no mercado relevante, o poder de fixação de preços e custos, a elasticidade da demanda dentre outros.

De outra parte, entendem os estudiosos da defesa da concorrência que se verifica abuso da posição dominante quando o agente dela se utiliza para restringir a concorrência que ainda resta no mercado.

Conforme observa Mongiello, essa conduta abusiva tem lugar quando a empresa que ocupa uma posição de domínio a utiliza para auferir vantagens que não teria forma de obtê-las no caso de operar em condições de concorrência efetiva.

Complementa, ainda, dizendo que:

"as práticas abusivas de uma empresa em posição dominante podem se manifestar, seja, em relação aos seus

competidores atuais e potenciais, seja em relação a seus fornecedores e usuários"(g.n.)

Ensina Cabanellas que a configuração do abuso da posição dominante será o efeito que normalmente terá a imposição de condições discriminatórias, de preços abusivamente altos, de negativas em atender pedidos, e de operações suplementares, impedindo que uma parcela da demanda dirigida ao mercado eleja, livremente, seu fornecedor, obrigando aos interessados em adquirir esse produto das empresas que utilizam do seu poder de monopólio a comprar outros bens dela. Se existem cláusulas vinculadas se configurar-se-á a exploração abusiva, visto que os interessados perderão, ao menos parcialmente, a possibilidade de dirigir livremente seu poder de compra, o qual implica privá-los de um dos benefícios essenciais derivados de uma economia que opera em condições de concorrência efetiva.

Observa, ainda, Cabanellas, que são condutas compreendidas na categoria de abuso do poder econômico aquelas em que empresas utilizam seu poder de mercado, a respeito de um determinado produto, para obrigar a quem tem interesse em adquiri-lo a comprar outros produtos por ela fabricados ou serviços prestados (ob. cit. fl.09).

V- DA CONDUTA RESTRITIVA DA CONCORRÊNCIA

1. A XEROX é acusada de pressionar os locatários de suas máquinas fotocopadoras a somente adquirir materiais de consumo (TONER, REVELADOR e CILINDRO) que tenham a sua marca.

Diz a XEROX, em sua defesa, que em correspondências enviadas a seus clientes apenas "alerta" - expressão por ela usada quanto às consequências que poderiam advir do uso, nos equipamentos de sua marca, de materiais de consumo que não fossem de sua fabricação.

Assim, em carta dirigida à Secretaria da Fazenda, à Secretaria do Trabalho e Ação Social, à Secretaria da Indústria e Comércio e à empresa IMCOSUL S/A, todas do Rio Grande do Sul, a XEROX afirma:

A utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela XEROX pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para Assistência Técnica (...) A XEROX poderá passar a não responder pelo desempenho ideal desses equipamentos, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica gratuita que fornece a eles (fls. 216/219).

Na prática, porém, a represália pela utilização de material de consumo de terceiros não está na mera cobrança de chamadas adicionais, o que, inegavelmente, seria um direito da Representada, mas na negativa da própria assistência técnica por que se obrigou. É o que demonstra a correspondência da SANBRA para a XEROX a fls.422, verbis:

Em 20.05.91, esteve em nossa fábrica seu técnico para instalar um cilindro na máquina 1045, adquirido no mercado paralelo, porém o mesmo recusou atender tal solicitação, alegando tratar-se de produto não adquirido de V. Sas. Necessitamos comprovação por escrito justificando o não atendimento de tal solicitação

Em resposta à SANBRA, disse a XEROX:

Não há, até este momento, no Brasil, material de consumo para equipamentos da marca XEROX, que não aqueles fabricados por ela própria, que tenham sido devidamente testados e comprovados como adequados (fls. 423).

Verifica-se, pois, que, para a XEROX, o único material de consumo adequado ao seu equipamento é aquele que traz sua própria marca.

2. Quanto aos contratos, a acusação que pesa sobre a XEROX é a de inserir cláusula que elimina a possibilidade de sua clientela de utilizar materiais de consumo fornecidos por suas concorrentes. Lê-se nas cláusulas em questão:

6.1.2: A XEROX prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade. A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou, devidamente e por escrito, licenciados pela XEROX pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência Técnica. Além disso, a vida útil destes materiais poderá ser menor se comparada aos da marca XEROX. Assim sendo, a locadora passará a não responder pelo desempenho ideal deste equipamento, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica Gratuita que fornece a este (contrato de locação com opção de compra de equipamento, fls. 411 v.).

6.1.2: A XEROX prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade. A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou devidamente e por escrito, autorizados pela XEROX pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência

Técnica. Assim sendo, a locadora, na qualidade de proprietária do equipamento, passará a não responder pelo desempenho ideal do mesmo, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica Gratuita que fornece ao equipamento (contrato de locação, fls. 455).

No contrato de assistência técnica de fls. 483, dentre as obrigações de locatária, consta a seguinte:

6.2: Somente promover a aquisição de materiais de consumo especificados pela XEROX, obedecendo os padrões de qualidade por ela indicados.

Outro contrato trazido aos autos com a cláusula impugnada é o de fls. 62, onde se lê:

A XEROX prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade, tudo para garantir a sua mais perfeita adequação a cada modelo de equipamento XEROX.

1º O uso de materiais de consumo inadequados, inespecíficos, pode vir a causar a curto, médio e longo prazos, danos a máquina, a sua performance, má qualidade de cópias, com as conseqüentes agressões a própria vida útil do equipamento e a satisfação do cliente.

2º Dessa forma, somente poderão ser utilizados nos equipamentos XEROX materiais de consumo devidamente qualificados pelos interessados junto ao INT, Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República, ou pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo, ou materiais de consumo da marca XEROX ou, ainda, materiais autorizados, por escrito, pela própria XEROX, sempre que, em qualquer hipótese, identificados e qualificados para cada modelo de equipamento.

