

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01/91

REPRESENTANTE: INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

REPRESENTADA: SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

DECISÃO

A unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado nos incisos VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158, de 18 de janeiro de 1991, bem como no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, condenada a Representada ao pagamento da multa no valor de Cr\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo de 10 (dez) dias contado da publicação da decisão. Foram ainda determinadas providências a serem tomadas pela Representada, nos termos do Voto do Relator.

Plenário do CADE, 28 de maio de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro-

Relator

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora

PARECER DO PROCURADOR

***Ementa:** Venda casada. Fotocopiadora. Contrato de assistência técnica. Material de consumo.*

A representante enviou a este Ministério correspondência onde manifestava com certas práticas comerciais da Sharp - Indústria e Comércio Ltda. Vencidas algumas providências preliminares, abriu-se o processo administrativo, com a notificação à representada, acompanhada de Nota Técnica, de 21 de março de 1991, assinada pela il. Chefe de Divisão do então Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, Dra. Lázara Cotrin.

A Nota Técnica, após fazer um apanhado das acusações levantadas contra a Sharp, entende ter havido "subordinação da prestação do serviço de manutenção de máquina copiadora à aquisição dos acessórios e materiais de consumo". Afirma que a conduta encontra tipo no art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, IV, "b", da Lei nº 4.137/62 (fl. 40)

A Nota afirma que a violação decorreria da adoção de cláusula, em contrato de assistência técnica, com este teor:

"A Sharp não se responsabilizará pela execução dos serviços descritos no item 2 deste contrato, nos seguintes casos: (...)

d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora das especificações do fabricante constante do Manual de Instrução que acompanha o produto e que podem ser encontrados na SHARP ou em lojas especializadas em peças de reposição para aparelhos eletro-eletrônicos".

Ao ver do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, esta cláusula, na sua letra "d", não subtraiu o efeito pernicioso da redação anterior, substancialmente idêntica à atual, que guardava estes termos:

"d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora das especificações do fabricante".

A Nota que a subordinação da responsabilidade da SHARP pela manutenção das copiadoras ao uso exclusivo de seus materiais de consumo "conduz a uma subordinação da prestação do serviço de manutenção à aquisição desses bens" (fl. 39).

A defesa tece considerações sobre os limites constitucionais da ingerência do Estado na atividade econômica, para sustentar que o Estado não pode "afastar a livre empresa e a livre iniciativa, situação que,

frequentemente, ocorre por não estarem os agentes do Poder Público aptos a fixar os limites da intervenção estatal referida, circunstância que os leva a considerar como abuso do poder econômico meros atos de audácia mercantil e simples incursões no mundo dos negócios" (fl. 502).

Sobre o mérito da acusação de venda casada, afirma, de modo direto:

"O que a SHARP pretende é, apenas, exigir que se usem nos aparelhos eletrônicos que ela fabrica, peças de reposição que ela fabrica, para que os produtos fabricados funcionem adequadamente" (fl. 509).

O processo chega a este Conselho, entendendo a Secretaria de Direito Econômico caracterizada a infração prevista no art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91.

DISCUSSÃO

Não merece guarida a tese de que o Estado não possa punir os agentes econômicos em hipóteses como a que a Secretaria de Direito Econômico teve por comprovada neste feito. O art. 173, § 4º, da Constituição confere lastro à ação da Secretaria. Na espécie, o propósito do Estado não é o de embaraçar a livre iniciativa do agente econômico, mas justamente o de proteger tal valor, garantindo que as empresas não vejam frustrado o seu intento de atuar num mercado, por conta de comportamentos inadequados de outros.

É patente, nos autos, que a SHARP exige dos seus clientes, em contratos de manutenção de máquina copiadora, que somente adquiram material de consumo produzido pela SHARP. Isso se lê da franca assertiva, acima produzida, da própria representada. Percebe-se também do manual da fotocopiadora, que a defendente anexa aos autos (fl. 36), onde consta: "Para compra de material de consumo usar os seguintes produtos", elencando-se apenas produtos da SHARP. O manual não cuida de fornecer as especificações técnicas dos materiais de consumo admissíveis na máquina. Limita-se a indicar os produtos que a SHARP produz para as copadoras. O cliente vê-se, por esse modo, impossibilitado de escolhê-los de outros fabricantes. Além disso, inibe-se, pelo vínculo assim fabricado, que outras empresas surjam ou atuem no mercado de materiais de consumo utilizáveis em copadoras da Sharp.

Conforme sustentado em parecer no Processo Administrativo nº 23/91, semelhante espécie de procedimento é pernicioso à concorrência, merecendo censura.

Incumbe ao usuário da fotocopiadora obter o material de consumo que lhe convenha. A sua escolha não pode ser tolhida de modo injustificado. Está claro que se o material eleito se provar danoso ao equipamento, o fato poderá repercutir no contrato de assistência técnica. Não é razoável, porém, que a prestadora do serviço, de antemão, determine que apenas os produtos por ela fabricados possam ser empregados nas máquinas que fabrica. Quando muito, seria dado à defendente 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 danoso.

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. Não é dado à representada se valer dessa espécie de cláusula de conteúdo intimidativo da concorrência - atual ou potencial. A cláusula induz à aquisição de produto de consumo da mesma marca do aparelho, trazendo à balha a figura da venda casada.

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 *Nothorn Pacific Railway Co. vs. United States*, 356 US 1 (1958). O Juiz disse:

'Para 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, (...) 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 punido na base das leis proibindo retrições 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).

As características do tipo da legislação repressiva que veda a vinculação da venda de produtos ou serviços à compra de outros produtos ou serviços se acham presentes na espécie.

CONCLUSÃO

A cláusula contratual que induz ao consumo de produtos de fabricação da SHARP não se coaduna com as regras da 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, 12 de fevereiro de 1993.

Paulo Gustavo Gonet Branco

Procurador

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. representou ao departamento de Defesa ao Consumidor, em 6/9/90, contra SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., denunciando elevação abusiva de preços, por ocasião da renovação do contrato de assistência técnica e máquinas copiadoras, bem como a existência de cláusula no instrumento contratual que previa pagamento antecipado, em uma única parcela, pelos serviços de manutenção da máquina ao longo do ano. A Representante viu-se forçada a aceitar o contrato de vez que a Sharp era a única a dar manutenção às copiadoras de sua marca. Veio aos autos, com a representação, o contrato de fls. 02/03.

O Secretário de Direito Econômico notificou a Representada, com base na Medida Provisória nº 218, de 03 de setembro de 1990, para prestar

esclarecimentos acerca dos fatos que lhe foram imputados (fls.04), vindo aos autos as informações e documentos de fls. 05/08. Disse a Sharp que o aumento estava abaixo dos índices inflacionários, se observado fosse o INPC no período pertinente ao reajuste, e que o pagamento antecipado era opcional, podendo o cliente escolher o faturamento em trinta dias, hipótese em que o preço seria acrescido da taxa de juros de 17%. Rebate a alegação da Representante de que teria sido compelida a assinar o contrato, afirmando que a recusa do cliente em aceitar o instrumento não importa em negativa da Sharp em prestar o atendimento, porquanto o que lhe interessa é o desempenho de seus equipamentos no mercado.

As informações prestadas pela Sharp foram examinadas pela Coordenadoria de Pesquisa Econômica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, elaborando-se a Nota de fls.09/10, que conclui pela existência de cláusulas leoninas no contrato em questão, bem como a obrigatoriedade de se vincular o uso de material de consumo da marca Sharp à prestação de serviços de manutenção técnica. Sugere a Nota, por fim, que a questão seja analisada sob a ótica jurídica.

As fls 12/14 encontra-se o parecer da Coordenadoria Processual, sugerindo alterações no instrumento contratual, de sorte a promover o equilíbrio entre as partes contratantes. Ao seu final, conclui o parecer que o contrato atenta contra a ordem econômica, razão porque a Sharp deveria ser instada a esclarecer as questões levantadas contra o instrumento contratual que utiliza e a adaptá-lo às exigências legais.

Notificada, compareceu a Representada à Secretaria de Direito Econômico, onde tomou ciência das alterações que deveria efetuar no contrato em questão, sendo, ainda, alertada no sentido evitar reajustes lineares de preços, observando, ao invés, os custos variáveis. Foi também advertida quanto à cobrança ilegal de juros à taxa de 17%, tendo demonstrado novos cálculos de reajuste que importaram na diminuição do valor do contrato, mantido o pagamento em trinta dias. Comprometeu-se a enviar à Secretaria cópia da minuta do novo contrato, de acordo com as alterações propostas (fls. 16/17).

As providências adotadas pela Secretaria foram comunicadas à Representante, através do ofício de fls. 20.