3º A falta de cautela do Cliente, quanto à regra estabelecida no parágrafo 2º, acima, poderá até mesmo, após alerta por escrito da XEROX, resultar na cessação da execução dos serviços técnicos por esta prestados no equipamento, até que se configure a obediência ao disposto nesta cláusula.

4º O fornecedor NÃO-XEROX será o único e exclusivo responsável pela adequação de seu(s) produto(s) de consumo, respondendo ao consumidor por quaisquer danos resultantes de seu uso, conforme dispõe o Artigo 18 da Lei nº 8.078 (Código de Proteção do Consumidor).

Da leitura dessas cláusulas pode-se verificar que as conseqüências que poderiam advir para os clientes, segundo a XEROX, seriam de ordem operacional e contratual. No campo operacional, o uso de material de

consumo de terceiros, que não fosse por ela devidamente licenciado, poderia causar qualidade inferior de cópias e excesso de chamados para assistência técnica. Além disso, poderia também o equipamento não ter mais um desempenho satisfatório. No campo contratual, passaria a XEROX a não responder pelo desempenho do equipamento, podendo suspender, a seu critério, a prestação de assistência técnica.

3. Um dos argumentos da defendente é o de que a manutenção por ela prestada não constitui contrato autônomo, mas um serviço integrante do contrato de locação das máquinas. Assim, teria o locador a obrigação legal de prestar a manutenção aos equipamentos locados, devendo o locatário utilizar materiais de consumo que satisfaçam aos padrões de qualidade definidos pela XEROX.

Não se cogita nos autos de vinculação do contrato de locação ao contrato de prestação de assistência técnica. Não é aí que se situa a prática anticoncorrencial que se imputa à Representada. Não se nega, também sua obrigação legal de manter os equipamentos que aluga. Portanto, pouco importa a autonomia contratual alegada pela defendente.

A conduta anticoncorrencial em apreço é o induzimento da clientela à aquisição de material de consumo de sua marca é alegação de que qualquer outro não aprovado por ela poderá causar danos ao equipamento, prejudicar seu desempenho e produzir cópias de inferior qualidade, exigindo, por isso, maior frequência das visitas técnicas. Este é o teor das cláusulas inseridas no contrato-padrão da XEROX, bem como das correspondências expedidas à sua clientela.

A XEROX se defende dessa acusação dizendo que seus contratos admitem expressamente o direito do locatário de utilizar material de consumo de outros fabricantes. Não é este, porém, o entendimento que se tem da leitura que se faz das cláusulas supra transcritas, onde se estabelece a necessidade de licença prévia para que outros materiais possam ser utilizados nos equipamentos locados.

Já nos contratos de prestação de assistência técnica, a exigência do uso do material de marca XEROX vem expressa, conforme se vê da cláusula acima transcrita.

Ora, a Representada, em nenhum de seus contratos, e muito menos no de assistência técnica, em que não mais é proprietária das máquinas, tem o direito de vincular produto seu ou exigir aprovação prévia de produto de terceiro. Poderia, sim, mediante laudo técnico, provar os vícios de qualidade dos demais produtos, porquanto dispõe de todos os recursos para tanto.

Ao analisar questão relativa à cláusula constante dos contratos, de locação, o ilustre Procurador do CADE, em fundamentado parecer, diz:

"A XEROX, quando loca as suas máquinas, cede o seu uso. A aquisição do material necessário para a produção de cópias é encargo do locatário. A ele incumbe obter o material de consumo que lhe convenha. A sua escolha não pode ser tolhida de modo injustificado. Se o material eleito se provar danoso ao equipamento, quando este retornar à proprietária, o assunto será resolvido de acordo com as regras normais de responsabilidade civil. O que não é razoável é que a proprietária da fotocopiadora possa determinar que apenas os produtos por ela autorizados ou que ela fabrica possam ser empregados nas máquinas que aluga. Quando muito, seria dado à locadora impugnar o uso de materiais de consumo, bem especificados, que comprovadamente sejam nocivos ao aparelho. É abusivo, porém, tolher, de modo apriorístico, o uso de materiais de consumo que não sejam demonstradamente perniciosos. O fato de a locadora, como ela própria o afirma em cláusula contratual, primar "pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca" e de "tais materiais serem devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade" não é embaraço legítimo a que se usem nas copiadoras outros materiais de consumo, a critério do locatário.

A essa conclusão de inegável bom senso chegaram o DPDE, sob a titularidade do Dr. Marcos Vinícios de Campos, e o então Secretário Nacional de Direito Econômico, na decisão comunicada à XEROX, em 15.05.91 (fls. 330/331). Afirmou-se, ali, desnecessária a aprovação compulsória de produtos de consumo a serem empregados nas fotocopiadoras. Deixou-se de exigir a qualificação do material de consumo dos concorrentes da XEROX.

Isso não obstante, os autos revelam que a XEROX não mudou o seu comportamento (cf. fls. 416, 417 e 423)."

Finalizando seu parecer, observa S. Sa. o Procurador do CADE:

"Entendo que a cláusula no que dispõe, sem maiores detalhes sobre a possibilidade de a XEROX deixar de prestar serviços técnicos pelo não uso do seu

material de consumo é ilegítima e inibidora de concorrência. (g. n.)

Acredito que a XEROX possa até mesmo indicar certos produtos como danosos ao seu equipamento, arcando com o ônus de demonstrar a sua inadequação técnica. Não pode, porém, de modo direto ou indireto, criar empecilho ao emprego de materiais de consumo fabricados por concorrentes, sem prova técnica séria da sua impropriedade" (g.n.).

4. Para melhor compreensão sobre a exigência da XEROX, caberia então proceder à seguinte indagação: qual a explicação plausível para a exigência do uso de material de consumo produzido pela XEROX nos equipamentos por ela locados?