Ao invés de apresentar a minuta do contrato com as alterações propostas pela Secretaria, a Sharp encaminhou o expediente de fls. 21/23, dizendo que o instrumento por ela adotado já guardava o devido equilíbrio entre as partes contratantes, mas que nos contratos futuros modificaria a cláusula pertinente à utilização de material de consumo na prestação de serviço de assistência técnica, transcrevendo a nova redação. Disse, ainda, que

a questão relativa à prorrogação dos contratos estava em estudo e que o percentual de juros que cobrava era bem inferior àquele que pagava às instituições financeiras, repassando aos contratantes apenas parte do valor respectivo. Informa, de outro lado, que inexistia qualquer legislação que determinasse o índice para reajuste de mão-de-obra.

Consideradas insuficientes as alterações propostas pela Representada, sugeriu o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, às fls. 24/26, fosse a Sharp outra vez notificada para apresentar a minuta do novo contrato em seu inteiro teor, o que foi feito pelo ofício de fls. 27.

A notificação se processou regularmente, tendo a Sharp apresentado os documentos de fls. 32/36, os quais foram analisados no parecer de fls. 37/40 que, considerando insuficiente as alterações promovidas pela Representada, no contrato de assistência da subordinação da prestação do serviço de assistência técnica à aquisição de materiais de consumo, fato que configuraria infração à ordem econômica, prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, e na alínea b, inciso IV do art. 2º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, sugeriu a instauração do devido processo administrativo, que foi feito pelo Diretor do DPDE (fls. 416 e 44).

A Representada, apesar de notificada da instauração do processo (fls. 42 e verso), manteve-se inerte, deixando transcorrer o prazo legal para oferecimento da defesa prévia.

O DPDE, dando continuidade às investigações, solicitou ao Departamento da Receita Federal relação completa das empresas inscritas no CGC, sob o código de atividade 52.12 Assistência técnica (fls. 48), bem como pediu à Sharp que lhe enviasse informações adicionais (fls. 49), vindo aos autos os documentos de fls. 51/468.

A fls. 469 solicitou o Diretor do DPDE parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, que enviou o documento de fls. 472/482.

As fls. 453/492 encontra-se o Relatório do DPDE, que serviu de suporte fático e legal para que o Diretor do Departamento encaminhasse os autos ao Secretário de Direito Econômico, por entender configurada a conduta abusiva prevista no art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91 (fls. 493).

Em seguida, determinou o Secretário de Direito Econômico a notificação da Representada para tomar ciência do relatório e oferecer defesa prévia (fls. 495).

Notificada regularmente (fls. 496/497), a Sharp defendeu-se com as razões de fls. 498/509. Em preliminar, ataca a instauração do processo, à falta de amparo constitucional, argumentando que inexistente no Brasil o contencioso administrativo. Inconstitucional também seria, de acordo com a defendente, a

própria Lei nº 8.158/91, de vez que o princípio da livre iniciativa, adotado pela Constituição, repele o dirigismo estatal e que somente as leis de mercado podem presidir as atividades empresariais. No mérito, diz que demonstrou não ter havido reajuste abusivo do valor do contrato e que até devolveu os juros que havia cobrado. Afirma que seu contrato de manutenção preserva os direitos dos eventuais consumidores das copiadoras Sharp, não contendo cláusulas abusivas. Insurgere-se contra o amplo poder que detém a Secretaria de Direito Econômico para interpretar as palavras "anomalias de comportamento dos setores econômicos", atribuindo o defeito da legislação à enorme carga de subjetivismo com que o funcionário aplica a norma. Justifica a exigência da utilização de material de consumo próprio na manutenção das máquinas com o argumento de que o material se limita a peças de reposição, e que estaria lesando o consumidor se não utilizasse peças originais. Impugna, por derradeiro, o enquadramento dos fatos no art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91, ao fundamento de que a autonomia da vontade, cristalizada nos contratos, não pode ser atingida pelo dirigismo econômico. Pede, ao final, o arquivamento do processo, por não terem sido comprovadas as infrações que lhe deram causa.

Com a defesa vieram os documentos de fls. 510/517

As fls. 518/532 está o Relatório Final do DPDE, onde são debatidos os argumentos de defesa da Representada, concluindo-se pela remessa dos autos ao Secretário de Direito Econômico, para os fins do art. 7º da Lei nº 8.158/91.

A fls. 533 despachou o Diretor do DPDE no sentido de se ter como procedente a representação, incurso a Sharp no art. 3º, inciso VII da Lei nº 8.158/91, de vez que patente a vinculação do serviço de manutenção técnica prestado pela Representada à aquisição do material de consumo da própria marca.

O Secretário de Direito Econômico acolheu o despacho do Diretor do DPDE, encaminhando o processo ao CADE para julgamento (fls. 535).

Neste Conselho o processo me veio distribuído, tendo eu solicitado a manifestação do Procurador do CADE.

As fls. 540/546 está o parecer do ilustre Procurador Paulo Gustavo Gonet Branco, que conclui pela existência de abuso do poder econômico, porquanto a cláusula contratual utilizada pela Representada induz ao consumo de produto da marca Sharp, não se coadunando com as regras da livre concorrência e de livre escolha dos consumidores, além de causar dificuldades à constituição e ao funcionamento de empresa concorrente. Por isso que a repudiada pelo legislador no art. 2º, I, "g" da Lei nº 4.137/62 e no art. 3º, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91.

É o relatório.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

Conselheiro Relator

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: DEFESA DA CONCORRÊNCIA. LEIS Nº 4.137/62 E Nº 8.158/91. SUBORDINAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À AQUISIÇÃO DE UM BEM. ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA MEDIANTE CRIAÇÃO DE DIFICULDADES À CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE EMPRESAS.

1. A prática de subordinação ou vinculação de prestação de serviço de assistência técnica a máquinas fotocopadoras à aquisição de produto a ser utilizado naqueles serviços é prejudicial à concorrência, pois impede que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou o serviço que melhor lhe convenha, disso decorrendo inevitáveis conseqüências para o mercado do produto vinculado, com a eliminação de concorrentes reais potenciais, em razão de dificuldades que se criam para o funcionamento ou desenvolvimento das empresas do setor. Conduta abusiva do poder econômico prevista no art. 2º, inciso I, alínea "g", da Lei nº 4.137/62 e no art. 3º, incisos VIII e XVI da Lei nº 8.158/91. Procedência da representação e condenação da Representada à multa de CR\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros). Determinada a cessação da prática abusiva.

VOTO

1. Em preliminar, insurge-se a defendente contra o próprio processo de apuração de infração contra a ordem econômica, ao infundado argumento da inconstitucionalidade das leis de repressão ao abuso do poder econômico.

Se é certo, como afirma, que a livre iniciativa é o princípio fundamental da ordem econômica, certa também é a assertiva de que a livre concorrência se constitui em princípio diretor daquela mesma ordem. Se ao particular é assegurado o direito de exercer atividades econômicas, ao Estado é mandado reprimir o abuso do poder econômico, que atenta contra a liberdade que tem toda pessoa física ou jurídica de exercer aquelas atividades.

O princípio da livre iniciativa só pode ser entendido de forma integrada ao princípio da livre concorrência, pois a liberdade de iniciativa só se exerce num mercado em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos.

Essa teologia das leis de repressão ao abuso do poder econômico, que tal não se apercebeu a defendente. O Estado Moderno se faz presente para assegurar a livre iniciativa e promover a liberdade de mercado, pois já não mais se recebe, como Adam Smith, que a mão invisível conduza à solução de todos os problemas causados pela atuação dos agentes econômicos.

O Brasil, como país capitalista que se insere entre as grandes economias do mundo, tem seus instrumentos e mecanismos de controle e repressão ao abuso do poder econômico. O que aqui se faz, apenas para surpresa da defendente, não é diverso do que se faz alhures. Os Representantes não têm, necessariamente, de ser empresa nacional, podendo representar qualquer pessoa, física ou jurídica, que se sinta prejudicada em razão de prática restritiva da concorrência.

Por outro lado, aqueles a quem a lei confere competência investigatória não são "transmudados hermeneutas", como pensa a defendente, mas sim agentes públicos, zelosos de sua função, a qual buscam desempenhar nos estritos termos da lei, mesmo que isso lhes custe desmesuras e alusões infundadas da parte dos indiciados.

2. A conduta abusiva que se imputa à Sharp neste processo é a de subordinar a prestação de um serviço à aquisição de um bem, prática que estaria consubstanciada em cláusula do contrato de adesão que utiliza para assistência técnica a máquinas copadoras (fls. 02/03).

Na cláusula em questão lê-se:

"4-LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

4.1. A SHARP não se responsabilizará pela execução dos serviços descritos no item 2 deste contrato, nos seguintes casos:

d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora de especificações do fabricante.