O professor Benjamin Schieber, ao procurar encontrar uma resposta para tal prática, comenta - "verbis":

"Nos Estados Unidos vários réus tentaram defender-se sob a alegação de que a vinculação de vendas era necessária para que a qualidade do artigo vinculado e usado com o artigo vinculante, de praxe máquinas de grande valor, fosse alta para evitar dano às máquinas. Os tribunais norte-americanos recusaram-se a aceitar esta defesa sob fundamento de que qualquer exigência de qualidade pode ser diretamente conseguida pela fixação de padrões de qualidade para o artigo a ser usado com o artigo suprido pelo vendedor ou locador. Não é necessário vincular este a outro artigo proveniente do vendedor para conseguir o emprego de artigo de qualidade. Basta exigir os empregos de artigos que satisfaçam os requisitos de qualidade sem mencionar o nome do vendedor, dando assim oportunidade a outros vendedores que sejam capazes de produzir o artigo da requisitada qualidade, uma oportunidade de concorrer com o vendedor" (Abusos do Poder Econômico, p. 155).

No caso dos autos, verifica-se que a Representada, em nenhum momento, forneceu as especificações técnicas aos seus clientes, quanto ao material adequado a ser utilizado nas máquinas copiadoras, não obstante ter estruturado um laboratório e realizado testes e ensaios de seus produtos. Ou

seja, a Representada dispunha de todas as especificações técnicas para adotar tal procedimento e não o fez.

5. Argumenta, ainda, a Representada que sempre foi desejo de vários de seus clientes incluir o material de consumo na prestação de serviços, tendo até, em alguns casos, se recusado a fazê-lo. Cita como exemplo, licitação de que não participou, realizada pelo Ministério da Fazenda, há dois anos, cujo edital, explicitava essa condição.

O fato de órgãos públicos adotarem cláusulas dessa natureza em seus editais, na certa por desconhecimento de seus efeitos anticoncorrenciais, não abona a conduta da XEROX de adotar procedimento idêntico em relação a seus clientes. Ademais, não são os contratos firmados com a Administração Pública que se encontram sob análise neste processo, e, sim, os contratos celebrados entre a XEROX e seus clientes, não tendo por certo a Representada a prerrogativa de impor as condições do ajuste.

A propósito de exigências descabidas em editais, consta dos autos resposta do Tribunal de Contas da União a denúncias dirigidas àquela Corte por empresa que se sentiu prejudicada na licitação. Diz o documento:

Comunicamos a V. Sa. que o Tribunal de Contas da União tendo presente o processo relativo a denúncias apresentadas por essa firma em relação à dispensa de licitação de preços para aquisição de material de cópia de documentos, efetivada pelo Tribunal Regional Federal - 4ª Região, resolveu, em Sessão de 13.12.1990, mandar recomendar à Direção Geral da mencionada Entidade:

a) observância do princípio da licitação de preços quando da aquisição de produtos a serem utilizados nas máquinas XEROX, dada a existência de material de outras marcas, de comprovada qualidade no mercado;

b) observar, igualmente, o princípio da licitação quando da locação de máquinas copiadoras, fazendo inserir em futuros contratos os elementos inscritos no art. 51, caput do Decreto Lei nº 2.300/86" (fls. 179).

De se verificar, pois, que o TCU já atentou para os métodos anticoncorrenciais adotados por certos órgãos públicos, tomando as necessárias providências para coibi-los.

6. Argumenta, por outro lado, a Representada, que se o seu objetivo fosse o de cercar a concorrência teria agido também contra seus novos concorrentes no mercado de locação e vendas de máquinas copiadoras, não se restringindo ao mercado de material de consumo que, afinal, não é o principal ramo de suas atividades.

Entretanto, a ocorrência ou não de restrição à concorrência por parte da XEROX no mercado em questão não é objeto deste processo, que cogita apenas de práticas restritivas no mercado de material de consumo para as máquinas que, inobstante não ser o principal ramo de atividades da Representada, foi responsável por 25,85% de seu faturamento no ano de 1990, de acordo com o Parecer do DAP às fls. 1.093/1.095.

7. Protesta a Representada quanto aos transtornos e prejuízos que o uso de materiais, sem a necessária qualificação, tem trazido aos seus negócios, fato que não teria sido considerado pelo DPDE. No entanto, esses transtornos e prejuízos não passaram de meras alegações. Cumpria à XEROX provar a existência do dano, de sorte a justificar seu temor pelo uso de materiais de outras marcas.

Não o fez, porém. Ao contrário, a notícia que se tem nos autos é que a utilização de pelo menos um dos materiais, o cilindro, não comprometeu o desempenho normal da máquina, apenas exigindo maior frequência nas visitas do técnico da XEROX.

É o que se pode depreender da observação feita pela Comissão de Licitação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do teste em equipamento XEROX com utilização do cilindro fornecido pela empresa RECOMEX:

Não obstante o desempenho normal do equipamento, observou-se um aumento de saturação da caixa do toner, exigindo maior frequência do técnico da XEROX (fls. 692).

Observe-se, ainda, que a saturação só ocorreu após sete meses de testes do equipamento e a tiragem de um grande número de cópias (103.000 cópias).

Importante ressaltar que os cilindros utilizados pela RECOMEX são aqueles fabricados pela APLIVAC (fls. 493), empresa com a qual a XEROX, por algum tempo, manteve contrato para recuperação de um determinado tipo de cilindro de sua própria fabricação. Conforme declarado pela própria Representada (fls. 669), os cilindros recuperados pela APLIVAC eram submetidos a diversos testes nos laboratórios da XEROX Corporation, nos Estados Unidos, bem como em suas instalações em Resende/R.J. e aprovados para posterior utilização, o que, certamente, demonstra a excelência da qualidade dos serviços da APLIVAC. Não pode agora, a Representada, sem qualquer motivo plausível, impugnar a qualidade dos produtos da APLIVAC, que por ela já foram utilizados, até porque nenhuma justificativa técnica foi apresentada que sustentasse sua impugnação. A mera alegação da XEROX de que apenas um certo tipo de cilindro teria sido por ela aprovado não legitima sua conclusão de que os demais poderiam ser de qualidade inferior.