No item 2 do contrato referido na cláusula acima transcrita pode-se ler:

2. EXTENSÃO E MODALIDADE DO CONTRATO

2.1.A SHARP compromete-se a manter em perfeitas condições do funcionamento a(s) máquinas aludida(s) do quadro D - campo 1, incluindo:

a) visitas periódicas de manutenção preventiva na (s) máquina (s) mencionada (s) no quadro D - campo 1, e quantificada (s) no campo 2- coluna MP ou 2A MP, que poderão ou não coincidir com os chamados do CLIENTE;

b) manutenção corretiva, mediante chamados do CLIENTE, para a eliminação de eventuais defeitos.

2.2. As visitas de manutenção preventiva ou corretiva dar-se-ão, sempre durante o expediente normal de serviços da SHARP, conforme especificado no quadro D - campo 3.

2.3. Na execução de serviços de manutenção, as trocas de peças que se fizerem necessárias estão inclusas no preço ajustado no presente contrato, excluídas as referidas no quadro C, as quais, quando necessárias, serão substituídas ao preço de lista da Sharp vigente na época.

2.4. As manutenções serão executadas por técnicos aptos para atender as especificações da copiadora. As peças substituídas são as originais e as ferramentas utilizadas pelos técnicos as recomendadas pelo fabricante.

Verifica-se a leitura das cláusulas transcritas que a SHARP não se responsabiliza pelos serviços de manutenção técnica quando forem utilizados materiais de consumo que não atendam as suas especificações. Vejamos que as especificações são essas.

A fls. 36 está o documento "CONSERVAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO", que constitui uma das páginas do Manual de Instrução citada na cláusula relativa à limitação de responsabilidade que a Sharp fez inserir na minuta de contrato que apresentou ao DPDE (fls. 32/35). Vê-se ali que não há especificação de material de consumo, mas apenas uma relação de materiais de marca Sharp. São esses os únicos materiais que o cliente Sharp poderá adquirir para que a Representada possa se responsabilizar pelos serviços que presta.

O que ocorre, na verdade é que os materiais de consumo estão expressamente excluídos do contrato de manutenção, conforme se pode verificar do quadro C do contrato, sendo faturados separadamente, numa clara demonstração de vinculação do serviço ao produto, que deverá ser adquirido pelo cliente, com exclusão de qualquer outro (fls. 03).

A isenção de responsabilidade que a Sharp se advoga é certamente uma maneira disfarçada, mas não pouco comum, de impor os materiais de sua marca e seus clientes, os quais, sem poder exercer sua livre opção, são levados a adquirir produto Sharp, ainda que outro melhor ou de igual qualidade,

porém mais barato, exista no mercado. A vinculação elimina, certamente, concorrentes reais ou potenciais, conferindo à Sharp, via de consequência, o poder de fixar os preços de seu material de consumo acima dos níveis de competição, podendo auferir, com a conduta, lucros arbitrários.

3. Como se constata de leitura dos autos, a fls 478, o mercado global de locação e manutenção de máquinas copiadoras é fortemente concentrado, com as seguintes participações relativas:

Xerox	77,7%
Nashua	7,2%
Triunfo	6,1%
Sharp	3,5%
Outras	5,5%

A questão de vinculação dos serviços de assistência técnica à aquisição de material de consumo torna-se ainda mais crítica, quando se verifica em mercado oligopolístico, onde a firma dominante também adota a mesma conduta.

Refiro-me à empresa Xerox que, em razão de prática idêntica àquela aqui investigada, foi condenada por este Egrégio Conselho, no Processo Administrativo nº 23/91, em que foram representantes empresas prestadoras de serviços de assistência técnica a máquina fotocopadoras e firmas representantes e fabricantes de material de consumo.

Não há como deixar de considerar as evidentes barreiras erguida por esse tipo de conduta no mercado de materiais de consumo. Consta do parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia (fls. 480), que diversas empresas, tanto fabricantes e locadoras de fotocopadoras, quanto prestadoras de serviços de assistência técnica e comerciantes de material de consumo, atuam no mercado de importação de revelador para máquinas copiadoras. O volume de importações, segundo o mesmo parecer, atingiu, em 1990, a cifra de quase um milhão de dólares americanos, cifra esta que quase triplicou em 1991. Trata-se, pois, de mercado ainda pequeno, mas com potencial de crescimento, estimulado, aliás, pela política de abertura comercial que objetiva precipuamente, a exposição do mercado nacional à competitividade internacional, ensejando, também, o ingresso de novos concorrentes.

A prática de vinculação de produto a serviço, que vem sendo adotada pela Representada, é prejudicial à concorrência, inibindo a expansão desse mercado, de vez que os fabricantes de copiadoras, que também as vendem ou alugam, aproveitando-se do poder de mercado que detêm na

prestação de serviços de assistência técnica aos equipamentos de fabricação própria, utilizam esses serviços, como produto vinculante, para impor à sua clientela a aquisição de produto vinculado - o material de consumo. Como consequência inevitável, as empresas que apenas produzem ou comercializam toner, revelador e demais materiais, não terão condições de permanecer neste mercado, nem novas empresas nele ingressarão, à mais absoluta falta de compradores, já que a clientela dos locadores ou vendedores de fotocopiadoras está presa a um contrato que lhes impede a escolha livre daqueles produtos.

4. Está evidenciado que o cliente Sharp, para obter os serviços de manutenção de máquina copiadora, é induzido a adquirir o material de consumo.

No entanto, é de se indagar se essa conduta da Representada seria de alguma forma justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja, a manutenção da livre concorrência.

Há razões plausíveis para se acreditar que a Sharp, praticando essa vinculação, não teria o objetivo de dominar o mercado de serviços de manutenção de máquinas copadoras de sua marca ou o de materiais de consumo, eliminando concorrentes ou dificultando-lhes a atuação?

Não me parece que a Sharp estivesse, com a vinculação, a oferecer qualquer vantagem ao contratante, como por exemplo, um desconto no preço do produto vinculado, assegurada, porém, a liberdade de escolha do comprador. Do instrumento-padrão vê-se que o preço do produto vinculado é cobrado à parte dos serviços de manutenção; que o valor pago pela assistência técnica anual está limitado ao número máximo de 15.000 cópias por trimestre, cobrando-se, por cópia excedente àquela quantidade um custo adicional, sujeito a correção mensal; que cada 160.000 cópias, a copiadora há de ser submetida a revisão em laboratório, correndo as despesas por conta do cliente (fls. 03 e verso).

Nenhuma vantagem operacional é oferecida como contrapartida da vinculação ao contratante, a quem se nega o acesso ao material de consumo alternativo existente no mercado, através de expediente escuso como a isenção de responsabilidade pela qualidade dos serviços de manutenção, aliás, uma das poucas prestações a que se obriga a Representada no contrato.

Apenas um argumento ergue a Representada a seu favor: o de que a vinculação se refere apenas a peças de reposição, e que seria absurdo não fornecer ao consumidor as peças originais (fls. 508).

Ora, a Sharp bem sabe que não está a vincular peças de reposição, pois estas estão expressamente incluídas no preço de manutenção, conforme

se verifica da simples leitura, a fls. 03 verso, do item 2.3 da cláusula segunda, verbis:

"2.3. Na execução do serviços de manutenção, as trocas de peças que se fizerem necessárias estão inclusas no preço ajustado no presente contrato, excluídas as referidas no quadro C, as quais, quando necessárias, serão substituídas ao preço de lista da SHARP, vigente na época."

Do mencionado quadro C (fls. 03), consta a seguinte relação de materiais e serviços, que não estão incluídos no preço da manutenção técnica: gabinetes, tampa do original, gavetas de papel, bandeja de saída de papel, vidro de originais, chave de bloqueio, reinstalações, locação de equipamento, toner, revelador, master, cartucho de óleo de silicone, kit de limpeza, kit de fusão, reformas, revisão a cada 160.000 cópias. Aí, vê-se, estão incluídos os produtos que a Sharp vincula aos seus serviços, pressionando seus clientes a adquiri-los.

A pressão sobre o contratante se faz maior ainda na medida em que o contrato dispõe que os defeitos provenientes do uso de materiais fora das especificações do fabricante - repita-se, os que não forem da marca Sharp - serão objeto de orçamento à parte (fls. 03 verso, 4.2).

Inexistindo qualquer vantagem para o contratante e cerceado este no seu direito de escolher outro produto, não se pode ter como razoável a conduta da Representada ao vincular o material de consumo ao serviço. A máquina copidora, no caso dos autos, como em tantos outros, não é de propriedade da Sharp, mas pertencente ao contratante a quem se retira e direito de comprar o produto que desejar utilizar em bem próprio.

Em reunião realizada na SDE (fls. 16/17), instada a cessar a prática abusiva, a alternativa que a Sharp, na carta de fls. 21/23, ofereceu para cláusula impugnada, deixa ainda mais evidente a vinculação do produto ao serviço:

d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora das especificações do fabricante constantes do Manual de Instrução que acompanha o produto e que podem ser encontrados na SHARP ou em lojas especializadas em peças de reposição para aparelhos eletro-eletrônicos.