No tocante ao toner, outro material fornecido pelas concorrentes da Representada e que, segundo ela, não seria da mesma qualidade de produto seu, podendo, por isso, danificar seu maquinário, é a própria XEROX que reconhece a necessidade de regulagem especial:

A folha de papel é exposta a uma temperatura suficientemente alta, atendida a regulagem especificada pelo fabricante do equipamento, para fundir TONER, fazendo-o penetrar nas fibras do papel (fls. 497).

No entanto, quando se trata de regular a máquina para utilização de material de terceiros, a Representada diz que "se o material, para ser utilizado no equipamento, necessita de regulagem especial, fora das especificações técnicas do fabricante, é constatação do óbvio de que os materiais por elas ofertados não possuem as especificações do fabricante" (fls. 727). Nega-se, ainda, a efetuar os serviços de manutenção da máquina, conforme se verifica das correspondências de clientes da empresa REPRO - Materiais e Equipamento de Xerografia Ltda., devolvendo material dela adquirido por terem sido recusados pela XEROX (fls. 37, 38, 41 e 50 do apenso Averiguação Preliminar 176).

Constata-se, assim, que a Representada não realiza a regulagem que a máquina requer para sua adequação aos materiais fornecidos por terceiros, não podendo, portanto, imputar aos produtos de seus concorrentes a responsabilidade por eventual excesso de chamadas ou danos no equipamento que, aliás, jamais foram comprovados.

O certo é que a XEROX se esquiva em demonstrar a qualidade inferior dos produtos de suas concorrentes e, no caso dos produtos da PELIKAN, notória pela fabricação de toner e revelador no mercado internacional, a Representada chega até a questionar os termos da garantia oferecida pela fabricante, dizendo-a genérica. E nem poderia ser diferente. É comum entre empresas multinacionais, que gozam de boa reputação no mercado internacional, adotar cláusulas genéricas de garantia em razão da excelência de seus produtos. Assim, quando a PELIKAN diz que "devido às nossas medidas de controle de qualidade, somos capazes de lhe apresentar uma garantia de qualidade de que nenhum de nossos produtos, quando usados conforme as instruções, danificará qualquer máquina", afirma sua total responsabilidade pela qualidade do produto, não cabendo à XEROX limitá-la ou contestá-la.

8. Numa outra linha de argumento de ataque aos produtos fornecidos por suas concorrentes, afirma a Representada, conforme anteriormente mencionado, que "não há, até este momento, no Brasil, material de consumo para equipamento da marca XEROX, que não aqueles fabricados por ela própria, que tenham sido devidamente testados e comprovados como

adequados"(fls. 423). Outrossim, busca comprovar serem inexpressivas as importações de material de consumo feitas pelas concorrentes, na tentativa de demonstrar que seu produto era o único existente no mercado, de acordo com seus padrões.

O argumento, no entanto, em nada abona a conduta da Representada, de vez que, dispondo de posição dominante no mercado relevante e inserindo cláusulas anticoncorrenciais em seus contratos, que impediam sua clientela de utilizar produtos de terceiros, criando, assim, dificuldades à entrada e ao funcionamento de outras empresas, não era de se esperar que florescessem as importações.

9. Patentes, ainda, os obstáculos erguidos pela Representada para impedir a utilização de produtos fornecidos por terceiros em cláusula constante de seus contratos de locação que prevê a suspensão de assistência técnica gratuita, a seu único e exclusivo critério, no caso do locatário utilizar material de consumo não fabricado pela XEROX ou por ela não autorizado por escrito.

Alega a XEROX que a prestação de assistência técnica nos contratos de locação decorre de obrigação legal, nos termos do art. 1.189, inciso I, do Código Civil. Segundo a Representada estaria ela obrigada "a manter o equipamento locado em perfeitas condições de funcionamento, inclusive mediante reposição de peças desgastadas ou quebradas, sem cobrança de outro preço, além do aluguel contratualmente estabelecido".

Não se discutem, porém, as obrigações legais da locadora ou aquelas por ela assumidas contratualmente, no âmbito do direito comum, cuja análise e desfecho escapam à competência deste Conselho. O que interessa na espécie é a vinculação sempre presente entre a assistência técnica que diz prestar a título gratuito, e a aquisição dos materiais de consumo de sua marca.

Assim, eventuais danos que produtos de terceiros viessem causar a seus equipamentos deverão ser resolvidos no campo da responsabilidade civil.

10. Diz a XEROX, por outro lado, que procedeu, a partir de 1991, a alterações em seus contratos em face do advento do Código do Consumidor, e não de pressões provenientes deste processo. Pouco importa a que título se deu a modificação, sendo oportuno, no entanto, examinar se os contratos, e seus atuais termos, se adequam à legislação de defesa da concorrência, muito embora, se legais, sob este aspecto não tenham o condão de elidir a conduta restritiva praticada pela Representada.

Com a alteração promovida pela Representada, seus contratos de locação passaram a ter a seguinte cláusula:

6.1.2: A XEROX PRIMA PELA EXCELÊNCIA DE SEUS MATERIAIS DE CONSUMO UTILIZADOS EM EQUIPAMENTOS QUE LEVAM A SUA MARCA. TAIS MATERIAIS SÃO DEVIDAMENTE FABRICADOS, TESTADOS, APROVADOS E SUBMETIDOS A EXIGENTES CONTROLES DE QUALIDADE, TUDO PARA GARANTIR A SUA MAIS PERFEITA ADEQUAÇÃO A CADA MODELO DE EQUIPAMENTO XEROX. A LOCADORA ESTÁ CIENTE QUE A LOCATÁRIA TEM PLENO DIREITO DE ADQUIRIR MATERIAIS DE CONSUMO DE OUTRAS FONTES, FICANDO CLARO, CONTUDO, QUE O FORNECEDOR TEM TOTAL E EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE PELO MATERIAL DE CONSUMO FORNECIDO, INCLUSIVE NO QUE TANGE A GARANTIA, QUANTO A QUALIDADE, VIDA ÚTIL E ADEQUAÇÃO DE SEU MATERIAL, NOS TERMOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TENDO EM VISTA QUE O EQUIPAMENTO É DE PROPRIEDADE DA LOCADORA, A QUAL ESTÁ OBRIGADA PELA SUA MANUTENÇÃO TÉCNICA. FICA CIENTE, DESDE LOGO, A LOCATÁRIA QUE CASO DIAGNÓSTICOS SUCESSIVOS DO TÉCNICO XEROX IDENTIFIQUEM O MATERIAL DE CONSUMO FORNECIDO POR TERCEIROS COMO CAUSA DE MÁ QUALIDADE DE CÓPIAS E/OU DANOS NO PRÓPRIO EQUIPAMENTO, NOTIFICADA A LOCATÁRIA, POR ESCRITO, SOBRE O FATO, A LOCADORA PASSARÁ A TER O DIREITO DE COBRAR OS CUSTOS ADICIONAIS DECORRENTES DOS ATENDIMENTOS TÉCNICOS POSTERIORES. HAVENDO INTERESSE DA LOCATÁRIA, ESTA PODERÁ SOLICITAR DA XEROX AS CONSTATAÇÕES FÁTICAS/TÉCNICAS QUE CARACTERIZAM O DIAGNÓSTICO ACIMA REFERIDO.

De seu reconhecer, pois, que a XEROX passou a respeitar, pelo menos no instrumento contratual, o direito de seus clientes de optarem por materiais de suas concorrentes. Os autos, contudo, não dão notícia de que correspondências tenham sido expedidas à clientela signatária do antigo contrato, dando ciência da alteração procedida.

Os contratos de prestação de assistência técnica, por outro lado, além da cláusula acima transcrita, ainda dispõem como sendo obrigação do cliente:

6.2: Somente promover a aquisição de material de consumo especificados pela XEROX, obedecendo os padrões de qualidade por ela indicados (fls. 854 v.).

Constata-se da leitura da cláusula constante dos atuais contratos de assistência técnica, que os clientes da Representada permanecem

contratualmente impedidos de escolher marca do material de consumo de sua preferência, porquanto estão obrigados a usar material de consumo especificados pela XEROX, obedecidos os padrões de qualidade por ela indicados.

A maneira contraditória com que a Representada aborda em seus contratos os direitos de sua clientela, reconhecendo-lhe a opção de adquirir material de terceiros, ao tempo em que lhe impõe a obrigação de utilizar somente produto por ela especificado e de acordo com os padrões de qualidade por ela indicados, constitui, sem dúvida, induzimento à utilização de material seu, em detrimento daqueles fornecidos por suas concorrentes.

11. No tocante à alegação da Representada de que teria adaptado seus contratos ao Código do Consumidor, é de se observar que estes autos não cogitam de relações de consumo enquanto matéria de interesse exclusivo do consumidor. A XEROX não foi indiciada em razão de conduta que afeta os locatários de suas máquinas ou aqueles que utilizam seus serviços de assistência técnica. A conduta investigada diz respeito tão só aos atos por ela praticados em prejuízo da livre concorrência. Trata-se, pois de prática vis a vis concorrente e não consumidor.

Por isso que inadequada a colocação da Representada ao defender-se nos termos do Código do Consumidor, sustentando ser parte na relação de consumo. Repita-se, mais uma vez, que a relação de que aqui se cogita é aquele entre a XEROX e os demais fornecedores de material de consumo necessários à prestação dos serviços de assistência técnica, ou seja, os seus concorrentes, e não entre os locatários de suas máquinas ou beneficiários da assistência técnica, estes sim consumidores.

VI - CONCLUSÃO

A XEROX detém posição dominante nos mercados de locação e prestação de serviço de assistência técnica, com uma participação de 91%, bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras, com participação de 74% a 100%.

Em razão da interdependência e complementaridade desses mercados o funcionamento das máquinas fotocopiadoras depende da utilização do material de consumo - a posição dominante do agente econômico nos mercados de locação e assistência técnica tem reflexos imediatos no mercado de material de consumo.

No caso dos autos, a XEROX impõe a clientes seus uma cláusula-padrão em contrato de prestação de serviços de assistência técnica que os

inibe de suprirem-se de material de consumo fabricado por terceiros. Não há qualquer dúvida de que essa conduta inibe a concorrência e cria dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas, mantendo a XEROX o domínio de mercado.

E nem se argumente que se estaria questionado, indevidamente, a posição dominante da XEROX, obtida de forma legal, por ter sido precursora de tecnologia que, só muito tempo depois, foi difundida entre outras empresas. Não é o poder econômico da Representada que se questiona aqui, e nem sua posição dominante, mas a forma abusiva com que o exerce.

Detendo o poder de monopólio sobre a prestação de serviços de assistência técnica, até porque tem, ainda, a posição dominante no mercado de locação de máquinas, a XEROX, ao criar embaraços para a utilização de produtos de consumo de outros fabricantes ou fornecedores, vinculando ao contrato de manutenção das máquinas o fornecimento de seus próprios produtos, pratica a conduta prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, prejudica a concorrência, com o objetivo de dominar o mercado daqueles bens. Cria, ainda, com essa conduta, toda sorte de dificuldades para o funcionamento das empresas integrantes daquele mercado, bem como o acesso a ele de novos agentes econômicos.

Não pode a XEROX erguer barreiras artificiais para eliminar do mercado suas concorrentes, criando dificuldades para a utilização dos produtos por elas fabricados ou fornecidos, sem qualquer prova técnica. Não se lhe nega, contudo, o direito de impugnar os produtos comprovadamente danosos a seus equipamentos.