Vê-se, pois, que o disfarce desta vez utilizado para a vinculação foi o oferecimento ao cliente da opção de adquirir o produto Sharp não apenas do prestador de serviço, mas de qualquer loja especializada.

O fato é que a defendente não aceita a ilicitude de sua conduta, não só porque desacredita as leis de repressão às práticas abusivas do poder

econômico, mas também porque entende que, no contrato, há de prevalecer sempre a vontade das partes.

Conforme já foi dito, o direito a um mercado livre da opressão de poderosos grupos econômicos é conquista do Estado Moderno, tratando-se, pois, de questão pacificada em todos os países industrializados, de regime capitalista, nos quatro cantos do mundo, e consagrada em nosso ordenamento jurídico há mais de meio século.

No tocante à prevalência da vontade das partes no contrato, é de se observar que o instrumento deve consubstanciar sempre um acordo de vontades, o que certamente não é o caso dos autos, haja vista a representação oferecida por quem não teve a oportunidade de manifestar a sua vontade no sentido de não adquirir material de consumo da marca Sharp. Ademais, nenhum pacto pode receber proteção jurídica quando dispuser de forma contrária aos princípios de ordem pública e atentar contra os valores que a ordem econômica busca preservar, dentre eles, o da livre concorrência.

6. A vinculação de produto a serviço ou vice-versa, conforme doutrina prevalente nacional e estrangeira, outro objetivo não tem que o de impedir que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou o serviço que melhor lhe convenha. A consequência inevitável dessa conduta é a restrição do mercado relativamente aos compradores do produto vinculado, eliminando-se concorrentes reais ou potenciais, pois cria dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento das empresas do setor.

Essa prática, no caso dos autos, induz o consumidor a acreditar que somente a prestadora de serviços técnicos dispõe do material de consumo adequado para a sua máquina e, muitas vezes, a aceitar a situação falaciosa de que somente a titular de marca detém as necessárias condições técnicas para realizar a manutenção. A Representante, conforme por ela própria alegado na representação, aceitou os termos do contrato, embora deles discordasse, porque acreditava que somente a Sharp realizava a manutenção das máquinas de sua fabricação.

Trata-se, pois, de conduta expressamente descrita como infração à ordem econômica, nos incisos VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, bem como no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 que, conforme bem salientado pelo ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, "não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores".

Afigura-se-me correto o entendimento do DPDE de que a conduta praticada pela Sharp, consubstanciada em cláusula de seus contratos de manutenção técnica que condiciona a prestação do serviço à aquisição de produto de sua marca, constitui infração à ordem econômica.

Isto posto, julgo procederte a representação. Assim, com base no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 08 de janeiro de 1990 e na Resolução CADE nº 02, de 21 de outubro de 1992, condeno Sharp Indústria e Comércio Ltda. a pagar a multa no valor de CR\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros), no prazo de dez dias contados da publicação desta decisão.

Na fixação da multa, cujo valor se acomoda entre os limites estabelecidos nos dispositivos citados, levo em consideração a reduzida participação relativa da Representada no mercado global de vendedores e locadores de fotocopiadoras. Considero, todavia, que a Sharp, não reconhecendo a ilicitude de sua conduta, deixou de atender à solicitação da Secretaria de Direito Econômico, no sentido de promover a alteração de cláusula contratual que contempla a vinculação do material de consumo à prestação do serviço, não havendo notícia nos autos de que a prática anticoncorrencial tenha cessado.

Determino, outrossim, nos termos dos arts. 43 e 44 da Lei nº 4.137/62, a imediata cessação da prática, pelo que deverá a Sharp, no prazo de trinta dias contados da publicação deste julgado, promover as necessárias adequações no texto do Manual de Instrução que acompanha o produto, referentes à especificações do material de consumo que poderá ser utilizado na prestação do serviço de manutenção, de sorte a não mais vincular os produtos que fabrica aos serviços que presta, e submetê-las ao CADE para aprovação.

Deverá, ainda, a Sharp informar a todos os seus clientes as especificações devidamente alteradas, no prazo de noventa dias contados da data em que o CADE notificar a Representada quanto à aprovação das adequações de que trata o parágrafo anterior.

Fica também notificada a Representada para, no prazo de dez dias contados da publicação deste julgado, manifestar, nos termos do art. 45 da Lei nº 4.137/62, sua disposição de realizar as providências ordenadas por este Conselho.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho
Conselheiro Relator

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

A Interchemical Indústria e Comércio Internacional Ltda. representou junto ao Departamento de Defesa do Consumidor, em 06/09/90, contra a Sharp Indústria e Comércio Ltda., denunciando a elevação abusiva de preço, por ocasião da renovação do contrato de assistência técnica a máquinas copiadoras, bem como a existência de cláusula no instrumento contratual que previa o pagamento antecipado, em uma única parcela, pelos serviços de manutenção da máquina ao longo do ano. A Representante viu-se forçada a aceitar o contrato de vez que a Sharp era a única a dar manutenção às copiadoras de sua marca.

Insurge-se a Representada, em preliminar, contra o próprio processo de apuração de infração contra a ordem econômica, ao infundado argumento da anticonstitucionalidade das leis de repressão ao abuso do poder econômico.

Estou de pleno acordo com o ilustre Conselheiro-Relator, quando afirma em seu bem fundado Voto, que "o princípio da livre iniciativa pode ser entendida de forma integrada ao princípio da livre concorrência, pois a liberdade de iniciativa só se exerce num mercado em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos".

Claro está na leitura dos autos que a questão central a ser julgada no presente processo administrativo é a vinculação dos serviços de assistência técnica à aquisição de material de consumo praticada pela Representada. Por idêntica prática adotada, a empresa Xerox do Brasil S.A., foi recentemente condenada por este Egrégio Conselho, no Processo Administrativo nº 23/91. Não podem ser desconsideradas as evidentes barreiras erguidas por esse tipo de conduta no mercado de materiais de consumo.

Estou convencido que a prática de vinculação de produto a serviço, que vem sendo adotada pela Representada é prejudicial à concorrência, inibindo a expansão desse mercado, de vez que os fabricantes de copiadoras, que também vendem ou alugam, aproveitando-se do poder de mercado que detêm na prestação de serviços de assistência técnica aos equipamentos de fabricação própria, utilizam esses serviços, como produto vinculante, para impor à sua clientela a aquisição do produto vinculado - o material de consumo.

Dessa forma, é inevitável que as empresas que apenas produzem ou comercializam toner, revelador e demais materiais, não terão capacidade de competir nesse mercado, nem as novas empresas terão condições de nele ingressar.

Fica evidente que o cliente Sharp, para obter os serviços de manutenção da máquina copiadora, é induzido a adquirir o material de

consumo. A vinculação de produto a serviço ou vice-versa impede quer o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou serviço que melhor lhe convenha. Essa conduta gera restrição do mercado em relação aos compradores de produto vinculado, visto que cria dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento das empresas que atuam no setor.

Trata-se, portanto, de conduta expressamente descrita como infração à ordem econômica, nos incisos VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, bem como no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137/62, a qual, conforme bem salientado no parecer proferido pelo il. Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, "não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores".

Afiguram-se-me corretas as conclusões do il. Conselheiro-Relator, que julgou procedente a representação, bem como condenou a Sharp Indústria e Comércio Ltda. a pagar a multa de Cr\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros), além do cumprimento das demais determinações contidas na parte final do mencionado Voto. Por assim entender, acompanho em todos os seus termos o Voto do Il. Conselheiro-Relator da matéria.

Este é o meu Voto.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO DE BARROS

Está patente nos contratos utilizados pela SHARP, para prestação de serviços de manutenção das máquinas copiadoras, a inserção de cláusulas que conduzem seus clientes a somente adquirir material de consumo de sua marca.

Conforme bem observado pelo ilustre Conselheiro Relator, o Manual do equipamento, ao referir-se às especificações dos materiais de consumo a serem utilizados, limita-se a indicar produtos que a SHARP fabrica para suas máquinas copiadoras, tolhendo de modo injustificado, a escolha de outro fornecedor.

Tal procedimento concorre, também, para a criação de um mercado cativo, inibindo o surgimento ou a atuação de outras empresas no mercado de materiais de consumo para máquinas copiadoras, ferindo, assim, as normas da livre concorrência, notadamente no que respeita ao art. 2º, item I, alínea "g" da Lei nº 4.137 e no art. 3º, item XVI, da Lei 8.158.

De igual modo, a referida cláusula contratual infringe o disposto no inciso VIII do art. 3º, da Lei nº 8.158/91, que trata da subordinação de venda à prestação de serviço, configurando a prática de venda casada.

Acompanho, portanto, o digno Conselheiro, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no mérito e em todos os termos do seu bem elaborado e consistente VOTO.

Marcelo Monteiro Soares