Esse, também, foi o entendimento da agência americana que apura práticas restritivas da concorrência nos Estados Unidos - à Federal Trade Commission, conforme citado pelo ilustre Procurador do CADE:

"...A XEROX deverá, além de instruir os seus empregados a não comentar a qualidade de toners e reveladores produzidos por competidores, afixar nota em luar visível da máquina em cada copiadora vendida ou alugada por ela nos Estados Unidos dizendo: A Xerox Corporation fabrica e distribui toner e revelador para esta máquina. Outros fornecedores também podem fornecer toner e revelador para este aparelho. Pode ser necessário ajustar a máquina para acomodar o toner ou revelador produzido quer pela XEROX quer por qualquer outro fornecedor" (...Xerox, shall, in addition to instructing its employees in the United States not to comment on the quality of competitive toner

or developer, place a notice in a location conspicuous to the key operator on each office copier sold or leased by it in the United States stating the following: Xerox Corporation manufactures and distributes toner and developer for use in this machine. Other suppliers may also provide toner and developer for this machine. It may be necessary to adjust the machine to accommodate toner or developer which is provided by either Xerox or any other supplier" (86 FTC 363, decisão de 29 de julho de 19975).

Como bem diz o procurador do CADE, verbis:

"percebe-se da decisão que não se tolera que se ataquem produtos de concorrentes - ao menos enquanto não demonstrada a sua imprestabilidade - e se exige que a XEROX aceite o emprego de materiais de consumo de outros fabricantes. Mais do que isso, informa-se o locatário da máquina da possibilidade de optar por outro produto de consumo - longe, portanto, de acuá-lo com a perspectiva da suspensão de assistência técnica, caso se valha de produto que não seja produzido pela XEROX."

Tal conduta deve se entendida como uma manobra dirigida a restringir a concorrência, visto que responde ao exercício do abuso do poder de mercado, derivado de uma posição dominante.

A precitada conduta, ao limitar a liberdade econômica de terceiros, mediante uma atitude que não teria ocorrido se não houvesse um efetivo poder de mercado, permitiu à XEROX eliminar a concorrência, assegurando-lhe uma posição de poder de monopólio nesses mercados, possibilitando-lhe manter o "status quo" ao longo de vários anos.

Na verdade, a Representada operou de forma abusiva ao aproveitar-se da necessidade que tinham os seus clientes do serviço de assistência técnica, para impingir-lhes a aquisição do material de consumo para as máquinas copiadoras.

Em síntese, os atos, práticas e condutas adotados pela Representada, por um lado, impediram que seus clientes pudessem eleger livremente seus fornecedores, obtendo material de consumo de outras empresas, restringindo assim, a concorrência no mercado de bens de consumo. De outro lado, por meio de prática abusiva dificultou ainda a instalação de novos concorrentes no mercado, ameaçando, ainda, a sobrevivência das pequenas e médias empresas

regionais que procuravam disputar parcela do mercado de toner, fotorreceptor e revelador.

Tal consulta representa a antítese da livre concorrência, infringindo às leis de combate ao abuso do poder econômico, devendo ser veementemente repelida. Flagrante e indiscutível é o fato de que a Representada se utilizou de meios ardilosos para impedir a livre disponibilidade de fornecedores no mercado, restringindo a liberdade de escolha dos clientes mediante pressão com o objetivo de promover a dominação de mercado.

A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, figura a venda casada repudiada pelo legislador - art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.158/91, e cria dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa, igualmente vedada pela Lei nº 4.137/62, art. 2º inciso I, alínea "g" e pela própria Lei nº 8.158/91, art. 3º, incisos II e XVI.

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o parecer do douto Procurador do CADE, o meu VOTO é pela procedência da representação, uma vez que ficou comprovada nestes autos a prática abusiva acima mencionada.

Na fixação do valor da multa cabe valer em consideração:

- a) a gravidade do procedimento da Representada ao deliberamento incluir cláusula restritiva da concorrência em seus contratos de locação até novembro de 1991;
- b) que nos autos não ficou evidenciada a sustação de tal prática, visto que nos contratos de assistência técnica persiste a cláusula restritiva da concorrência;
- c) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, no qual a Representada possui 90.000 clientes e cerca de 180.000 máquinas copiadoras instaladas;
- d) a potencialidade de danos ao mercado e os prejuízos ocasionados aos concorrentes, por conta do comportamento da Representada, em razão da devolução do material de consumo efetuado por seus clientes, quando pressionados; e
- e) as ilegítimas vantagens comerciais auferidas pela Representada ao longo dos anos ao se utilizar do exercício de tal prática.

Isto posto, considerando que a conduta da Representada configura prática de abuso do poder econômico prevista na alínea "g" do inciso I do art.

2º da Lei nº 4.137, de 10.09.62, bem como nos incisos II, VIII e XVI consequência do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, voto pela procedência da Representação, e, com base no art. 43 da Lei nº 4.137, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90; no art. 15 do Decreto nº 36, de 14.02.91 e na Resolução nº 2 deste Conselho, de 21.10.92, pela condenação da XEROX DO BRASIL LTDA. ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de cruzeiros), importância que deverá ser recolhida ao Tesouro Nacional, no prazo de 10 (dez) dias a contar da publicação da decisão no Diário Oficial da União.

Com fundamento nos artigos 43 e 44 da Lei nº 4.137/62, a Representada deverá, também, dar cumprimento às seguintes determinações:

1) excluir de seus contratos de assistência técnica cláusula que obriga os seus clientes a somente adquirir materiais de consumo por ela especificados;

2) proceder, no prazo de 90 (noventa) dias, em todos os contratos, à alteração da cláusula que trata do uso de material de consumo em equipamentos de marca XEROX, fazendo constar que notificará seus clientes sobre a cobrança de custos adicionais, todas as vezes que o material de terceiros causar problemas aos serviços ou danos ao equipamento. A notificação deverá ser acompanhada do competente laudo técnico, demonstrando ter sido o produto de outros fornecedores responsável pelos problemas ou danos indicados;

3) submeter à aprovação deste Conselho, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da decisão, proposta de alteração dos contratos de locação, de locação com opção de compra e de assistência técnica, obedecida a legislação da concorrência;

4) abster-se de quaisquer comentários sobre a qualidade do material de consumo de seus concorrentes, devendo orientar seus empregados no mesmo sentido, bem como quanto ao fato de poder ser necessário ajustar a máquina para acomodar o seu próprio material de consumo (toner, revelador e cilindro) ou de terceiros.

Fica, desde já, notificada a XEROX DO BRASIL LTDA., nos termos do art. 45 da Lei nº 4.137, para manifestar a este Conselho, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da decisão, sua disposição de realizar ou não, as providências determinadas.

Este é o meu VOTO

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

É notório e, ainda que não fosse, demonstrado ficou nos autos o poder dominante exercido pela Representada nos mercados relevantes de prestação de serviços de assistência técnica e de material de consumo para máquinas fotocopadoras. Este poder, em razão de sua aptidão para impor preços ou restringir a concorrência, e objeto do direito concorrencial, que o regulamenta para prevenir anomalias no mercado ou o reprime, quando exercido de forma abusiva.

Na espécie, está configurado o abuso do poder econômico na conduta praticada pela XEROX, consubstanciada em cláusulas contratuais que, objetivam, claramente, o domínio de mercado e o prejuízo à concorrência.

Ao restringir o direito de sua clientela de adquirir material de consumo de outros fabricantes para serem utilizados na prestação de assistência técnica, que por contrato se obrigou, está a XEROX a subordinar aqueles serviços à compra de seus produtos, prática conhecida como "venda casada", reprimida expressamente no art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.158, de 08 janeiro de 1991.

Utilizando seu poder dominante de forma abusiva, outro não poderia ser o resultado dessa conduta que não dificuldades ao funcionamento das empresas que atuam naqueles mercados relevantes, na parcela ínfima que lhes sobrou, além de inevitáveis barreiras à entrada de novos agentes econômicos nos mesmos mercados, prática que se enquadra com precisão no art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.

A conduta anticoncorrencial da Representada é a mesma que praticou sua matriz nos Estados Unidos da América. Improcede, pois, o argumento de que, naquele país, o acordo que a XEROX firmou com a Federal Trade Commission - FTC visava apenas a disponibilidade de certas patentes. Esta é apenas parte da estória. Dentre as consultas investigadas pela agência americana incluía-se a "venda casada", levada a efeito pelo mesmo artifício aqui utilizado: desqualificar os produtos ou materiais de consumo fornecidos por suas concorrentes.

O referido ajuste continha uma "consent order", instrumento utilizado pela entidade repressora para fazer cessar a prática abusiva, que determinava a XEROX que se abstinhasse de comentários quanto à qualidade dos produtos das concorrentes, ordenando-lhe ainda, que desse conhecimento, por escrito, aos fornecedores de toner e revelador, todas as vezes que estes produtos não se adequassem aos padrões XEROX. Foi também determinado à XEROX americana, no processo perante a FTC, que não exigisse de seus

concorrentes certificado de qualificação de seus produtos e que não mais se fizesse passar por única fornecedora de toner e revelador (86 FTC 363, decisão de 29 de julho de 1975).

As condutas que ensejaram a instauração deste processo são exatamente as mesmas que a XEROX americana praticou do outro lado do Continente.

A Representada jamais conseguiu comprovar a alegada má qualidade dos produtos fornecidos por seus concorrentes, ônus que, sem dúvida lhe cabia. Se de um lado, é de se admitir a legitimidade do enaltecimento que faz de seus próprios produtos, técnica de "marketing" amplamente adotada, de outro, não se lhe pode reconhecer o direito de atacar os produtos de concorrente para acobertar prática restritiva da liberdade de mercado.

E nem se argumente que a conduta escaparia à esfera de competência do CADE por dizer respeito a concorrência desleal, matéria afeta ao Direito Comum ou ao Direito da Propriedade Industrial. Não se cuida nestes autos de atos tendentes a denigrir a reputação de concorrente para afastar sua clientela, mas de prática restritiva, no âmbito do Direito da Concorrência, onde o bem jurídico tutelado é o mercado e todas as forças que nele atuam.

Não se cogita, também, de eventuais direitos da Representada que possam advir do uso de materiais inadequados em seus equipamentos, embora se possa afirmar que não são as cláusulas anticoncorrenciais o expediente adequado para se prevenir danos e resguardar direitos o campo da responsabilidade civil oferece à Representada o mais vasto leque de opções para se ressarcir de eventuais prejuízos, sendo certo, ainda, que no campo do Direito Contratual encontrará os mecanismos adequados para a proteção de seus direitos e interesses. Saiba, porém, a XEROX que os limites de sua atuação, em qualquer dos ramos do Direito, estão perfeitamente delineados nas leis de defesa da concorrência.

Têm razão as Representadas ao se insurgirem contra a conduta da Representada, que não pode atuar como se detivesse o monopólio legal dos mercados de fotocopiadoras e de prestação de serviços técnicos. Os produtos e serviços que compõem estes mercados são de domínio público, estando, pois, livres para serem explorados e comercializados por quem quer que se disponha a fazê-lo.

Conforme já bem frisado pelo ilustre Conselheiro Relator, esse mercado foi obtido legalmente pela Representada à custa de altos investimentos em tecnologia e em virtude da competência com que soube desenvolver seus negócios. Estes, no entanto, devem ser os mesmos critérios

que a XEROX terá de adotar se quiser manter seu poder de mercado. Há de desenvolver suas atividades de conformidade com as leis de defesa da concorrência, que jamais deixaram de prestigiar a competência das empresas e nunca reprimiu sua grandiosidade.

Por essas razões, acompanho o voto do Relator, dando como procedente a Representação.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

A Representada Xerox do Brasil Ltda. é acusada, neste processo administrativo, de dominar mercados, bem como de eliminar e prejudicar a livre concorrência, mediante a adoção de cláusula contratual que subordina a prestação de serviços de assistência técnica a máquinas locadas ou vendidas, à aquisição de materiais de consumo da marca XEROX a serem utilizados naqueles serviços. É imputada, ainda, à Representada a acusação de, através de correspondências, pressionar seus clientes a adquirirem somente materiais de sua própria fabricação. A Representada foi incursa no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91.

Cumpra assinalar, desde logo, com base nos dados constantes nos autos, fielmente descritos pelo ilustre Conselheiro-Relator Marcelo Monteiro Soares, que, em todas as fases, neste processo administrativo, foram sempre assegurados à Representada, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, cumprindo-se assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

É oportuno registrar que a Xerox, como precursora da tecnologia de fotocopiadoras, possui uma situação extremamente privilegiada nos mercados de locação e prestação de serviço de assistência técnica (detém 91%), bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras (participação essa que varia de 74% a 100%). Não pode ser considerado, por outro lado, que em decorrência da interdependência e complementariedade desses mercados, a posição dominante do agente econômico nos mercados de locação e assistência técnica tem reflexos imediatos no mercado de material de consumo. No julgamento que ora se realiza, o que está sendo questionado é a forma abusiva da Representada de exercer o seu poder econômico e a sua posição dominante nesses mercados.

Detendo a Representada o poder dominante na prestação de serviços de assistência técnica, além da posição dominante no mercado de locação de máquinas, ao criar dificuldades para a utilização de produtos de consumo de outros fabricantes ou fornecedores, vinculando ao contrato de manutenção das máquinas o fornecimento de seus próprios produtos, pratica a conduta prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, prejudica a concorrência, com o objetivo de dominação do mercado daqueles bens. Cria com essa conduta sérios embaraços para o funcionamento das empresas integrantes daquele mercado, assim como o acesso a ele de novos agentes econômicos.

Entendo que a Representada não pode erguer barreiras para eliminar do mercado seus concorrentes, criando dificuldades para a utilização dos produtos por eles fabricados ou fornecidos, sem qualquer prova técnica. Não se lhe nega, por sua vez, o direito de impugnar os produtos comprovadamente danosos a seus equipamentos. Deve-se destacar que esse também, foi o entendimento da Federal Trade Commission (agência que apura práticas restritivas da concorrência nos Estados Unidos da América), conforme ressaltado pelo ilustre procurador do CADE no seu bem fundado parecer.

Está evidente que a Representada operou de forma abusiva ao se aproveitar da necessidade que tinham os seus clientes do serviço de assistência técnica, para impor-lhes a aquisição do material de consumo para as máquinas copiadoras, os atos, práticas e condutas, adotados pela Representada, impediram que seus clientes pudessem eleger livremente seus fornecedores, adquirindo material de consumo de outras empresas, não permitindo que houvesse concorrência efetiva no mercado de bens de consumo. Por meio de prática abusiva dificultou também a instalação de novos concorrentes no mercado, além de ameaçar a sobrevivência das médias e pequenas empresas regionais que procuram disputar parcela do mercado de toner, fotoreceptor e revelador.

Estou de acordo com o ilustre Conselheiro-Relator, quando afirma que a conduta da Xerox representa, sem dúvida, a antítese da livre concorrência, e caracteriza a infringência às leis de combate ao abuso do poder econômico e de defesa da concorrência e deve ser veemente repelida. Flagrante, pois, e indiscutível é o fato de que a Representada se utilizou de meios ardilosos para fraudar a livre disponibilidade de fornecedores no mercado, bem como restringiu a liberdade de escolha dos clientes mediante pressão ou coação com o objetivo de promover a dominação de mercado.

Creio estar comprovada a prática ilícita, por parte da Representada, de utilização da cláusula contratual, em debate, adotada nos contratos, - reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos - o que figura a venda casada vedada pela Lei nº 8.158/91 (art. 3º, inciso VIII) e cria

dificuldades à constituição e ao desenvolvimento de empresa o que é igualmente vedado pela Lei nº 4.137, no seu art. 2º, I, g e pela Lei nº 8.158, citado, art. 3º, II e XVI.

Por assim entender e acompanhando em todos os seus termos o Voto do ilustre Conselheiro-Relator o meu Voto é pela procedência da representação, com a condenação da Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de cruzeiros), além do cumprimento dos determinações mencionadas na parte final do mencionado Voto.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Acompanho o ilustre Relator, Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, em seu bem fundamentado voto.

Efetivamente, da leitura dos autos se constata que, ao prestar assistência técnica a seus clientes, referente a máquinas fotocopiadoras por ela fabricadas, a Representada adota, nos contratos respectivos, cláusula que produz o efeito de compelir tais clientes à aquisição de materiais de consumo, também de fabricação da Representada.

Ou seja: em vista da redação da cláusula aludida, o cliente, seriamente receoso ante à perspectiva de suspensão da assistência técnica prestada pela Representada, não dispõe, de fato, de opção para adquirir material de consumo de outro fornecedor.

Tal prática, realizada pela Representada, com poder dominante no mercado, está comprovada nos autos, configurando a chamada "venda casada", e, como tal, capitulada no artigo 3º inciso VIII, da Lei nº 8.158, de 08.01.91.

De outra parte, a cláusula contratual referida, inibidora da concorrência, cria dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de outras empresas no setor de fornecimento de materiais de consumo de tais máquinas, bem assim limita ou impede o acesso de novas empresas, conclusão esta que se reforça pela prova colhida no processo.

A prática infringe, assim, também, os incisos II e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158, citada, bem como o art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137, de 10.09.62.

Por tais razões, e concordando plenamente com o brilhante parecer de autoria do Procurador do CADE, o eminente Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, VOTO pela procedência da Representação e consequente aplicação da multa, tal como fixada e motivada pelo ilustre Conselheiro-Relator, observadas, ainda, as determinações que integram a declaração de voto de S. Exa., eis que os autos não revelam a cessação da prática abusiva.

Brasília, 31 de março de 1993.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho