



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer n.º 435 COGSE/SEAE/MF

Brasília, 08 de novembro de 2001.

Referência: Ofício no1990/99 MJ/SDE/GAB de 29 de abril de 1999.

Assunto: ADMINISTRATIVO
08012.008024/98-49
Representante: IOS – INFORMÁTICA ORGANIZAÇÃO E SISTEMAS LTDA.
Representadas: MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA e TBA INFORMÁTICA LTDA.

PROCESSO
n.º.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça informou à SEAE, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 8.884/94, parecer técnico referente à denúncia de práticas anticoncorrenciais apresentada por IOS INFORMÁTICA ORGANIZAÇÃO E SISTEMAS LTDA contra as empresas MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA e TBA INFORMÁTICA LTDA.

1. Das Empresas Envolvidas

1.1. Da Representante:

1. IOS INFORMÁTICA ORGANIZAÇÃO E SISTEMAS LTDA., doravante denominada IOS, é sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, com sede social em Brasília, cujo objeto social, dentre outras atividades, compreende a comercialização de programas de computador, de domínio próprio ou de terceiros, assim como a prestação de serviços técnicos de informática, inclusive aqueles relativos à implantação, operação e atualização desses programas e treinamento e apoio técnico

do pessoal usuário.

1.2. Das Representadas:

2. TBA INFORMÁTICA LTDA., doravante denominada TBA, é empresa comercial com sede em Brasília, que atua como provedora em soluções de tecnologias da informação e serviços que envolvam treinamento, consultoria, suporte técnico, desenvolvimento de sistemas, projetos de rede, acesso à Internet, projetos para Intranets, bem como integração Intranet/Internet.

3. MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA, doravante denominada MICROSOFT, é subsidiária brasileira da Microsoft Corporation com sede em São Paulo. Atua essencialmente em atividades de suporte a atividades de *marketing*, licenciamento e distribuição de produtos e soluções Microsoft no país, bem como prestação de serviços gerais de assessoria técnica e consultoria. Diferentemente do que ocorre nas demais subsidiárias Microsoft no mundo, no Brasil não ocorre a venda direta de produtos, assim como também não se dá o faturamento local de tais vendas.

2. Da acusação:

4. Resumidamente, a representante acusa as representadas da prática das condutas a seguir arroladas:

- a) limitar ou dificultar o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente ou adquirente no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;
- b) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- c) impor, sem justa causa, preços excessivos, agregando serviços que poderiam ser executados por qualquer empresa no Brasil.

Além das condutas supra relacionadas, imputa à MICROSOFT:

- d) Dividir o mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;

- e) Dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais, em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais.

5. Segundo a Representante, tais condutas teriam sido desencadeadas em face de uma modalidade de contrato adotada pela MICROSOFT, o contrato SELECT.

6. O referido contrato consiste numa modalidade aplicável a grandes usuários, como as organizações empresariais privadas e os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta. Mediante o citado instrumento, a MICROSOFT credencia os revendedores de grandes contas, então chamados de Large Account Ressellers - LAR, como potenciais revendedores das licenças de uso de seus produtos, cabendo aos mesmos o faturamento advindo da venda das aludidas licenças. Assim sendo, resta claro que a MICROSOFT não realiza vendas diretas.

7. Entretanto, a Representante aduz ser o supramencionado contrato anticoncorrencial, uma vez que segundo a representada, as regras de credenciamento fixadas pela MICROSOFT estariam favorecendo exclusivamente a TBA no que tange à venda de licenças no Distrito Federal, especificamente no âmbito da Administração Pública.

8. Com vistas a promover um relato mais detalhado do teor da representação que deu origem ao presente Processo Administrativo, este Parecer apresenta as seguintes alegações de fato, efetuadas por parte da Representante:

1. A IOS afirma que a comercialização dos produtos Microsoft era feita sob contratos SELECT, aplicados ao atendimento de grandes usuários. A Microsoft credencia Revendedores de Grandes Contas (LAR) que adquirem as licenças de uso dos produtos Microsoft e podem comercializá-los sob faturamento em seu próprio nome junto aos grandes usuários. Segundo a IOS, não havia nenhuma restrição expressa a que os LARs competissem junto aos grandes usuários na oferta de produtos Microsoft. A clientela ótima desses produtos sob contrato SELECT era constituída pelos órgãos e entidades da Administração Pública, cujas compras deveriam se submeter a processo licitatório do tipo técnica e preço¹.
2. Com fulcro em cartas enviadas pela MICROSOFT à órgãos da Administração Pública, cujo teor consiste na declaração de que a TBA “é a única empresa credenciada junto à Microsoft Corporation e indicada com exclusividade para atuar como LAR, representando a Microsoft Corporation, sob o contrato SELECT program (...)”, a IOS afirma ter a Microsoft esmerado-se na criação e aperfeiçoamento de práticas comerciais em

¹ Fls. 531.

benefício exclusivo de uma única empresa, assegurando-lhe a exclusividade na operacionalização dos contratos do tipo SELECT junto a entidades governamentais federais e do governo do Distrito Federal, com sede no DF.

3. Também sustenta que de nada adiantavam os investimentos e esforços dos revendedores do Distrito Federal em melhoria de equipamentos, recursos humanos qualificados, esforço de venda dos produtos Microsoft e do levantamento de necessidades de programas de computador e de serviços técnicos de informática e correlatos de entidades ou órgãos públicos, a título de cativar a preferência de certo cliente governamental. Isto por que, cabia à Microsoft e não ao futuro consumidor a escolha do revendedor, uma vez que a partir da avaliação de seus próprios critérios internos, exarava o aval final quanto à formalização ou não dos contratos tipo SELECT. Querendo dizer que, sem a anuência da MICROSOFT, nenhum contrato se concluiria. Deste modo, sugere que haveria uma ação em favor da TBA no que concerne às aquisições estatais projetadas no DF².
4. Segundo a IOS, ante sua reivindicação para participar do fornecimento ao mercado estatal no DF, a Microsoft pediu que se esperasse pela definição de uma política de credenciamento de LARs que estaria em elaboração. Em 14.08.1998, a Microsoft definiu referida política, que passou a prever três categorias de LARs: Specialist LAR, Regional LAR e Direct LAR. Ressaltando que a primeira categoria não mais existe.
5. O Regional LAR, por sua vez, seria a categoria que segundo a Representante, limitaria geograficamente a atuação das demais concorrentes no ramo de venda. O Regional é livre para negociar contratos em uma determinada UF do país, mediante apresentação do perfil corporativo. A aprovação do contrato é realizada pelo gerente regional da Microsoft responsável pela UF em questão. O contrato deve ser encaminhado previamente para análise pela Microsoft antes que a oferta seja encaminhada ao cliente corporativo.
6. Ademais, destaca a IOS dois dos requisitos ao credenciamento como Regional LAR no Distrito Federal. O primeiro diz respeito ao cliente, que deve contar com uma base instalada de equipamentos do tipo PC de 32 bits com 1000 unidades, para o contrato SELECT Master, e com 200 PCs para o contrato SELECT Enrollment. O segundo requisito diz respeito ao revendedor que deveria ter um faturamento anual no período de junho de 1996 a junho de 1997 da ordem de US\$ 4 milhões no DF³.
7. A IOS afirma que na época em que definiram-se os critérios de qualificação dos Regional LAR, apenas a TBA alcançara autorização para revender produtos Microsoft sob contrato SELECT no Distrito Federal. Isso por que, tais critérios teriam sido fixados *ex post*, exigindo, por exemplo, patamares de vendas de períodos já encerrados. Dessa maneira, sugere a Representante que o aludido requisito de faturamento anual fora um artifício para excluir do

² Fls. 532.

³ Fls.533.

mercado do Distrito Federal a atuação de todos os outros Regional LARs credenciados nos demais estados⁴.

8. Relata, também, que após celebrar contrato administrativo de quatro anos com a INFRAERO, em novembro de 1996, à época na condição de Specialist LAR, passou a sofrer pressões⁵ da diretoria de negócios corporativos da Microsoft no sentido de ter referido contrato interrompido e ineficaz, uma vez que o contrato Select que credenciava a IOS como LAR por dois anos, já havia expirado em junho de 1998. Diante disso, sugere a IOS que tal ação caracterizaria a forma abusiva com que a Microsoft a tratava, já que o fato de finalizar prestação de serviço objeto de contrato administrativo, ainda que no decurso da referida obrigação, haja o descredenciamento do revendedor, não implicaria na renovação tácita do expirado contrato Select entre IOS e Microsoft⁶. Ressaltando que ao final, a Microsoft anuiu que a Representante concluísse dada prestação contratual, antes de renovado o contrato SELECT.
9. Além disso, diz que a Microsoft por inúmeras vezes praticou atos em favor da TBA, citando como exemplo: o descredenciamento de outro LAR durante a realização de licitação promovida pela CEMIG, assim como o custeio parcial promovido pela a Microsoft, em razão da desvalorização cambial no início de 1999, a qual teria afetado os contratos da TBA com órgãos e entidades federais. Essas práticas, segundo a IOS, caracterizariam uma conspiração existente entre a Microsoft e a TBA para impedir o acesso de outras empresas ao mercado estatal federal e do DF. Essa conspiração provocaria danos à concorrência por causa dos requisitos de pontos para os clientes dos contratos SELECT e o prazo de duração dos contratos (de dois anos renováveis por mais dois) que impedem o funcionamento da IOS e de outras empresas privadas. Na referida carta à DATAPREV, a Microsoft tentaria favorecer a TBA, a despeito da existência de outros LARs Microsoft sediados no Rio de Janeiro⁷.
10. Por fim, afirma que a conspiração existente teria como efeito a imposição de preços superfaturados pela TBA aos órgãos da Administração Pública Federal. A fim de reforçar tal assertiva, promoveu a juntada de relatórios de auditoria⁸, onde são apontadas distorções de preços nos contratos administrativos realizados entre a TBA e SERPRO, CEF, INSS e ECT. Tais clientes, na opinião da Representante, teriam sido vítimas da falta de opção quanto a aquisição de produtos Microsoft sob condições mais vantajosas.

⁴ Fls.534.

⁵ Vide carta enviada pela Microsoft à IOS em 20/09/01(em anexo).

⁶ Fls.535.

⁷ Fls. 537.

⁸ Vide relatório Boucinhas & Campos.

3. Da Defesa:

3.1. TBA

- i. Em 24 de maio de 1999, TBA apresentou sua defesa.
- ii. Após a síntese dos fatos⁹, requereu pela: inépcia da representação, inconstitucionalidade do processo administrativo, inexistência de peça acusatória, nulidade do despacho de instauração do processo, inexistência de indício de prova, não realização de averiguação preliminar, ilegitimidade da TBA com relação a prática de impedir o acesso de concorrentes ao mercado e não configuração de nenhum dos ilícitos indicados no despacho instaurador do presente processo.
- iii. Superada as preliminares, passa a definir o mercado relevante objeto da representação, como aquele em que se inserem os produtos Microsoft comercializados pela TBA junto aos órgãos e empresas públicas localizadas no Distrito Federal.
- iv. Segundo a Representada, comporiam o mercado relevante do produto, os *softwares* e serviços associados aptos a desempenharem as mesmas funções realizadas pelos programas da Microsoft. As diferentes linhas de produtos envolvidos são: aplicativos, servidores/sistemas e banco de dados. Afirma, também, existir flexibilidade da oferta, uma vez que “o desenvolvimento e produção de *software* exige tão somente ‘dotação de capital intelectual’, e um *player* não terá grandes obstáculos para criação de produtos cuja demanda seja atraente. Em consequência, são altamente contestáveis os mercados, sendo de rigor reconhecer que a mais adequada delimitação, quanto ao produto relevante, é a de *software* e serviços associados”.
- v. Com relação ao mercado relevante geográfico, sustenta ser o mundial, vez que as aquisições se dão, inclusive, via Internet, a um custo de transporte praticamente nulo. Afirma, ainda, que os clientes de grande porte têm elevado poder de barganha e requerem condições especiais na aquisição dos aludidos produtos. De modo que, além do contrato SELECT, via pela qual grandes corporações adquirem produtos Microsoft, há ainda outras formas de aquisição a serem utilizadas por este tipo de clientes. Cita, como exemplo, o pacote MOLP, atual OPEN, que consiste na comercialização de licenças propriamente ditas. Em conclusão, afirma que o mercado relevante de *software* e serviços associados é internacional, caracterizado por estrutura largamente competitiva.
- vi. No que tange à acusação de limitar acesso e/ou funcionamento de empresas concorrentes no mercado relevante, afirma ser parte ilegítima, sob o argumento de que as restrições verticais “não-preço” não são ilícitos per se, podendo ser geradoras de eficiências econômicas. Demais disso, sustenta que a atuação da TBA não seria suficiente para criar dificuldade de acesso,

⁹ Fls.154 e seguintes.

funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente, já que a Representada apenas revende e distribui produtos Microsoft, não sendo, portanto, da sua alçada definir quem será ou não distribuidor.

- vii. Também, aduz¹⁰ não prejudicar a concorrência por não ser concorrente no mercado de *software*. Segundo a Representada, a concorrência em dado mercado se dá entre as grandes vendedoras de programas. Os clientes não escolhem revendedor, mas sim, a marca Microsoft, que concorre com as demais empresas de *software*. Diz ainda, que todos os concorrentes operam no mercado através de revendedores especializados e que a colocação de intermediários não reduz a concorrência entre os produtores de *software*. Destaca em seguida, que o CADE “já decidiu expressamente que as questões envolvendo distribuição, desde que o mercado continue atendido, constitui questão de direito meramente privado, nada tendo a ver com o direito da concorrência”.
- viii. Alega¹¹ que a TBA não tem dentro do mercado relevante composto por Microsoft, IBM, Oracle, Novell, dentre outras, poder de mercado para exercer qualquer forma de influência. Destaca ainda, que a Microsoft deve ter reconhecido o direito de escolher aqueles que em seu nome vão atuar, em razão da grande responsabilidade que tal escolha acarreta. E que os atuais requisitos LAR são aplicados tanto aos novos postulantes à condição de revendedor Microsoft, como também àqueles LARs já credenciados, não ficando os mesmos isentos de periódicas chamadas a título de se realizar recadastramento, sob pena de descredenciamento daquele que não fazer juz aos padrões oportunamente estabelecidos. Posteriormente, afirma não existir combinação de preços entre as representadas, uma vez que não há relação de concorrência entre as mesmas.
- ix. No que concerne à acusação de prática de preços abusivos, afirma¹² a impossibilidade de tal prática, pois pratica preço de varejo estimado pela Microsoft (Estimated Retail Price), cujo patamar é sugerido e expresso em dólar americano, sem contar os tributos locais. Afirma que a acusação fora alicerçada em relatórios desenvolvidos por empresas de auditoria¹³, cuja fonte de dados encontra-se em documentos obtidos de forma irregular. Ademais, sustenta que possíveis divergências de valores advindas de eventuais provas a serem produzidas encontram-se devidas a outros fatores, tais como variação cambial, uma vez que os contratos, embora firmados em moeda nacional, têm como referência o dólar norte-americano. No mesmo sentido, alega que em vários contratos foram considerados também os serviços de “customização” dos programas adquiridos, sempre com a qualidade certificada pela produtora, serviços estes compreendidos como os de adequação dos produtos fornecidos, às necessidades específicas demandadas pelos clientes corporativos. Neste sentido, aduziu que a

¹⁰ Fls. 174.

¹¹ Fls. 176.

¹² Fls. 177.

¹³ Soltz, Matoso & Mendes Auditores Independentes e Boucinhas e Campos Auditores Independentes.

comparação do licenciamento puro com o licenciamento acoplado aos serviços “customizados” tende a acarretar resultados equivocados.

- x. Por fim, ressalta que a unicidade de credenciamento detida, temporariamente, pela TBA é tão somente para a comercialização mediante o contrato SELECT, e que os produtos da Microsoft podem ser adquiridos por qualquer pessoa física ou jurídica junto à rede de comercialização da Microsoft por meio de outras modalidades que não o SELECT. Essas outras modalidades são comercializadas livremente, inclusive no Distrito Federal, e os preços praticados pelas demais revendas constituem natural limitador dos preços praticados na modalidade SELECT.

3.2. MICROSOFT

- i. Em 9 de junho de 1999, Microsoft apresentou a sua defesa.
- ii. Após esposar fatos e algumas considerações sobre o processo administrativo e a averiguação preliminar que lhe deu causa, passou a análise de mérito¹⁴ apontando o que se segue.
- iii. Inicialmente, define a Microsoft Informática como subsidiária da Microsoft Corporation no Brasil, atuante no ramo de suporte a atividades de *marketing*, licenciamento e distribuição de produtos e soluções Microsoft, bem como de prestação de serviços gerais de assessoria técnica e consultoria. Aduz que o modelo mundial de negócios da Microsoft Corporation fundamenta-se na venda de produtos nos diversos países em que atua mediante uma bem montada rede de distribuidores, revendedores e empresas certificadas, que se encarregam da comercialização dos produtos, bem como da prestação de serviços nas áreas de desenvolvimento, integração, suporte e treinamento. Dessa maneira, as vendas de produtos Microsoft se dão mundialmente de forma indireta, nos moldes da estrutura de negócios ditada pela matriz norte-americana.
- iv. A respeito do mercado relevante em tela, a Microsoft afirma¹⁵ atuar nos segmentos econômicos de computadores e *software*. No segmento de computadores, cita como principais players: IBM, Hitachi e Hewlett Packard, nessa ordem, contando a Microsoft Corporation com uma participação de apenas 1,5% do mercado em termos de faturamento. No mercado de *software*, percebe um mercado fragmentado e a concorrência acirrada. Afirma¹⁶ haver mais de 10.000 empresas de *software* só nos Estados Unidos, além de muitas outras espalhadas pelo mundo, sendo que as vinte maiores editoras de *software* independentes são responsáveis por apenas 42% dos rendimentos totais do mercado de *software*. A Microsoft responde por 5% dos rendimentos globais no mercado de *software*. No mercado de sistemas operacionais, afirma que operam diversas empresas de

¹⁴ Fls. 192.

¹⁵ Fls. 193.

¹⁶ Fls. 194.

forma competitiva e que oferecem uma vasta gama de aplicativos e substitutos aos programas Microsoft. Sustenta¹⁷ que no segmento específico de *software* para computadores pessoais, existe intensa concorrência quanto à criatividade, inovação e investimentos despendidos pelas empresas, objetivando, sempre, o lançamento de novos produtos. Divide essa categoria em: (i) banco de dados, (ii) correios eletrônicos, (iii) serviços on-line, (iv) planilhas de cálculos, (v) processadores de texto, (vi) *software* de multimídia (vii) rede local e vários outros aplicativos.

- v. Ademais, cita exemplos¹⁸ de novas empresas atuantes no segmento de sistemas operacionais, como o caso da norte americana PSION, sugerindo ausência de barreiras a entrada de novos concorrentes. Segundo a Representada, basta qualidade e criatividade para que se atinja posição de destaque no mercado de *software*.
- vi. Com relação à dimensão geográfica do mercado, delimita-o como sendo o do Distrito Federal, especificamente, no que concerne às vendas de produtos Microsoft aos órgãos governamentais. Segundo a Microsoft, tais vendas seriam locais, partindo da premissa que, ainda que as compras realizadas por entidades governamentais com sede em Brasília abasteçam outros estados, o que se deve considerar é que a aquisição dos produtos e serviços se dera no âmbito do Distrito Federal.
- vii. Quanto ao modelo de negócios Microsoft, afirma¹⁹ a Representada não praticar venda direta de seus produtos, mas sim, por meio de sua rede de distribuidores. No Brasil, diz possuir três distribuidores não exclusivos que, juntamente com os Direct LARs, adquirem produtos da Microsoft. Esclarece, além disso, que só determina o preço de revenda dos produtos aos distribuidores, não controlando, por sua vez, a margem de lucro dos revendedores, que depende da negociação destes com os distribuidores.
- viii. No que diz respeito às vendas corporativas, aponta-as²⁰ como constituindo 30% do faturamento da Microsoft no Brasil, sendo que o contrato SELECT abasteceria somente as grandes corporações com mais de 1.000 equipamentos do tipo PC. Como vantagens do contrato SELECT, estaria a possibilidade das empresas reduzirem custos de implantação de seus sistemas de informática, na medida em que adquirirem o direito de usar *software* Microsoft, com acesso instantâneo a toda linha atualizada de produtos da empresa. Além disso, por ter prazo de duração de dois anos, o referido contrato permitiu também uma melhor programação e organização dos sistemas de informática das empresas, que adquiriram o direito de receber programas novos e atualizações de *software*, tão logo fossem lançados. Ainda sobre o contrato SELECT, afirma que o mesmo não representa qualquer empecilho ao cliente que queira adquirir produtos Microsoft, seja pela rede de revenda, seja pelo sistema OPEN. Ressalta que nesta modalidade, os pacotes OPEN correspondentes têm os mesmos

¹⁷ Fls. 195.

¹⁸ Fls. 196.

¹⁹ Fls. 197.

²⁰ Fls. 198.

atributos do contrato SELECT, porém sem comportarem um prazo determinado e tampouco o requisito mínimo de 1.000 PCs instalados. Desta forma, sugere a existência de mais de uma via de compra no Distrito Federal, que não a TBA.

- ix. A respeito da operacionalização dos contratos SELECT, explica que a mesma se dá através dos LARs, em face da grande responsabilidade perante o cliente, especialmente na fase de implantação dos *softwares* adquiridos, no treinamento das pessoas que irão operar os computadores e na assistência técnica permanente que o contrato demanda. Essa responsabilidade recai não apenas sobre o LAR, mas também sobre a Representada, na medida em que um atendimento ineficiente ao cliente possa resultar em dano imediato e irreparável à imagem da Microsoft. Optando pelo contrato SELECT, a Microsoft e o cliente assinam o “Microsoft Select Master Agreement”, onde se especifica, entre outras coisas, qual o LAR responsável pela implantação do contrato. À Representada cabe apenas o credenciamento prévio do revendedor como LAR, em conformidade com o padrão por ela estipulado, o qual abrangerá desde a estrutura financeira e comercial, até a técnica suficiente ao atendimento de grandes corporações. Após a escolha e qualificação do LAR, este e a Microsoft assinam o “Large Account Reseller Agreement”, em que se estabelece: (i) a base territorial em que o LAR nomeado irá atuar, (ii) que os preços pagos ao distribuidor pelas licenças e pelos produtos adquiridos à Microsoft Corporation, serão sempre aqueles estabelecidos na tabela publicada pela Microsoft Corporation e disponível a todos os distribuidores e LARs na Internet; e (iii) que o preço negociado entre revendedor e cliente não estará sujeito à aprovação ou revisão pela Microsoft. Sob tais fundamentos, a Representada pretende demonstrar não possuir qualquer controle sobre a política comercial, bem como sobre preços praticados pelos revendedores junto a seus clientes.
- x. Afirma²¹ que, num contexto mundial, a seleção da Microsoft para habilitação de revendedor é feita com base na análise objetiva de três fatores, a saber: (i) infra-estrutura de serviços, (ii) infra-estrutura comercial e (iii) capacidade financeira. Tais critérios são estabelecidos pela Microsoft em âmbito mundial, e recebem adaptações regionais tendo em vista as especificidades de cada país. Diante disso, alega que o desenvolvimento das atividades da Microsoft no País, atrelado ao crescimento do número de parceiros, foi fator determinante do tratamento mais rigoroso quanto à disciplina dos critérios de qualificação dos LARs. Ademais, a consolidação dos critérios de habilitação, nos dizeres da Representada, coincidiu e também justificou-se em função do alto nível de inadimplência de revendedores de produtos de informática ocorrido em 1997.
- xi. Outrossim, cita a doutrina e jurisprudência internacional norte-americana e europeia no sentido de anuir à adoção de critérios seletivos de escolha de distribuidores e revendedores. Conforme a Representada, tais critérios têm sido considerados legais e válidos, se envolverem requisitos essencialmente qualitativos.

²¹ Fls. 203.

- xii. Com respeito ao número de revendedores admitidos em cada estado da federação, afirma²² não existir qualquer restrição, desde que atingidos os critérios técnicos para habilitação. Quanto aos mencionados critérios, admite a grande mobilidade quanto à qualificação e desqualificação, uma vez que tais análises são feitas semestralmente.
- xiii. Com relação ao credenciamento da TBA como LAR, justifica-o²³ com base no histórico da empresa como revendedora de produtos de informática, em sua estrutura de pessoal e qualificação técnica e financeira, afirmando que tais critérios continuam vigentes, de modo que qualquer empresa que os satisfaça estará apta a atuar como revendedora no âmbito Distrito Federal.
- xiv. Sobre a acusação de divisão do mercado, argumenta²⁴ que não é empresa concorrente da TBA, e, portanto, não pode ser acusada de tal prática. Sob o aspecto da atuação regional dos LARs, aduz²⁵ ser esta delimitação decorrente do fato de que é imprescindível a proximidade do revendedor, como o servidor, do cliente corporativo que o contratou. Conforme afirmou a Representada, referida necessidade decorre da própria natureza de atuação do LAR que, além de revendedor também atua como prestador de serviços, em função de consultoria e como parceiro de seus clientes. Entretanto, não existe concessão de exclusividade em nenhuma unidade da federação, elencando como exemplos os estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.
- xv. Quanto à acusação de limitar ou dificultar o acesso ou funcionamento de empresa concorrente, afirma que tal não ocorreu, vez que as grandes empresas no mercado de informática já estavam presentes no País antes da entrada da própria Microsoft, com atuação inclusive no Distrito Federal.
- xvi. Com relação à acusação de combinação de preços e ajustamento de vantagens em concorrência pública ou administrativa, sustenta não auferir qualquer tipo de vantagem ou lucro pelos preços praticados entre o LAR e os clientes corporativos governamentais. Reitera²⁶ que todo o processo de escolha feito pela Administração Pública, que resultou na padronização para a utilização de alguns *softwares* Microsoft, é regularmente verificado e aprovado por suas assessorias jurídicas e pelo próprio Tribunal de Contas da União.
- xvii. Por fim, sobre a acusação de dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais, em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais, alega que apenas exerce seu direito de escolher parceiros, que melhor atendam à filosofia e aos objetivos da empresa e que, uma vez comprovados tais critérios, qualquer revendedor será habilitado a atuar como LAR em qualquer região do país. Nesse sentido, cita que, à data da defesa,

²² Fls. 208.

²³ Fls. 218.

²⁴ Fls. 221.

²⁵ Fls. 222.

²⁶ Fls. 223.

contava com 23 (vinte e três) LARs, cuja atuação compreende diversos estados do país.

4. Análise Preliminar das Condutas Imputadas

9. O Despacho do Secretário de Direito Econômico nº. 214, do dia 12 de abril de 1999, instaurador do Processo Administrativo ora em análise, determina a apuração das seguintes práticas anticoncorrenciais:

- Com relação à Microsoft Informática Ltda:
 - (a) dividir o mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;
 - (b) limitar ou dificultar o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente ou adquirente, no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;
 - (c) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
 - (d) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais, em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
 - (e) impor sem justa causa, preços excessivos.

Estas condutas se enquadram, respectivamente, nos incisos III, IV e V, VIII, XIV e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94, c/c o art. 20, incisos I, III e IV da mesma lei.

- Com relação à TBA

- (f) limitar ou dificultar o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;
- (g) combinar previamente preços ou ajustar vantagens em concorrência pública ou administrativa;

(h) impor, sem justa causa, preços excessivos, agregando serviços que poderiam ser executados por qualquer empresa no Brasil.

Estas condutas se enquadram, respectivamente, nos incisos IV e V, VIII e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94, c/c o art. 20, incisos I, II, III e IV da mesma lei.

10. Tendo como base os fatos descritos no item anterior deste parecer, e que ensejaram a instauração deste Processo Administrativo tem-se que a questão a ser analisada relaciona-se ao sistema de credenciamento de revendas da Microsoft que atendem ao mercado corporativo, mais especificamente na imposição de restrição territorial imposta por esta empresa aos seus revendedores. Os LAR's, de acordo com a política adotada pela Microsoft, são credenciados para operar apenas em determinada unidade da federação.

11. Sob o ponto de vista da concorrência, o estabelecimento de critérios para o credenciamento de revendedores pela Microsoft, associado ao estabelecimento de restrição territorial, configura potenciais danos anticoncorrenciais, na medida em que o LAR adquire posição privilegiada na relação comercial, como é o caso da TBA – único LAR credenciado para operar no Distrito Federal.

12. A conduta imputada à Microsoft descrita na letra (a) decorre da própria restrição territorial imposta por ela aos seus revendedores, impondo a atuação exclusiva de uma determinada revenda no Distrito Federal. A Microsoft, ao celebrar o contrato Large Account Reseller Agreement com determinada empresa, credencia-a como LAR apenas em uma das unidades da federação, ou seja, o LAR terá permissão somente para atuar naquela região onde foi credenciado. Dessa forma, ao estabelecer tal restrição a Microsoft divide o mercado de revenda de seus produtos entre os LAR's credenciados.

13. Quanto às condutas descritas nas letras (b) e (d), estas decorrem dos critérios exigidos pela Microsoft no credenciamento de LAR's. As alterações ocorridas nos critérios de credenciamento, especialmente as introduzidas em 14 de agosto de 1998 mediante carta enviada pela Microsoft aos LAR's e os candidatos a tal categoria, ampliando os requisitos exigidos e definindo critérios *ex post*, e exigindo a obtenção de determinados patamares de vendas em períodos já encerrados, tendem a concentrar as estruturas de mercado das revendas corporativas de produtos Microsoft e cristalizar a situação de dominância nas regiões em que esta estrutura já está presente, privilegiando

determinadas revendedoras.

14. Deve-se destacar que não configura ilícito antitruste a imposição de critérios para o credenciamento de revendedoras. É perfeitamente possível o estabelecimento de condições pela Microsoft a serem atendidos pelas interessadas em trabalhar com ela. É uma tendência que decorre da preocupação de grandes empresas em garantir aos seus clientes certos padrões de qualidade. No entanto, tal conduta pode passar a adquirir caráter ilícito, na medida em que a estipulação dos critérios tendem a beneficiar determinada empresa em detrimento de outras, restringindo o acesso de empresas interessadas no credenciamento, ou ainda dificultando ou rompendo a continuidade e o desenvolvimento de relações comerciais já estabelecidas.

15. Quanto à conduta da letra (c) deve-se considerar dois aspectos relevantes: 1) TBA – único LAR credenciado no Distrito Federal para operar com Contratos SELECT; 2) agilização do procedimento licitatório.

16. Sendo a TBA o único LAR credenciado pela Microsoft no Distrito Federal, e existindo a restrição territorial à qual estão sujeitos todos os LAR's, conclui-se que serão inexigíveis as licitações públicas para aquisições que ocorram no Distrito Federal, uma vez escolhida a plataforma Microsoft pelo administrador público, em virtude da impossibilidade de se estabelecer competição entre os fornecedores. Note-se ainda que o processo de contratação direta pela Administração é muito mais célere que o procedimento licitatório²⁷.

17. Sabe-se que cartas conferindo exclusividade à TBA no atendimento ao setor público foram emitidas pela Microsoft. Embora a TBA não seja contratualmente revendedora exclusiva da Microsoft, está claro que de fato a TBA detinha essa característica, na medida em que era o único LAR habilitado pela Microsoft na região do Distrito Federal.

18. Fica patente, então, que os benefícios advindos de tal situação alcançam tanto a Microsoft quanto a TBA. Detentora de exclusividade, a TBA teria garantida a venda de certo volume, além de deter um poder maior de discricionariedade na fixação do preço cobrado à Administração. A Microsoft ganharia em maior agilidade, uma vez que a licitação seria inviável.

19. A última acusação imputada à Microsoft, descrita na letra (e), não procede, uma

vez que a Microsoft não interfere na fixação dos preços dos seus revendedores, apenas estabelece os preços que o distribuidor pagará pelas licenças e pelos produtos, conforme tabela estabelecida pela Microsoft Corporation, e cujo valores constantes não foram questionados neste Processo Administrativo.

20. No que se refere à primeira conduta imputada à TBA, descrita na letra (a), a empresa não tem poder para impedir o acesso de um concorrente ao mercado de revenda de produtos Microsoft e de prestação de serviços associados. Esse poder é claramente da Microsoft. Portanto, é insustentável tal acusação à TBA.

21. Quanto ao disposto na letra (b), remete-se ao mesmo argumento que foi desenvolvido em parágrafos anteriores, ao tratar dessa acusação com relação à Microsoft.

22. Finalmente, quanto à possibilidade de imposição de preços excessivos, conduta descrita na letra (c), devem-se considerar três aspectos que podem facilitar tal prática: 1) TBA - única empresa credenciada como LAR no Distrito Federal; 2) restrição territorial dos LAR's; 3) não interferência da Microsoft na fixação dos preços de revenda estipulados pelos LAR's aos consumidores finais.

5. Caracterização do Poder de Mercado da Microsoft

5.1 - Definição do Mercado Relevante

23. A jurisprudência brasileira requer, para a caracterização de uma conduta como anticompetitiva, que se avaliem os fatos relevantes segundo a “regra da razão”, ou “princípio da razoabilidade”, ou seja, que se leve em consideração os custos e os benefícios econômicos gerados pela prática. Assim, do ponto de vista da análise econômica, são condenáveis como anticompetitivas as condutas que geram efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar econômico da sociedade.

24. A análise prossegue, assim, pela determinação dos mercados relevantes para o caso em questão, a identificação das condutas que vêm sendo praticadas e uma avaliação preliminar dos efeitos líquidos destas condutas, com vistas a caracterizá-las como

²⁷ O Anexo I a este parecer, intitulado “A Especificidade do Processo Licitatório”, apresenta uma análise detalhada do procedimento licitatório brasileiro, bem como uma comparação com sistemas semelhantes em outros países.

anticompetitivas ou não.

(a) Mercado Relevante

25. Modernamente, considera-se que um produto deve ser definido pela totalidade de suas características e não apenas por suas propriedades físicas ou organolépticas. Bens em diferentes momentos, datas, localidades, quantidades, qualidades e estados da natureza são considerados produtos distintos, independentemente do fato de suas propriedades físicas e organolépticas serem, ou não, idênticas²⁸.

26. Definir se produtos distintos participam ou não de um mesmo mercado, depende basicamente do que se estabeleça como o menor valor de elasticidade cruzada da demanda para produtos participantes de um mesmo mercado. De outra forma, a delimitação do mercado relevante depende do que se considere o grau de substituição mínimo entre produtos que venham a compor um único mercado.

27. Na análise antitruste, costuma-se analisar duas dimensões de substitutibilidade entre bens: a do produto e a geográfica. O método usualmente aplicado para avaliar o grau de substituição entre produtos e localidades e, com isso, definir o mercado relevante, é o teste do monopolista hipotético (TMH).²⁹

28. Como já foi estabelecido, o objeto da denúncia se refere a condutas impróprias na comercialização de diversas categorias de *softwares* (sistemas operacionais³⁰ e aplicativos³¹ para *desktop* e servidores³²).

29. Existem, entretanto, algumas especificidades derivadas da própria natureza técnica

²⁸ Cf. Parecer Seae n. 11 de 2/2/2000, referente ao PA 08012.003303/98-25, sendo a representada a empresa Phillip Morris.

²⁹ A esse respeito, ver o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, Portaria MF No 39 da Seae/MF.

³⁰ Um sistema operacional é um programa de computador que controla as funções essenciais da máquina, tais como o acesso ao *hardware* (processador, discos, impressoras, monitores e outros). Sem ele, os programas aplicativos seriam inúteis, pois é ele que permite que através das chamadas APIs (*application programming interfaces*) os aplicativos tenham acesso ao hardware. Cada sistema operacional utiliza um certo conjunto próprio de APIs, e portanto os aplicativos devem utilizar das mesmas APIs para serem compatíveis com o sistema operacional.

³¹ Os aplicativos são programas de computador que apresentam funcionalidades das mais diversas para seus usuários, tais como processadores de texto, planilhas eletrônicas, bancos de dados, programas de apresentação etc. Conquanto nos primórdios da chamada “computação pessoal” tais programas tenham sido comercializados individualmente, a tendência moderna é pela sua integração em “suítes”, pacotes que, em diversas formatações ou “edições”, oferecem vários aplicativos, em geral com a vantagem de grande ou total integração e compatibilidade entre eles.

³² Terminologia emanada da assim chamada filosofia “cliente-servidor”. É costume referir-se a “*desktop*” quando se quer falar de uma máquina isolada. Já um servidor é uma máquina que gerencia uma rede de

do *software* enquanto produto que são de grande importância para a análise antitruste. Estas especificidades serão conceituadas a seguir, pois trata-se de um caso onde evidentemente certas características usuais do produto *software* são fundamentais para o bom entendimento da análise da conduta que se fará no decorrer deste parecer.

30. Em primeiro lugar é importante esclarecer o conceito de **sistema**³³. Um sistema é um conjunto de elementos de *hardware*, *software* e tecnologia de rede sobre a qual um usuário constrói e executa aplicações de seu interesse. Os sistemas se diferenciam, então, pelo grau de compatibilidade existente entre eles; diferentes sistemas definem diferentes **plataformas de computador**. As plataformas, em geral, possuem componentes intercambiáveis, os quais podem ser adquiridos de vários fabricantes. Pode-se pensar então o conjunto de sistemas pertencentes a uma determinada plataforma (isto é, com alto grau de compatibilidade entre si) como uma **rede**³⁴.

31. Também é útil considerar que, do ponto de vista do usuário, o valor total do produto de *software* decorre de duas fontes³⁵: a primeira é o seu **valor de autarquia**, ou seja, o valor intrínseco do produto. Por exemplo, uma planilha eletrônica tem valor intrínseco pois pode ser usada para fazer cálculos; já um aparelho de fax, por si só, pouco valor tem para o usuário. A segunda fonte de valor é o **valor de sincronia**, decorrente do uso do mesmo produto por outras pessoas. Nesse caso, o valor de sincronia de uma planilha decorre da possibilidade de se trocar arquivos com outros usuários do mesmo *software*; já um aparelho de fax praticamente só tem valor de sincronia, pois apenas se torna útil se utilizado em uma rede em que existam outros proprietários de máquinas de fax. A existência do valor de sincronia gera o chamado **efeito de rede**³⁶: o valor, para

computadores e permite a troca de informações entre eles, possibilitando várias aplicações, tais como troca de mensagens, troca de documentos, trabalho cooperativo etc.

³³ Tratamos aqui de “sistema” na sua acepção mais ampla, e não apenas de sistemas operacionais.

³⁴ Embora hoje o termo “rede” seja mais usado para denominar a interligação de computadores, tais como as chamadas redes locais, estamos usando rede aqui em uma acepção mais genérica. As redes podem ser classificadas de muitas formas, a depender do tipo de assunto que se quer tratar; por exemplo, existem as redes de mão única (por exemplo, a rede elétrica) e as redes de mão dupla (por exemplo, a rede telefônica). Para a análise antitruste da indústria do *software* importa considerar a distinção entre as redes **físicas**, ou seja, que possuem interligação física ou direta, como no caso das redes telefônicas, e as redes **virtuais**, como a rede formada pelo conjunto de usuários de um mesmo *software*, que podem trocar arquivos entres si. (Cf. Katz, M. e Shapiro, C. “Antitrust in Software Markets”, Progress and Freedom Foundation, september 1998)

³⁵ Vide Liebowitz, S. J. e Margolis, S. E. “Network Externalities (Effects)”, <http://www.pub.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/network.htm>

³⁶ Alguns autores usam indiferentemente os termos “efeito de rede” e “externalidade de rede”. Autores como Liebowitz e Margolis (Cf. Liebowitz, S. J. e Margolis, S. E. “Network Externality: An Uncommon Tragedy”, Journal of Economic Perspectives, vol. 8, number 2, Spring 1994), e são críticos do uso do termo “externalidade”, já que no caso do *software* a externalidade não existiria já que seria internalizada pelo fabricante do *software*. Outros, como White, mantém fidelidade à noção de externalidades de rede,

um usuário, de estar presente em determinada rede, aumenta quanto maior o número de pessoas que a ela estão conectadas.

32. Os produtos de *software* são também altamente **diferenciados**, podendo muitas vezes ter funcionalidades apenas parcialmente similares; além disso o *software* é um **bem durável**, que não se desgasta com o uso; portanto, conquanto não se possa dizer que exista um mercado para *softwares* “usados” (consideração típica a se fazer no caso de bens duráveis), é claro que um usuário, colocado diante da opção de comprar a nova versão de um *software*, sempre terá a alternativa de continuar usando a versão antiga.

(a.i) A Dimensão Produto

33. A fim de melhor caracterizar a dimensão produto do mercado relevante a ser definido, convém situar os produtos e serviços identificados na denúncia dentro de um quadro mais abrangente.

34. Como se sabe, a chamada “revolução informática”³⁷ teve origem na década de 70³⁸, quando a Intel³⁹ desenvolveu os primeiros kits de chips com processadores completos⁴⁰. Em 1974, criaram-se o chip Intel 8080, e os primeiros computadores baseados nesta plataforma, tais como o Altair 8800. Em 1975, Bill Gates cria a Microsoft (então Micro-Soft), e em 1976 Steve Jobs e Steve Wozniack criam a Apple e iniciam a venda do Apple I, que veio a ser talvez o primeiro grande sucesso de vendas em termos de microcomputadores. Em 1981, a Microsoft começa a trabalhar na

pelo menos no caso das redes de mão dupla (Cf. White, L. J. “U.S. Public Policy Toward Network Industries”, New York Center for Law and Business, Working Paper #CLB-08-019, May 1998). Embora a disputa prossiga, diversos autores já começam a utilizar outros termos, tais como por exemplo “economias de escala do lado da demanda”. (Cf. Katz, M. e Shapiro, C. “Antitrust in Software Markets”)
³⁷ Rigorosamente, a revolução informática propriamente dita teria começado no pós-guerra com a invenção dos primeiros computadores (como o UNIVAC e o ENIAC). Esses foram os ancestrais dos “mainframes”, os grandes computadores que habitaram os CPD’s (centros de processamento de dados) das grandes empresas, dos anos 50 até praticamente fins da década de 80 e meados dos anos 90, período em que grandes empresas, principalmente a IBM, dominaram os mercados de *hardware* e *software*. Neste parágrafo estamos tratando, deveras, da revolução da computação pessoal, cujo avanço tecnológico fê-la transbordar para o mundo corporativo, como veremos adiante.

³⁸ Nosso interesse aqui está centrado nas datas onde apareceram os produtos mais comerciais. De fato, no *front* da pesquisa, já em 1968 Douglas C. Engelbart, do Stanford Research Institute, demonstrara um sistema com teclado, mouse e uma interface próxima ao Windows na Joint Computer Conference em São Francisco, Califórnia. Ele também demonstrou as utilidades de um processador de texto e de um sistema de hipertexto.

³⁹ Empresa produtora de *microchips* para computador, entre outros produtos.

⁴⁰ Em particular, o 8008 em 1972 e o lendário 8080 em 1974.

interface Windows⁴¹ (que então não era ainda um sistema operacional e sim um programa que tornava o uso do computador mais “amigável” para o usuário comum), e a IBM lançou seu computador pessoal, que se tornou um padrão de *hardware* aberto e viabilizou a chamada “plataforma Wintel” (Windows + Intel). O ritmo subsequente da inovação tecnológica tornou os microcomputadores cada vez mais baratos⁴², viabilizando a expansão da chamada “computação pessoal”, e transformando o computador em mais um eletrodoméstico. No *front* corporativo, os microcomputadores tiveram também acolhida crescente, até que no final dos anos 80 o surgimento e subsequente desenvolvimento da filosofia cliente-servidor fez com que o uso de microcomputadores nas empresas chegasse aos patamares hoje verificados, com muitas empresas substituindo seus “*mainframes*”⁴³ por servidores⁴⁴ conectados em rede a dezenas, centenas ou mesmo milhares de computadores⁴⁵.

35. Do ponto de vista do *software*, os sistemas operacionais que se tornaram mais comuns surgiram em 1973 (CP/M⁴⁶) e 1980 (DOS⁴⁷), com o Windows transformando-se em sistema operacional em 1993 (Windows NT). As aplicações padrão mais populares também surgiram entre as décadas de 70 e 80, com os primeiros processadores de texto surgindo em 1972 (AES), 1976 (Electric Pencil) e 1979 (WordStar); outros aplicativos do período foram o Visicalc (planilha eletrônica), que surgiu em 1979, e o dBase II (banco de dados), surgido em 1981. Em 1983 surgiu o processador de texto da Microsoft, o Word, compatível com o sistema operacional

⁴¹ Então chamado “Interface Manager”, e só rebatizado de Windows em 1983, quando de sua apresentação formal ao mercado, a conselho de um consultor de marketing. Mas só veio a ser comercializado realmente em 1985, a US\$ 100 a cópia nos EUA.

⁴² Graças à famigerada “Lei de Moore” segundo o qual a capacidade dos microprocessadores dobra a cada 18 meses. Performances ainda mais radicais foram exibidas nos segmentos de armazenamento e transmissão de dados, com o efeito geral de queda apreciável dos preços destes equipamentos.

⁴³ Os *mainframes* são os grandes computadores, herdeiros diretos da filosofia dos primeiros computadores do pós guerra, onde todo o processamento de dados e armazenamento de memória é centralizado em uma máquina central e os terminais que permitem acesso e controle aos processos são meros canais de comunicação com a máquina central. Este foi o modelo onde cresceram gigantes como IBM e Unisys (antiga Burroughs), e que na verdade ainda é bastante usado nos dias de hoje, em grande medida devido ao grande custo de migração dos chamados “sistemas legados” (sob a forma de milhares e milhares de linhas de código de *software* desenvolvido para *mainframes*, além de arquivos em formatos específicos) para os *softwares* existentes na arquitetura cliente-servidor.

⁴⁴ Os chamados “servidores” são computadores mais robustos que controlam o compartilhamento de recursos pelos outros computadores conectados na rede; entretanto, o processamento via de regra é realizado nos “clientes”, ou computadores periféricos, que estão conectados à rede, e não pelos servidores.

⁴⁵ Particularmente notável, aliás, é o próprio desaparecimento do termo “microcomputador”, denotando a extensão de sua utilização até o ponto onde passou a ser identificado com a própria idéia de computador.

⁴⁶ Gary Kildall, da Microcomputer Applications Associates.

⁴⁷ Na verdade, 1980 foi o ano em que a Microsoft comprou os direitos sobre o DOS da firma que o inventara, a SCP.

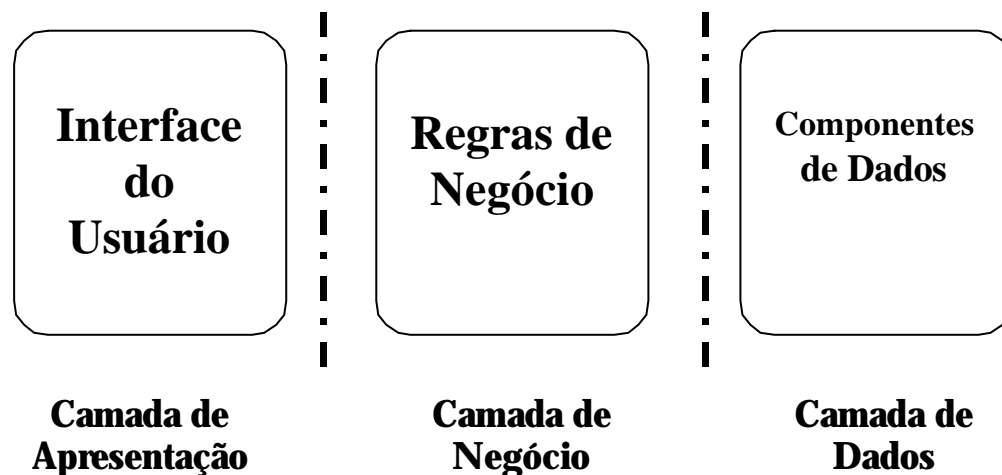
DOS. Outros grandes sucessos do período foram o Lotus 1-2-3 (planilha eletrônica) e o WordPerfect (processador de texto).

36. Quanto aos aplicativos de *desktop* da Microsoft dirigidos à plataforma Windows⁴⁸, sua primeira aplicação de peso apareceu em 1987, sob a forma da planilha eletrônica Excel. Em 1989 surgiu a suite⁴⁹ Office, e em 1992, o banco de dados Access para Windows. Outras empresas colocam no mercado *softwares* semelhantes (por exemplo, o SmartSuite da IBM e o StarOffice da Sun), também compatíveis com Windows.

37. Quanto aos mercados de sistemas operacionais e aplicativos para servidores, nota-se que estes são mais complexos e necessitam de um enquadramento mais abrangente.

38. Uma forma conveniente de se situar os mercados de sistemas operacionais e aplicativos para servidores é utilizar a terminologia prescrita por uma das metodologias que presidem o desenvolvimento de soluções corporativas, *locus* principal de utilização dos mercados para servidores. A metodologia mais popular hoje em dia, a do modelo em camadas, compreende a definição de três “camadas” distintas, que abrigam *softwares* de natureza distinta e destinam-se a objetivos diferenciados. A figura a seguir procura esquematizar esta metodologia⁵⁰.

Projeto de Sistemas pelo Modelo de Camadas



⁴⁸ Para uma cronologia da Microsoft, veja <http://www-cs-students.stanford.edu/~kkoster/microsoft/chronology.html>

⁴⁹ Uma *suite* é um pacote que agrega vários aplicativos. O Microsoft Office, por exemplo, é fornecido em diversas “edições”, dependendo dos aplicativos que contém. A configuração mais popular é a que contém o processador de texto, a planilha eletrônica, o banco de dados, um *software* de apresentação - no caso da Microsoft, o Powerpoint).

⁵⁰ A rigor, esta metodologia, embora possa descrever muito bem o funcionamento de uma rede corporativa interna, já incorpora também a realidade da existência da Internet, onde as várias redes

39. A primeira camada ou camada de apresentação é aquela responsável pela interface com os usuários. A segunda camada é a camada de negócio, onde residem as “regras de negócio”, ou seja, os diversos algoritmos que processarão os dados acessados pelo usuário. Finalmente, a terceira e última camada é a de dados, onde estão os *softwares* que permitem a manipulação e gestão dos diversos bancos de dados utilizados pelas aplicações. Fisicamente, em geral a camada de apresentação é disponibilizada na máquina do usuário, enquanto as outras duas camadas residem no(s) servidor(es).

40. Da mesma forma do que no caso dos *desktops*, existem sistemas operacionais específicos para o gerenciamento de redes, além de uma infinidade de utilitários que auxiliam neste gerenciamento. Tais sistemas operacionais permeiam o funcionamento das três camadas⁵¹. No que diz respeito aos aplicativos, que são executados via de regra nas camadas de negócio e de dados, pode-se dizer que existe uma grande variedade deles, desde o gerenciamento de bancos de dados, extração e confecção de relatórios, *softwares* de comunicação e gerenciamento de fluxo de trabalho, e vários outros.

41. No que diz respeito aos formatos de comercialização destes produtos (essencialmente, o licenciamento dos *softwares*), pode-se dizer que as estratégias seguidas são as mais variadas. Enquanto a Microsoft, por exemplo, comercializa seus produtos unicamente através de uma ampla rede de distribuidores e revendas, sendo estas últimas bastante diferenciadas quanto ao tipo de proposta comercial que podem oferecer aos seus clientes (diferenciação esta, no caso da rede de revendas da Microsoft, baseada em critérios mercadológicos e técnicos), outros produtores de *software* adotam uma estratégia mista, utilizando em certa medida revendas, mas também com ampla atuação direta, como a Oracle e a IBM, por exemplo.

42. Assim, a Seae considera que os **mercados relevantes de produto** diretamente afetados pela conduta são: 1) os de licenciamento de sistemas operacionais e aplicativos utilizados pelos usuários em máquinas isoladas (os chamados *desktops*) e 2) os de licenciamento de sistemas operacionais e aplicativos dedicados a servidores. No primeiro mercado, o teste do monopolista hipotético é realizado imaginando-se um usuário que acessa um computador para utilizar-se de determinadas funcionalidades. No

corporativas comunicam-se entre si através da infraestrutura global de comunicações a qual chamamos Internet.

⁵¹ Tecnicamente, é evidente que o sistema operacional na camada de apresentação é um sistema operacional de *desktop* que está sendo executado no cliente que está acessando a rede. O acesso à rede

segundo mercado, o teste do monopolista hipotético deve ser realizado imaginando-se um usuário que precisa de um conjunto de *softwares* de servidor que dê suporte às funcionalidades que deseja ver disponibilizadas para uma rede de computadores. Em ambos os casos, os produtos substitutos aos produtos comercializados pela Microsoft e revendidos pela TBA (as edições apropriadas do sistema operacional Windows e da suite Office, bem como outros aplicativos da Microsoft) seriam os *softwares* disponíveis no mercado que emulam as funcionalidades proporcionadas pelos *softwares* para *desktop* e servidores da Microsoft.

43. Uma consideração adicional a ser feita diz respeito às condições específicas da negociação entre Microsoft, a TBA e o comprador, no caso, o governo federal. Em virtude da exclusividade conferida pela Microsoft à TBA/DF para vendas aos órgãos e entidades da administração pública federal, das especificidades do processo licitatório⁵² e também pelo fato da própria acusação remeter-se ao mercado governamental, é conveniente restringir o mercado relevante em análise às oportunidades de vendas restritas ao governo federal.

(a.ii) A Dimensão Geográfica

44. Quanto ao **mercado relevante geográfico**, no caso dos mercados de *softwares* para *desktops* e para servidores, a Seae o define como sendo o mercado nacional. Embora hoje em dia já exista a possibilidade técnica de aquisição à distância, muitas vezes com efetivação da transação por computador e *download* pela própria Internet. No entanto, resta a questão da localização na língua nativa (neste caso obviamente o português), o que pode ser considerado no mercado uma barreira significativa.

45. Além do mais, especificamente no que diz respeito aos *softwares* para o ambiente servidor, os procedimentos de instalação podem ser mais complicados, exigindo um acompanhamento por parte do vendedor ou seu representante.

46. Isto posto, esta Seae define como mercado relevante a ser considerado no caso do Processo Administrativo é o de licenciamento de sistemas operacionais e aplicativos

propriamente dito, entretanto, só é viável porque existe o sistema operacional de rede sendo executado no servidor.

⁵² Para um maior detalhamento do procedimento licitatório, veja o Anexo I a este parecer.

para *desktops* e servidores, em nível nacional, para o governo federal.

5.2 - Condições para o Exercício do Poder de Mercado

5.2.1 - Possibilidade de Exercício do Poder de Mercado

47. Um dado preliminar e fundamental para averiguar se a possibilidade de exercício de poder de mercado é a magnitude dos *market-shares* no mercado em análise. No caso da Microsoft, os dados de interesse são as participações de mercado dos seus sistemas operacionais e aplicativos, tanto no segmento *desktop* quanto no segmento servidor.

48. Esta Seae não dispõe de dados específicos sobre o *market-share* no mercado governamental, mas acredita-se que os dados sobre participação no mercado privado são uma *proxy* conveniente para a análise.

49. O mercado nacional de sistemas operacionais para *desktops* (ou seja, clientes) é o que se mostra na tabela a seguir:

	1999	2000
MS WINDOWS	97	97
UNIX E FAMÍLIA (LINUX)	2	2
OUTROS	1	1

Fonte: Fundação Getúlio Vargas

50. Já o mercado nacional de aplicativos para *desktops* é o que se segue nas próximas tabelas, nos respectivos segmentos:

A) PROCESSADORES DE TEXTO

	1999	2000	2001
MS WORD	95.5	95.5	96
IBM LOTUS	2.5	2.5	2
STAR OFFICE	1	1	1
OUTROS	1	1	1

B) PLANILHAS ELETRONICAS

	1999	2000	2001
MS EXCEL	92	93	94
IBM LOTUS	7	5	4
STAR OFFICE	0.5	1	1
OUTROS	0.5	1	1

C) GRÁFICOS E APRESENTAÇÕES

	1999	2000	2001
MS POWERPOINT	93	94	95
FREELANCE	3	2	2
OUTROS	4	4	3

D) SUITES INTEGRADAS

	1999	2000	2001
MS OFFICE	93	94	94
LOTUS	3	2	2
STAR OFFICE	1	1.5	2
OUTROS	3	2.5	2

Fonte: Fundação Getúlio Vargas

51. O mercado nacional de *softwares* para servidores também mostra a grande proeminência da Microsoft, como podemos ver nas tabelas abaixo, para os segmentos mais expressivos deste mercado:

A) BANCO DE DADOS

	1999	2000	2001
MS ACCESS	51	54	54
ORACLE	12.5	12.5	13
MS SQL	7	9	10
XBASE	14	10	9
PROGRESS	5	5	4
OUTROS	10.5	9.5	10
COMBINADO MSFT	58	63	64

B) GROUPWARE

	1999	2000	2001
LOTUS NOTES	56	55	53
MS EXCHANGE	37	40	42
NOVELL GROUPWISE	4	3	3
OUTROS	3	2	2

C) CORREIO ELETRÔNICO

	1999	2000	2001
MS	47	52	53
LOTUS	36	32	31
NOVELL GROUPWISE	4	4	5
EUDORA	4	3	2
OUTROS	9	9	9

Fonte: Fundação Getúlio Vargas

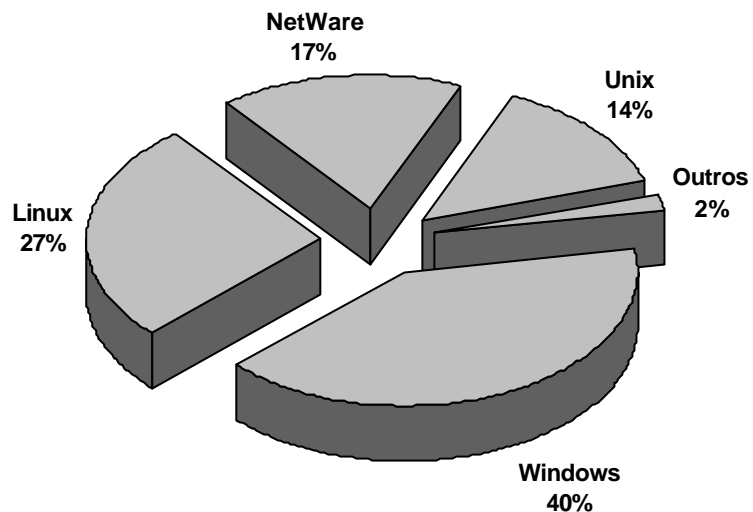
52. Quanto ao mercado nacional de sistemas operacionais para servidores, os dados são os seguintes:

	2000	2001
NETWARE	7.2	8.1
NT	42.1	51.6
UNIX	44.9	35.2
LINUX	3	3.9
OPEN VMS	0.0	0.0
OS/400	0.5	0.8
OS/390	0.2	0
OUTROS	2	0.5

Fonte: Fundação Getúlio Vargas

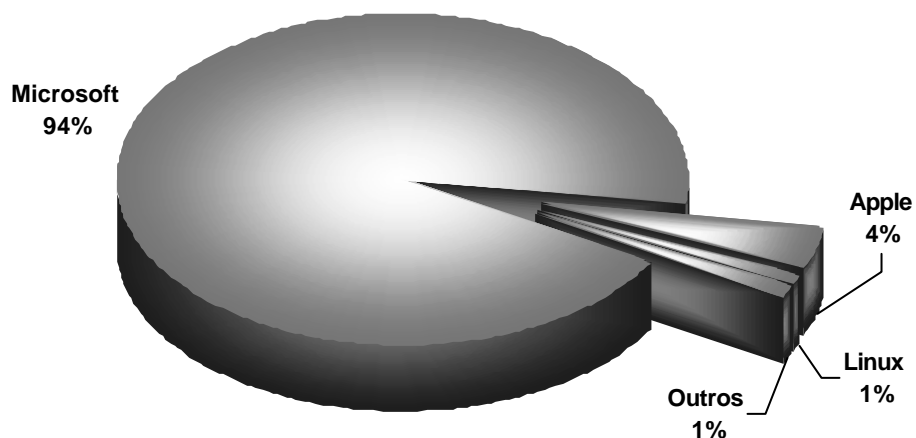
53. Embora o mercado a ser considerado para fins de análise por esta Seae seja o nacional, a título de ilustração cabe notar que as informações mais recentes disponíveis sobre o mercado mundial são os expostos a seguir:

Participações no Mercado Mundial de Sistemas Operacionais para Servidores, 2000



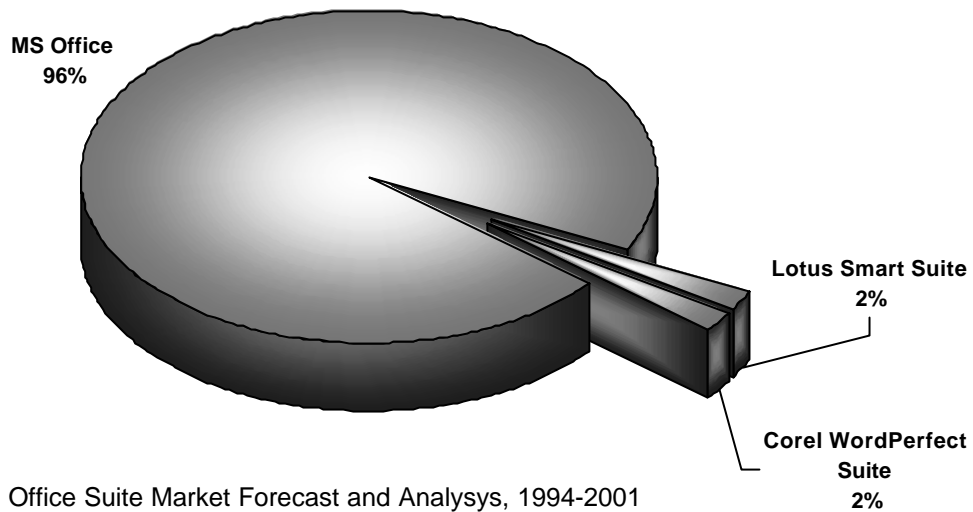
Fonte: IDC, citado em The Economist, abril 14 2001 - Survey: Software

Participações no Mercado Mundial de Sistemas Operacionais para Desktops



Fonte: IDC, Operating Systems Overview, 2001

Participações no Mercado Mundial de Suites de Produtividade Pessoal



Fonte: IDC, Office Suite Market Forecast and Analysis, 1994-2001

54. Como se pode ver, a participação de mercado da Microsoft, tanto no Brasil quanto no exterior, é virtualmente dominante tanto no setor de sistemas operacionais e aplicativos para *desktops* quanto no de servidores, se bem que relativamente menor neste último caso, principalmente em alguns segmentos como bancos de dados.

5.2.1 - Probabilidade de Exercício do Poder de Mercado

55. Sabe-se que, modernamente, a análise antitruste não considera que altas concentrações em um determinado mercado sejam, por si sós, evidência suficiente para determinar a probabilidade de exercício de poder de mercado; outros aspectos, tais como a efetividade da rivalidade e existência de barreiras à entrada, devem ser levadas em conta⁵³. No caso do mercado de *software*, certas características específicas podem aumentar a probabilidade de exercício de poder de mercado, ao alterar as condições de rivalidade e elevando as barreiras à entrada.

⁵³ Vide por exemplo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração da Seae, portaria nº 39 de 29 de junho de 1999, Ministério da Fazenda.

56. No tocante à rivalidade atualmente existente nos mercados relevantes definidos, apresentamos na tabela a seguir alguns *softwares* alternativos disponíveis no mercado⁵⁴ que ao menos em tese podem substituir os *softwares* da Microsoft em cada utilização específica⁵⁵.

	Sistema Operacional (Desktop)	Aplicativos/Suites (Desktop)	Sistema Operacional (Servidor)	Aplicativos (Servidor)
Microsoft	Windows 2000, XP	Office	Windows NT	SQL Server Exchange Server
IBM	OS/2	SmartSuite (Lotus)	IBM AIX	Lótus Notes (?)
Oracle				Oracle 8i
Digital			Digital UNIX V4.0E	
Sybase				Sybase SQL Server
Corel		WordPerfect, Paradox		
Informix				Informix OnLine
Pyramid			Pyramid Reliant UNIX	
SNI			SNI Reliant UNIX	
Sun		StarOffice	Sun Solaris	
SCO			SCO UnixWare	
Unisys			Unisys SVR4 UNIX	
NEC			NEC UP-UX/V	
Fujitsu/ICL				SymfoWARE Server
HP			HP HP-UX	
Outros	Linux			

57. Segundo alguns autores⁵⁶, os dados históricos já disponíveis nos permitem dizer que em certa medida a indústria de *software*, especialmente em alguns segmentos, é uma indústria que exhibe sinais de maturidade, onde as empresas líderes atingiram

⁵⁴ Esta, entretanto, não é uma lista exaustiva. Existem outros fabricantes além dos aqui relacionados, e mesmo estes últimos podem ter outras linhas de produtos além das que aqui expusemos.

⁵⁵ Deve-se sempre ter em mente a ressalva de que no caso do *software*, dada a grande diferenciação existente entre eles (menos quanto à sua utilidade final e mais quanto às diferentes configurações possíveis em termos de amigabilidade, *look-and-feel* e outros parâmetros), raramente pode-se dizer que sistemas operacionais, aplicativos e outros programas de computador apresentem substitubilidade perfeita (Cf. Katz, M. L. e Shapiro, C. “Antitrust in Software Markets”, pág. 11).

⁵⁶ Katz e Shapiro, op. Cit., pág. 16.

participações de mercado mais ou menos estáveis, em que pese a aparência de dinamismo da indústria que alguns *players* desses mercados tendem a passar para a mídia. Além disso a indústria caracteriza-se pela dominância dos efeitos de rede e é propensa a exibir o fenômeno de persistência da plataforma, já que os usuários de uma plataforma enfrentarão **custos de mudança**⁵⁷ por vezes significativos se desejarem mudar para uma outra. Além disso as condições principais para o sucesso de um desafiante, a saber, uma melhoria técnica significativa e a existência de uma concentração do lado da demanda que pudesse enfrentar os **custos de coordenação**⁵⁸ da mudança para a nova plataforma, são pouco prováveis no atual contexto de uma indústria já madura, com compradores dispersos e não coordenados.

58. Da mesma forma, quanto à probabilidade de entrada, conquanto seja uma alegação freqüente que a entrada é fácil, bastando ao entrante reunir os recursos técnicos e humanos suficientes para tal, verifica-se que na prática os mesmos elementos _ efeitos de rede, custos de mudança e custos de coordenação _ tornam a entrada difícil, ainda que não impossível⁵⁹. Ademais, os elevados investimentos necessários para a elaboração da primeira cópia de um *software*, seja aplicativo, seja sistema operacional, tornam pouco provável que um hipotético entrante pudesse atingir uma escala mínima viável, principalmente ao considerar-se que um entrante só poderia pensar em recuperar seu investimento a partir da segunda geração do seu *software*⁶⁰.

59. Assim sendo, esta Seae considera que no caso dos sistemas operacionais e aplicativos para *desktops*, a possibilidade de exercício de poder de mercado pela Microsoft é alta, tendo em vista sua elevada participação no mercado e a improbabilidade de entrada de novos rivais.

⁵⁷ Por exemplo, os usuários de determinado *software* podem ter um investimento significativo em bases de dados incompatíveis com produtos substitutos, ou seus programadores podem ter investido em qualificações não facilmente portáteis para outra plataforma.

⁵⁸ Os chamados custos de coordenação surgem como consequência dos efeitos de rede. Dados estes efeitos, não seria interessante para cada usuário individual trocar de plataforma, mesmo que esta exiba superioridade tecnológica sobre a atual. Neste caso o entrante deve ser capaz de viabilizar a mudança de um grupo suficientemente grande de usuários.

⁵⁹ Especialmente ilustrador neste caso é a tentativa descrita por Katz e Shapiro de entrada da Computer Associates, tradicional fabricante de programas para gerenciamento de *mainframes*, no mercado de aplicativos financeiros. Seu *software* "Simply Money", ainda que quase fornecido gratuitamente, não conseguiu se impor no mercado frente aos rivais já instalados, Quicken da Intuit e Money da Microsoft. (op. Cit., pág. 27)

⁶⁰ Hipótese razoável, segundo a chamada Conjectura de Coase, segundo a qual no caso de bens duráveis um monopolista passa a enfrentar a competição das versões anteriores do seu produto. Exatamente isto pode estar acontecendo com um recente lançamento da Microsoft, o Office 2000, segundo matéria na The Economist de 6 de janeiro de 2001 - neste caso a dificuldade relaciona-se à própria plataforma já instalada de versões anteriores do Windows.

60. Quanto ao mercado de sistemas operacionais e aplicativos para servidores, embora a participação de mercado da Microsoft seja relativamente menor do que a dominância que ela usufrui no mercado de *desktops*, os elementos básicos da *rationale* acima desenvolvida continuam sendo aproximadamente os mesmos, embora alguns pontos precisem ser melhor explorados para esclarecer como a posição dominante em *desktops* pode influenciar no mercado de servidores.

61. Em primeiro lugar, um eventual indício de que efeitos de rede podem estar agindo no sentido *desktop* - servidor é o grande crescimento experimentado pela participação de mercado da Microsoft em poucos anos, de 0% em 1993 (lançamento do Windows NT) até 40% hoje. O problema é agravado pela natureza intrínseca de alguns dos principais competidores, Linux e Unix. Trata-se não de produtos proprietários de uma determinada empresa, mas sim de dois "padrões genéricos" de sistemas operacionais abertos, fabricados por várias empresas, compartilhando uma estrutura comum mas nem sempre totalmente compatíveis entre si⁶¹. Esta pulverização dificulta a emergência de algum deles como pólo de uma concentração de aplicações, o que já não é o caso do Windows e da plataforma Microsoft em geral⁶².

62. Em segundo lugar, existem diversas maneiras de se fazer com que a posição dominante na área de aplicativos e sistemas operacionais para *desktops* reflita-se nos mercados de *software* para servidores. Por exemplo, no próprio site da Microsoft, na página que faz uma avaliação competitiva entre os produtos Exchange 2000 (da Microsoft) e Lotus Notes (da Lotus, subsidiária da IBM), podemos encontrar a seguinte referência:

"Exchange 2000 Server and Microsoft Exchange 2000 Conferencing Server provide a better wireless solution for customers and offer superior integration with Microsoft Office 2000 and Microsoft Windows® 2000."

⁶¹ Isto ocorre justamente por tratarem-se de dois padrões abertos, ou seja, cujo código fonte está disponível para todos e pode ser livremente modificado, com exceção de um *kernel* que no caso do Linux é tutelado pelo criador do sistema, o finlandês Linus Torvalds, em uma conformação típica do mercado de "open-source" (milhares de programadores contribuindo gratuitamente, em uma comunidade comandada por um "ditador benevolente"). Isto significa que podem existir portanto muitas "variedades" destes sistemas operacionais, cuja compatibilidade entre si não está 100% garantida. Esta possibilidade é reconhecida mesmo por autores mais otimistas quanto ao movimento do "open-source" (Cf. Weber, S., "The Political Economy of Open Source Software", BRIE Working Paper 140, June 2000).

⁶² Na verdade, embora prossiga o entusiasmo quanto ao movimento de "open-source", já existem no mercado alguns questionamentos (até da própria Microsoft) quanto à viabilidade do Linux como um negócio, com algumas empresas do setor retraindo-se. Cf. "The Beast of Complexity", relatório especial da The Economist de 13 de abril de 2001.

63. Fica clara a estratégia de "alavancar" um produto para servidores com base na sua facilidade de interação com os *softwares* de *desktop*. Esta estratégia se repete em vários outros contextos, como por exemplo nos formatos de instalação inteligente (novos *softwares*, novas versões e atualizações dos *softwares* de *desktop* são rapidamente implementadas graças aos *softwares* de servidor Microsoft).

64. Por tais motivos esta Seae acredita que o poder de mercado da Microsoft é bastante significativo, tanto no mercado de *softwares* para *desktops*, quanto no de servidores.

7. Análise da Conduta

7.1 Aspectos teóricos

65. Entende-se por restrições territoriais, acordos que limitam a região geográfica na qual um agente pode atuar. Tais acordos enquadram-se no que é conhecido pela literatura de organização industrial como restrições verticais⁶³. Esse tipo de restrição ocorre quando uma firma situada em determinado estágio da cadeia de transações (geralmente o vendedor) impõe condições sobre a conduta de uma firma em outro estágio (geralmente um revendedor ou comprador)⁶⁴.

66. Historicamente nos Estados Unidos, a teoria antitruste entendia⁶⁵, inicialmente, qualquer tipo de restrição vertical como condenável per se. Após as análises empreendidas pela Escola de Chicago, entretanto, passou a vigorar um ponto de vista mais abrangente, onde há uma preocupação em se verificar se existem eficiências específicas derivadas da conduta, substituindo assim a regra per se pela regra da razão, essencialmente devido à possibilidade de que a adoção das restrições verticais tivesse por objetivo promover o alinhamento dos objetivos entre os agentes econômicos situados em diferentes patamares da cadeia produtiva (caracteristicamente entre produtores e distribuidores de um determinado produto). Finalmente, a literatura mais recente busca avaliar o efeito líquido para o bem estar derivado dos efeitos das restrições sobre a competição intramarcas e entremarcas.

⁶³ Além de acordos de restrição territorial, outras restrições verticais conhecidas são: fixação de preços de revenda, acordos de exclusividade de transações e prática de venda casada.

⁶⁴ Por se tratarem em sua grande maioria de acordos entre fabricantes e revendedores, a partir desse momento nos referiremos sempre a essas duas partes na cadeia de transações.

⁶⁵ Vide Brennan, Timothy J., Paradigms for Analyzing Vertical Restraints. (<http://www.antitrust.org/vertical/economics/verticalparadigms.html>)

67. A necessidade de alinhamento entre os objetivos dos agentes econômicos a montante e à jusante da cadeia produtiva pode ser entendida como uma instância particular da chamada Teoria do Agente-Principal, que busca analisar as características de uma relação entre um principal, que comanda, e um agente, que deve cumprir as ordens do principal. O ponto fundamental desta relação é a assimetria de informação, que surge porque existe um ponto de equilíbrio teórico entre o custo do controle (o custo para o principal de informar-se sobre todos os atos do agente) e o custo de oportunidade do principal, o que permite ao agente buscar satisfazer seus próprios objetivos às expensas do principal. Neste caso, a maioria das prescrições para remediar a situação busca restaurar as condições de governança do principal, bem como desenvolver estruturas de incentivo que aproximem ao máximo as funções objetivo do principal e do agente. As restrições verticais teoricamente cumprem o papel de realinhar os objetivos entre o principal e o(s) agente(s), isto é, os agentes econômicos a montante e à jusante da cadeia produtiva.

68. Em última instância, o objetivo que baliza a adoção de restrições verticais por parte das empresas é diminuir a concorrência em segmentos da cadeia de transações sem a necessidade de se realizar uma integração vertical. Por meio de uma integração vertical, um fabricante pode garantir que seu produto seja revendido em condições adequadas no varejo. Entretanto, a montagem de uma rede de vendas própria pode exigir que o fabricante incorra em custos muitas vezes proibitivos. Some-se a essa situação o fato de que a maioria dos varejistas se beneficiam de economias de escopo, por trabalharem com produtos os mais diferentes possíveis, e ganhos de especialização, que não seriam alcançados por uma firma que optasse por montar sua própria rede de varejo, exclusivamente para seus produtos.

69. A restrição da concorrência entre revendedores pode, em princípio, parecer uma decisão irracional, do ponto de vista econômico, para os fabricantes, na medida em que uma rede de revendedores menos competitiva tende a elevar o preço dos produtos e, por esse motivo, reduzir a demanda pelos mesmos. Entretanto, ao garantir margens de lucro supranormais para seus revendedores, os fabricantes criam incentivos para que estes realizem inversões em serviços pré (pós)-venda que agreguem valor aos produtos do ponto de vista dos consumidores, sem serem prejudicados pela concorrência de revendedores que ofereçam o mesmo produto a preços mais baratos sem oferecer os

mesmo serviços extras⁶⁶. Dessa maneira, o efeito negativo sobre o bem-estar decorrido de um eventual aumento de preços pode ser contrabalançado pelo deslocamento horizontal da demanda obtido com os investimentos em serviços extras propiciados pelas margens mais elevadas dos revendedores⁶⁷.

70. A utilização de acordos de restrição territorial pode também ser economicamente justificada pela possibilidade de exploração de economias de escala na distribuição por parte dos revendedores⁶⁸. Essa situação ocorre quando os custos fixos representam grande parte dos custos de distribuição. Neste caso, a restrições ao número de revendedores atuando em determinada região pode representar uma diluição desses custos derivada do aumento do volume de vendas. Ao reduzir a concorrência intra-marcas, a imposição de restrições territoriais também pode aumentar a concorrência inter-marcas, ao estimular os revendedores a promoverem seus produtos como maior vigor.

71. Por outro lado, os acordos de restrição territorial também podem gerar efeitos anticompetitivos que merecem a preocupação das autoridades responsáveis pela aplicação da lei de defesa da concorrência. Em primeiro lugar, acordos de restrição territorial podem estimular comportamento cartelizado entre os revendedores, ao exigirem que os fabricantes definam áreas de atuação exclusivas.

72. Outro efeito negativo ocorre quando a concorrência inter-marcas não é suficientemente forte para contrabalançar o poder de mercado criado pela redução da concorrência intra-marcas. Nesse caso, as margens elevadas dos revendedores, ao invés de resultarem em investimentos em serviços podem se traduzir em perda de peso-morto de monopólio.

73. Da mesma forma, a imposição de restrição territorial pode elevar os custos de procura dos consumidores, que, ao verem reduzidas suas opções de compra nas respectivas regiões de origem, teriam que procurar diferentes revendedores do mesmo produto em outras regiões.

⁶⁶ Para produtos tecnicamente complexos esse argumento possui força ainda maior.

⁶⁷ Para uma avaliação dos efeitos sobre o bem-estar decorrentes de restrições verticais ver Sherer, F. & Ross, D. (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin, pp.542-548. Os autores mostram, com base numa análise sobre imposição de preços mínimos de revenda, que as práticas verticais podem ter efeitos positivos, negativos ou nulos sobre o bem-estar, dependendo de como se realize o deslocamento da demanda.

⁶⁸ Viscusi, W. K., Vernon, J. M. & Harrington, Jr., J. E. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, terceira edição, Cambridge (MA), The MIT Press.

74. Dinamicamente, os acordos de restrição territorial também podem gerar ineficiências. Quando os revendedores passam a enxergar suas áreas de atuação exclusiva como “ativos” valiosos, os acordos podem ser difíceis de ser modificados pelos fabricantes quando, por exemplo, mudanças nas condições técnicas de distribuição tornam o antigo arranjo menos produtivo⁶⁹.

75. Dado o caráter dúbio das conseqüências que os acordos de restrição territorial trazem sobre o bem-estar, as cortes americanas tem decidido por uma análise baseada em uma “regra da razão”⁷⁰. Dessa maneira, há que se demonstrar que os efeitos anticompetitivos são mais fortes do que os benefícios econômicos gerados. A interpretação corrente utilizada nas cortes americanas sobre o tema é a de que um fabricante não estará fora da lei ao limitar o número e a localização de seus revendedores. Entretanto, quando existem evidências de que os revendedores acordam entre si em não penetrar nas áreas destinadas a outros revendedores, ou quando induzem o fabricante a impor sobre eles tais restrições, então considera-se que a lei foi violada⁷¹. No Brasil e na própria União Européia, de maneira equivalente, a análise de condutas verticais tem se pautado pela regra da razão⁷².

7.2. Efeitos Negativos Associados à Conduta

76. Em conformidade ao anteriormente exposto e às acusações imputadas à Microsoft, podem-se resumidamente arrolar os seguintes efeitos negativos advindos de restrições territoriais: 1) a facilitação de condutas colusivas no mercado intermarcas, 2) a resistência de um revendedor atuando em determinada área em aceitar mudanças de regras de divisão territorial em virtude de alteração das condições de mercado, 3) o aumento do custo de atuação de rivais ou entrantes no mercado à jusante ou a montante e 4) a possibilidade de monopólios sucessivos na cadeia produtiva. As formas mais comuns de verificação desses efeitos nocivos são o aumento de preços, a redução da qualidade, além da diminuição da variedade e das inovações no mercado sob análise.

⁶⁹ Scherer & Ross (1990) op. cit., pp 559-560, relatam o caso da indústria de refrigerantes norte-americana que vivenciou uma situação como essa.

⁷⁰ Viscusi *et alli*, op. cit., pp. 245-246.

⁷¹ Ver Scherer & Ross, *Op. Cit.* pp. 560 – 562.

⁷² Para maiores detalhes a respeito da evolução da Jurisprudência Internacional ver o Anexo 2.

77. Com relação ao primeiro efeito anticoncorrencial de uma restrição territorial, não é razoável supor que possa existir no presente caso. O setor sob análise caracteriza-se por uma sistemática de contínua inovação de produtos, típico dos mercados tecnologicamente intensivos. As aceleradas inovações atuam como fatores limitantes da eficácia de eventuais práticas colusivas intermarcas pois aumentam o custo de monitoramento dos acordos.

78. O segundo efeito anticompetitivo, de forma semelhante, não se aplica ao caso em questão. Não foram observados quaisquer indícios no mercado que pudessem caracterizá-la.

79. No que diz respeito ao terceiro efeito, não é razoável inferir que o estabelecimento de uma restrição territorial pela Microsoft tenha tido o objetivo de aumentar o custo de atuação de rivais. A empresa permite a revenda de produtos de outros fabricantes por parte da TBA. Caso seu intuito fosse realmente dificultar a ação de concorrentes, a Microsoft estabeleceria uma cláusula de exclusividade aos seus revendedores, o que não ocorre na presente situação.

80. Não obstante, a restrição territorial advinda das imposições da Microsoft pode contribuir para a existência de duplos monopólios. A peculiaridade do processo licitatório brasileiro aliado a determinadas características da demanda do governo, como será visto adiante, favorecem uma estrutura mercadológica com monopólios sucessivos.

81. O setor governamental revela, antes de mais nada, uma nítida preferência pela plataforma Microsoft. Esse fato deriva em grande parte da existência de significativos efeitos de rede associados aos produtos em questão. Por outro lado, a aquisição de produtos de tecnologia pela Administração Pública permite a escolha de marca, prescindindo, conseqüentemente, de certame licitatório⁷³. Assim sendo, a sistemática escolha pelo produto Microsoft por entidades governamentais concede uma posição extremamente vantajosa à Microsoft, uma posição que pode ser caracterizada como de monopolista.

82. Em estados cujos critérios de adequação ao contrato select só ensejaram a atuação de uma única empresa, como no Distrito Federal, essa situação conta com um elemento complicador adicional. Verifica-se, nesses casos, somente uma empresa habilitada em determinada unidade da federação a ofertar produtos da Microsoft. Passam portanto a

⁷³ Conforme orientação recente do Tribunal de Contas da União.

existir dois monopólios em estágios sucessivos da cadeia produtiva. Como subsiste uma restrição territorial à atuação de empresas de outras áreas no mercado em questão, o poder de contestação ao monopólio encontra-se ainda mais reduzido.

83. Essa peculiaridade característica do processo de aquisição de órgãos públicos concede, portanto, a possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado em duas esferas do processo de produção, possibilitando a implementação de *mark-up* duplos por parte das empresas produtora e revendedora.

84. A situação de duplo monopólio em estágios sucessivos da cadeia produtiva, no entanto, só revela-se vantajosa para o produtor na medida em que não haja uma substancial elevação do preço de revenda. Caso isso ocorra, haverá uma redução da quantidade revendida com conseqüentes efeitos nefastos para o produtor. Visando evitar essa situação indesejável, podem ser estipuladas três restrições ao revendedor, por parte do produtor.

85. A primeira consiste na fixação contratual de preços máximos de revenda impedindo a elevação dos preços ao consumidor acima do preço no atacado. Essa prática era muito comum nos EUA até 1976. Com a introdução de uma mudança na legislação pertinente, o controle do preço na revenda pelos produtores tornou-se uma prática ilegal.

86. A segunda é a fixação de cotas mínimas de vendas aos revendedores, que são impedidos a aumentar suas vendas para satisfazer os padrões estipulados, independentemente de restrições relacionadas a preço.

87. Por fim, a imposição de dois preços, um pelo produto e outro pelo direito de vender o produto, representa uma outra solução possível. Essa restrição é comumente utilizada nos direitos de “franchise”.

88. No presente caso, a Microsoft não estipulou nenhuma dessas exigências aos seus revendedores. Cabe então indagar qual o interesse da empresa no estabelecimento de um monopólio de revenda. Quais vantagens específicas estariam atreladas a essa imposição.

89. A especificidade do processo licitatório brasileiro pode sugerir uma possível justificativa para explicar o fato. A existência de um único revendedor em determinada localidade territorial tornaria despendiosa a realização de certame licitatório pela impossibilidade jurídica de competição entre eventuais ofertantes. Assim sendo, prescindiria-se da licitação com fulcro no artigo 25 da Lei 8.666/93, de acordo com o

critério de "inexigibilidade", conferindo uma inusitada agilidade ao processo de aquisição pela Administração Pública, com benefícios para ambas as empresas, tanto no mercado de origem quanto no de revenda. Assim, a Microsoft poderia beneficiar-se de um fluxo mais regular e ágil de aquisições do governo com significativas reduções dos trâmites burocráticos.

90. Ciente da probabilidade de ocorrência de *mark-up* duplos, a Seae implementou uma análise estatística de todos as aquisições de produtos da TBA por órgãos públicos de 1999 a 2001. Procurou-se comparar o preço médio pago aos produtos da TBA nas diferentes unidades da federação com LARs habilitados pela Microsoft. Os dados estão relatados na tabela abaixo.

Tabela - Dados Confidenciais

91. De um total de 40 produtos comercializados com entidades públicas pela TBA em estados onde existem LARs credenciados pela Microsoft, somente em 25 produtos foi possível estabelecer um parâmetro comparativo com relação ao Distrito Federal. Nos demais casos, ou a venda havia sido efetuada somente para o Distrito Federal, ou ele não constava dentre as unidades da federação compradoras do produto. Dos 25 produtos analisados, um total de 20 apresentaram preços mais altos no Distrito Federal, ou seja, 80% dos casos.

92. De forma oposta, o Estado de São Paulo, que conta com 10 LARs credenciados pela Microsoft⁷⁴, conforme demonstrado acima, sistematicamente apresenta os preços mais baixos para todos os produtos analisados em que o Estado tenha efetuado aquisições.

93. Uma outra estatística elaborada pela Seae, incluindo o estado do Mato Grosso, onde não existem LARs credenciados pela Microsoft, por sua vez, revelou que os preços de venda da TBA nesse estado são recorrentemente inferiores àqueles praticados pela empresa no DF.

Tabela – Dados confidenciais

94. A venda dos produtos Microsoft pela TBA no Mato Grosso não é efetuada

⁷⁴ Resposta ao Ofício n.º 2.315/COGSE/Seae/MF - Tabela LARs DLARs e LADs Autorizados Microsoft.

em conformidade com o contrato Select, pois não existe LAR habilitado nesse estado e não é permitida a venda de produtos de um LAR habilitado em uma determinada região, por meio do contrato Select, para uma outra região. Portanto, a despeito da não incorporação das vantagens de preço advindas da celebração do contrato Select, o preço de venda dos produtos da TBA para o Mato Grosso, revelaram-se inferiores àqueles praticados no DF, onde subsistem as reduções de preço advindas do contrato Select.

95. Pode-se portanto inferir que a situação de monopólios sucessivos na cadeia produtiva, descrita acima em termos teóricos, encontra respaldo na análise dos dados. Se a lógica econômica impele à prática de preços supracompetitivos no DF por meio do estabelecimento de um *mark-up* duplo, devido à existência de dois monopólios na cadeia de produção, os dados corroboram essa suposição teórica.

7.3. Análise das Eficiências Alegadas

7.3.1. Estímulo ao investimento em conhecimento do mercado

96. A Microsoft apontou na sua defesa, dentre os benefícios associados à restrição territorial, o estímulo para uma revendedora investir na exploração do mercado delimitado. O estímulo adviria do maior conhecimento específico da empresa na área estipulada, pois haveria uma concentração de esforços de venda e de serviços adjacentes focalizados em uma particular região. O argumento é pertinente pois há uma preocupação natural no mercado de origem pela imagem de seu produto e os revendedores, com informações mais detalhadas do mercado local, como interlocutores do produto da Microsoft, têm maior possibilidade de adequá-los à demanda do cliente. No caso em análise, onde subsistem importantes serviços de adequação de plataformas ao desejo do consumidor, além de serviços de assistência técnica, o tema assume proporções mais significativas.

97. Não obstante, esse argumento seria eventualmente justificável para uma região particular, geograficamente delimitada com consumidores de hábitos e peculiaridades associados à sua localidade. No presente caso, o cliente da Microsoft é o Governo, ou seja, uma instituição cujas particularidades transcendem o marco físico-geográfico. É verdade que o setor público tem suas singularidades, principalmente no tocante à forma de compras e ao processo licitatório. Sem embargo, essas minudências

características do governo, no máximo, justificariam o estabelecimento de um specialist LAR e não um regional LAR. Outrossim, é importante salientar que muitas vezes as compras do setor público são efetuadas em localidades diversas da região beneficiada.

7.3.2. Proteção contra o "Problema do Carona" em publicidade e promoções

98. Segundo a defesa da Microsoft, os critérios de natureza comercial, operacional e financeira por ela estabelecidos para o credenciamento de revendas como LARs ou DLARs visam a manutenção do que a empresa acredita serem os padrões necessários de atuação para assegurar o êxito das vendas e a reputação da marca Microsoft.

99. Nesse sentido, parte expressiva dos esforços de vendas materializam-se sob a forma de publicidade e promoções, atividades naturalmente essenciais na estratégia de marketing de qualquer empresa moderna. Segundo a Microsoft, uma razão de preocupação emana da possibilidade de surgimento de comportamentos oportunistas (o "problema do carona"), pois, se uma revenda B pode se beneficiar do esforço de vendas da revenda A, está claro que a revenda A se sentiria desestimulada a empreender investimentos em divulgação do produto. Daí, segundo a empresa, a necessidade de adotar procedimentos que defendam a revenda dos comportamentos oportunistas, como alega, in verbis:

"Tanto quanto os critérios de credenciamento em si, as proteções contratuais e não contratuais dos investimentos dos LARs e DLARs variarão conforme a região específica de que se trate. Apenas para ilustrar, poder-se-ia manter unicidade de LAR durante determinado período para o desenvolvimento de um mercado antes inexplorado, como ocorreu, em parte, no brasileiro, dada a importância e vulto dos investimentos incorridos nesse momento (...)"⁷⁵

100. Esta Seae, entretanto, embora reconheça o mérito da tese em abstrato, não julga procedente sua aplicação no caso concreto. Senão vejamos.

101. Segundo informações prestadas por representantes da TBA/DF⁷⁶, a estratégia de marketing da Microsoft contempla a divulgação de seus produtos por meio de dois tipos principais de atividades: campanhas, em geral destinadas a divulgar produtos da Microsoft no mercado de varejo; e eventos, destinados principalmente à divulgação das plataformas Microsoft voltadas para o segmento corporativo. As

⁷⁵ Em resposta ao Ofício n.º. 3399/COGSE/SEAE/MF

campanhas são em geral promovidas pela própria Microsoft⁷⁷, às vezes com participação de parceiros. Já no caso dos eventos, a Microsoft desenvolveu um sistema de parceria pela aquisição de cotas de patrocínio⁷⁸ pelas revendas⁷⁹.

102. Observe-se, portanto, que a Microsoft por si própria já investe vultosos investimentos na publicidade dos seus produtos, através de sua própria publicidade institucional. Esta abrangência mundial da marca Microsoft diminui em muito a necessidade de investimentos na publicidade do produto por parte das revendas.

103. Por outro lado, verifica-se, no caso concreto da TBA/DF, um investimento expressivo na própria marca, que pode ser averiguado com um simples passeio pelas ruas de Brasília. Esta Seae acredita, portanto, que não procedem as alegações da Microsoft para manutenção da unicidade de um LAR no mercado de Brasília no que diz respeito à necessidade de investimento na marca Microsoft, devido à disjunção verificada entre a alegada publicidade da TBA no que diz respeito ao produto Microsoft (quando na verdade a presença mais marcante da TBA é na divulgação da própria marca) e os vultosos esforços da Microsoft na divulgação institucional de seus produtos.

7.3.3. Proteção contra a ocorrência do "Problema do Carona" derivados dos esforços de pré-venda

⁷⁶ Reunião havida nesta Seae em 28/09/2001

⁷⁷ Um bom exemplo é a vasta campanha atualmente desenvolvida para o lançamento do Windows XP, como nesta notícia retirada do site Meio e Mensagem: "Microsoft investe R\$ 12 mi no lançamento do Windows XP - A Microsoft anuncia investimentos de R\$ 12 milhões no lançamento no Windows XP, a nova versão de seu sistema operacional, no mercado brasileiro. O produto estará disponível simultaneamente em todo o mundo a partir da quinta-feira da próxima semana, dia 25. O valor total aplicado no Windows XP ainda não é conhecido.

De acordo com Marcelo Toledo, gerente de marketing da Microsoft, a publicidade receberá a maior parte dos R\$ 12 milhões. "Teremos uma presença muito forte em TV, tanto aberta quanto fechada", diz o executivo, observando que mídia impressa, rádio, outdoors e Web complementam a ofensiva de comunicação. O desenvolvimento da campanha foi da MacCann-Erickson dos EUA."

⁷⁸ Um padrão mundial da Microsoft, envolvendo cotas tipo premium, gold, platinum e silver de acordo com a magnitude do patrocínio. Cada cota tem um valor, diferenciado por tipo - um sistema de resto muito utilizado em esquemas de patrocínio por muitas outras empresas.

⁷⁹ Um exemplo deste tipo de estratégia também esteve recentemente na mídia, também relacionado ao lançamento do Windows XP, como se vê nesta notícia do Meio e Mensagem: " Microsoft fecha megapatrocínio com CIE Marketing - Pacote de promoção do Windos XP inclui patrocínio dos shows do Eric Clapton e Laura Pausini e a cota master do Credicard Hall (...)Entre outubro deste ano e maio de 2002, a Microsoft assume também a principal cota de patrocínio do Credicard Hall, que estava anteriormente com a Zip.net. A cota irá contemplar um plano de marketing e entretenimento que incluirá exposição de produtos Microsoft em todos os shows da casa, a inclusão nos dois telões de uma barra do Windows, simulando uma tela de computador, e a reserva da principal suíte, de 21 lugares, para a empresa convidar seus clientes e fornecedores.

104. Segundo a Microsoft, a existência de restrições territoriais teria a finalidade de impedir a ocorrência do “free-riding” que poderia surgir a partir dos esforços de venda realizados por algumas de suas revendas junto a clientes corporativos.

105. Novamente não se descarta tal possibilidade em tese. Entretanto, o problema que se coloca é verificar se empiricamente o monopólio seria necessário para se atingir os objetivos propostos.

106. Em primeiro lugar, deve ser lembrado que a TBA não atua como LAR exclusivo em outros mercados menores, como é o caso de Minas Gerais e Paraná. Assim, não parece que seja razoável a necessidade de uma única empresa em Brasília.

107. Ademais cabe mencionar que em vários outros mercados, menores inclusive, onde há um número maior de LARs, os investimentos com gastos em treinamento (e mesmo publicidade), como proporção do faturamento, dos demais LARs são superiores aos realizados pela própria TBA, conforme pode ser visto na tabela abaixo.

108. Tais fatos desautorizam a afirmação de que é necessário existir um número tão reduzido de LARs no mercado de Brasília.

Percentual de Gostos com Publicidade e Treinamento com Produtos Microsoft como proporção do Faturamento Total⁸⁰

Dados confidenciais

7.4. Conclusões

109. As compras governamentais são regidas pela Lei de Licitações, que garante ampla participação de empresas legalmente habilitadas, no espírito de assegurar o maior nível possível de concorrência nas compras do Governo. Exige a lei, entretanto, que as licitações sejam realizadas na localidade em que se encontra a instituição pública

80 A metodologia utilizada para o cálculo dos percentuais consistiu em fazer a divisão entre os quantitativos de investimento em publicidade e treinamento informados pelas empresas pelo faturamento total, sendo que todos os dados remetem ao período ao compreendido desde o credenciamento das empresas revendedoras como LARS até os dias de hoje e exclusivamente à venda de produtos e serviços Microsoft na modalidade de contrato Select.

compradora. Assim, a decisão da Microsoft de admitir apenas um vendedor no DF impediu a concorrência nas compras de software para a administração federal em Brasília.

110. Antes da decisão de exclusividade da Microsoft, as licitações para órgãos governamentais no Distrito Federal eram disputadas por empresas concorrentes. A ausência de fornecedores concorrentes, agravada pelo chamado "efeito rede", intensifica a já clara predominância de mercado da Microsoft.

111. Os contratos de exclusividade territorial como os adotados pela Microsoft não são intrinsecamente danosos à concorrência, podendo ser, inclusive, justificáveis economicamente, desde que se destinem somente a proteger os investimentos realizados pelos distribuidores. Tal linha de argumentação, embora tenha sido levantada pelas denunciadas em sua defesa, não se aplicou no caso em análise, visto que a Microsoft e a TBA não lograram demonstrar que a restrição territorial foi determinante para salvaguardar tais investimentos. Dados levantados neste Parecer demonstram ainda que os preços da TBA para vendas governamentais nos contratos Select no Distrito Federal são muito superiores aos cobrados pela própria empresa em outros mercados para produtos idênticos e clientes e condições semelhantes. Foi constatado também que há uma relação inversa entre a quantidade de revendedores e o preço: no Rio de Janeiro, por exemplo, embora o mercado de distribuição de softwares seja menor em volume de negócios do que o de Brasília, existe um número maior de LARs (e, por consequência, uma oferta maior de produtos), o que explica os menores preços do mercado carioca.

112. Portanto, tornam-se necessárias medidas saneadoras, que serão descritas a seguir.

8. Recomendações

113. Considerando-se que:

- a) a Microsoft ocupa posição dominante em vários segmentos do mercado de *software*, com especial relevância no segmento de sistemas operacionais e, em particular, no

mercado de vendas para governos, derivada, em grande medida, da existência de externalidades de rede;

- b) as características do processo licitatório brasileiro, somadas à estratégia comercial da Microsoft de credenciar, até a data da instauração do processo, apenas um LAR no Distrito Federal, definiram uma situação de virtual impossibilidade de atendimento do espírito da legislação pela não execução do processo competitivo intrínseco ao procedimento licitatório, situação essa que pode inclusive repetir-se junto a qualquer outro ente da administração pública federal, seja ele federal, estadual ou municipal;
- c) a exclusividade, no Distrito Federal, se deu através do fornecimento, pelo Microsoft, de cartas que asseveravam que a TBA era revendedora exclusiva dos produtos Microsoft no DF;
- d) conquanto a conduta não seja intrinsecamente nociva, verificou-se, conforme dados apresentados pela própria TBA, que em um número expressivo dos casos apresentados, os preços cobrados por esta empresa pelos produtos Microsoft no Distrito Federal eram bem superiores aos realizados por ela em outros estados, configurando um efeito negativo da conduta;
- e) por outro lado, dadas as estimativas de mercado potencial apresentadas pela Microsoft, observa-se que no Distrito Federal, que é o segundo mercado brasileiro em tamanho, até recentemente havia um único LAR, ao passo que em outros mercados menores, como é o caso do Rio de Janeiro, existia um número maior de LARs, os quais por vezes investiam maiores recursos em publicidade e treinamento do que a própria TBA, donde se conclui pela aparente inexistência de justificativas econômicas razoáveis que compensassem os efeitos gerados pela restrição territorial imposta pela Microsoft;
- f) seja questão ainda em aberto em que medida a incontestada liderança exercida pela Microsoft deriva-se da qualidade dos seus produtos ou do efeito rede intrínseco à economia das plataformas de computador, mas que de qualquer forma trata-se de uma empresa cujo porte faz com que qualquer conduta por ela adotada tenha um impacto expressivo sobre o mercado e, portanto, deva ser vista com maior cautela,

114. Dessa forma, recomenda-se que:

- a) especificamente para o mercado corporativo de vendas de *software* para o setor governamental, seja proibida qualquer tipo de restrição territorial;
- b) seja aplicada multa à Microsoft por infração ao art. 20 da Lei 8.884, tomando por base a data de 14 de agosto de 1998, correspondente à introdução de novos critérios para o credenciamento de LAR's no Brasil. Critérios esses que beneficiaram a concessão da exclusividade à TBA no Distrito Federal;

- c) visando informar os potenciais consumidores das novas condições de revenda no mercado de *softwares*, seja exigida ampla divulgação, por intermédio da imprensa, da proibição estabelecida na alínea “a” desta recomendação; e
- d) seja instituído um programa educativo interno na Microsoft do Brasil, visando evitar que seus funcionários adotem no futuro estratégias anticompetitivas.

À apreciação superior.

PEDRO DE ABREU E LIMA FLORÊNCIO
Coordenador

RENATO NUNES DE LIMA SEIXAS
Coordenador

ALMIR CUNHA DA SILVA
Técnico

WILSON JOSÉ RODRIGUES ABREU
Técnico

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA
Coordenador-Geral/COGDC-DF

MARCELO DE MATOS RAMOS
Coordenador-Geral de Comércio e Serviços

PAULO GUILHERME FARAH CORRÊA
Secretário Adjunto

De acordo.

CLAUDIO MONTEIRO CONSIDERA
Secretário de Acompanhamento Econômico

ANEXO I

A ESPECIFICIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO⁸¹

A licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados para a apresentação de propostas a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados⁸².

A licitação, no ordenamento brasileiro, segundo *Hely Lopes Meirelles*, é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração do contrato realiza-se a licitação.

Segundo o art. 3º da Lei 8.666/93, a licitação possui dupla finalidade: visa proporcionar à Administração a obtenção da proposta mais vantajosa; e dar igual oportunidade aos que desejam contratar com a Administração Pública, consagrando o princípio constitucional da isonomia. Ademais determina a observância dos seguintes princípios básicos:

- **Princípio da Legalidade:** traduzindo-se, de modo simples, na fórmula - “a Administração deve sujeitar-se às normas legais”;
- **Princípio da Impessoalidade:** implica na premissa que Administração deve tratar todos licitantes sem discriminações, sejam benéficas ou detrimntosas;
- **Princípio da Moralidade:** significa, na licitação, a observância de todos os preceitos que a informam, sem frustrar sua licitude e sem desviá-la de suas verdadeiras finalidades;
- **Princípio da Igualdade:** implica o dever não apenas da isonomia de tratamento para todos os licitantes, como também para aqueles que pretendem participar da licitação, vedada qualquer discriminação. É o desdobramento do princípio da igualdade;
- **Princípio da Publicidade:** traduz-se em transparência, em direito de acesso aos atos e termos da licitação;
- **Princípio da Probidade Administrativa:** integrantes de Comissões da Licitação, agentes públicos e autoridades que, de alguma forma, têm participação no

⁸¹ Este anexo foi elaborado com o auxílio da Srta. Susana Salum Rangel, estagiária da COGDC/SEAE.

procedimento licitatório, não de atuar com retidão, sem visar a proveito próprio ou locupletamento de outrem;

- *Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório*: obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame (Edital ou carta-convite, conforme a modalidade);
- *Princípio do Julgamento Objetivo*: almeja impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da Comissão de Licitação. Julgamento⁸³ objetivo significa que referida Comissão, ao indicar a proposta mais vantajosa, deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório.

O referido art. 3º menciona, ao final, a expressão “e dos princípios que lhe são correlatos”. Dessa forma, a licitação deve observar não apenas os princípios dispostos no artigo 3º, mas também aqueles que lhe são afins, tais como: princípio da competitividade, do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado, da verdade material, etc.

Para *Celso Antônio Bandeira de Mello* os princípios peculiares da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade; b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições fixadas no edital; e, e) possibilidade do licitante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. Afora o princípio da competitividade, que embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação, todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência.

A licitação de obras, serviços, compras e alienações passou a ser uma exigência constitucional para toda a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, ressalvados os casos especificados na legislação pertinente, conforme a previsão do artigo 37, inciso XXI da CF/88.

⁸² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998. p. 332.

⁸³ Cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento - muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas - nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou outro depende de apreciações irreduzíveis a um plano excludente de opiniões pessoais. (*essas questões, segundo a legislação norte-americana (FAR), ensejam a não utilização da “licitação” e sim o processo de “negociação”*)

Segundo o ilustre Professor *Bandeira de Mello*, a realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos básicos, que são de três ordens⁸⁴:

- (a) pressuposto lógico: existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes;
- (b) pressuposto jurídico: a licitação deve se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover;
- (c) pressuposto fático: existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que tal interesse não ocorra, não há como realizá-la.

Apesar da exigência constitucional da obrigatoriedade da licitação como meio de seleção dos contratantes com a Administração Pública, existem certos produtos e serviços que não a comportam. São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que toda licitação pressupõe disputa, concorrência de propostas. Cumpre registrar que só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Devido à peculiaridade de certas situações, a Lei 8.666/93 arrola os casos em que não se realiza o procedimento licitatório antes da contratação, nos quais, haverá contratação direta.

O artigo 17 da Lei 8.666/93 declara “dispensada” a licitação, no caso de certas alienações de bens imóveis, quando essa for efetuada a título de (a) dação em pagamento; (b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública; (c) permuta, por outro imóvel para o serviço público e cuja localização tenha condicionado sua escolha; (d) investidura; (e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública; (f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública, especificamente criados para esse fim. No caso de bens *móveis*, a licitação é considerada “dispensada” quando se tratar de (a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social; (b) permuta, realizável apenas entre órgãos ou entidades da Administração Pública; (c) venda de ações, que

⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 10^a ed. São Paulo: Malheiros

poderão ser negociadas em bolsa; (d) venda de títulos; (e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; (f) venda de materiais ou equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

O artigo 24 trata dos casos de *dispensa de licitação*. Nesse caso, a Administração Pública deixa de realizar o procedimento por conveniência embora haja a possibilidade de efetuar a licitação. As hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias: a) em razão do pequeno valor; b) em razão de situações excepcionais (casos de guerra e grave perturbação da ordem (III), casos de emergência ou calamidade (IV), por exemplo); c) em razão do objeto; e, d) em razão da pessoa.

O artigo 25 trata dos casos de inexigibilidade de licitação, a qual se dá quando há impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração.

O inciso I do artigo 25 trata da inexigibilidade de licitação para a aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência da marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

A questão da licitação de produtos Microsoft no caso em análise compreende duas fases: 1ª) Escolha da marca Microsoft pelo Administrador Público; 2ª) Escolha da revendedora habilitada pela Microsoft mediante licitação ou não.

Quanto à primeira fase, embora haja vedação expressa na Lei de Licitações quanto à determinação e preferência de marca (art.25, inc.I), vem sendo admitida sob orientação recente do Tribunal de Contas da União a escolha de marca no setor de tecnologia, desde que motivada pela Administração. Portanto, nesta fase não há que se falar em certame licitatório, devido à opção do Administrador Público pela plataforma Microsoft. Com base no artigo 25, da Lei 8.666/93 que trata dos casos de inexigibilidade de licitação, exceção ao disposto no artigo 37, inciso XXI da CF/88, o procedimento licitatório não é realizado, em virtude de haver impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer

pelos objetivos sociais visados pela Administração Pública. A licitação torna-se inexigível, em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar uma competição entre os eventuais interessados. Não se pode pretender obter uma melhor proposta, quando existir um único proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou então um único agente reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

Nos Estados Unidos, a Federal Acquisition Regulation (FAR) expressamente dispõe que nos casos de aquisição de licenças de software, a Administração deve optar por aqueles que freqüentemente são utilizados pelo público em geral, a menos que estes não possam satisfazer as necessidades administrativas (FAR 12.212(a)). No caso da Administração Pública norte-americana fazer tal opção tornando, portanto, inviável a realização da licitação pública, a aquisição ocorrerá mediante o processo de negociação direta com o fornecedor do produto ou, no caso da Microsoft, com os revendedores habilitados, visto que a Microsoft, por política aplicada em âmbito mundial, não faz venda direta de seus produtos ou serviços ao mercado, mas conta com uma rede de distribuição e revenda que se encarrega do licenciamento e das vendas dos produtos, bem como da prestação de serviços de assistência, consultoria e suporte técnico aos consumidores, sejam estes tanto do segmento de atividades comerciais, como destinatários finais de seus produtos.

A contratação pelo Governo Federal dos EUA se verifica em obediência a Federal Acquisition Regulation (FAR). Esta norma impõe o uso de duas modalidades para aquisição de bens e serviços pela Administração Pública: licitação⁸⁵ e negociação, conforme a seguir apresentadas.

A modalidade licitação será realizada se as circunstâncias de tempo e de prazo permitirem à Administração utilizar-se de tal procedimento; se a adjudicação puder ser feita à base de preço ou de preço relacionado a outros fatores; se não for necessário conduzir discussões pertinentes à aquisição pretendida e, finalmente, se for razoável a expectativa de se receber mais de uma proposta lacrada (FAR 6.401 (a)).

A aquisição por licitação com propostas fechadas envolve: 1 – preparação de convite para oferta; 2 – publicidade e distribuição dos convites; 3 – apresentação de propostas fechadas por licitantes qualificados; 4 – abertura formal das propostas; 5 – adjudicação do contrato com base em preço ou em preço relacionado a outros itens.

A abertura da licitação inicia-se com a publicação, pelo *contracting officer* do *Invitation for Bids* (edital), que deverá descrever a necessidade administrativa clara, corretamente e de forma completa. O FAR e a jurisprudência norte-americana proíbem o uso de especificações restritivas desnecessárias, que possam limitar o número de licitantes. A agência deverá dar ampla publicidade ao edital, fixando-o em locais públicos, divulgando-o em revistas e jornais comerciais, além de publicá-lo no *Commerce Business Daily*. Também é muito utilizado o sistema de envio do edital à licitantes pré-cadastrados nas agências (FAR 14.204; FAR 14.205).

A habilitação ocorre em ato público, onde serão recebidos os envelopes com a documentação exigida e as propostas. Somente as propostas dos licitantes qualificados serão examinadas. Em seguida, ocorre a abertura formal das propostas qualificadas. O procedimento prossegue com a verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, sob pena de desclassificação.

A adjudicação é o ato pelo qual a Administração, por meio da autoridade competente, atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato final do procedimento. Em sua decisão, a agência leva em consideração somente o fator preço e fatores a ele relacionados. O licitante vencedor será aquele que oferecer a proposta mais vantajosa para a Administração pelo menor preço.

O grau de complexidade do procedimento de aquisição, é um fator dependente de seu valor ou custo. Quanto mais dispendiosa a aquisição, mais complexo e detalhado o plano respectivo. O objetivo principal deste “plano” é o de patentear e fixar as necessidades, desenvolver as especificações, solicitar o comparecimento de licitantes, de modo a promover uma total e mais aberta competição. Os serviços e bens a serem adquiridos devem ser tecnicamente especificados, de forma completa, incluindo desenhos e plantas, de forma clara e sem ambigüidades, ainda que de maneira concisa. A especificação deve referir-se a funções e execuções, observando padrões e características aceitáveis, inclusive com desenhos requeridos. Não deve, porém, refletir a especificação de qualquer produto de um fornecedor específico, para evitar favorecimentos.

No tocante à modalidade referente ao processo de negociação, esta terá espaço quando, não estiver presente uma das quatro condições para o uso da licitação. A

⁸⁵ Apresenta características similares a modalidade “concorrência” da licitação brasileira.

negociação é uma modalidade de aquisição de produtos e serviços utilizada pelo Governo Federal dos EUA, bem mais flexível que a licitação. Ao contrário desta, o *contracting officer* poderá travar discussões com os ofertantes e avaliar suas propostas, considerando outros fatores que não apenas o preço.

O processo de negociação começa quando o *contracting officer* publica a *Request for Proposals*, que deverá conter, necessariamente, a necessidade específica da agência, em antecipar os termos e condições do contrato a ser assinado, além de discriminar as informações que os contratantes deverão incluir nas suas propostas. Toda parte interessada poderá enviar sua proposta.

A avaliação das propostas consiste em uma avaliação propriamente dita, relativa à qualidade das propostas apresentadas, baseada nos fatores especificados na solicitação. Tradicionalmente, o *contracting officer* avalia os seguintes itens: (a) o preço da proposta; (b) desempenhos anteriores dos ofertantes em contratos com o governo ou mesmo em contratos comerciais; (c) abordagem técnica; e, (d) qualquer outro fator relevante considerável (FAR 15.305). Durante o período de avaliação, o *contracting officer* e a equipe de apoio poderão estabelecer contato com os ofertantes para discutir e elucidar ambigüidades nas propostas (FAR 15.306).

O *contracting officer* poderá conduzir à negociação, mediante a ocorrência ou não de um processo de discussão. Se a negociação suceder por discussão, está poderá ser escrita ou oral, geralmente versando sobre questões de técnica e de preço, quer seja, em contratos em que o risco na execução afeta ambas as partes, ou em contratos de preço fixo ou de reembolso de custos. Preliminarmente, os ofertantes devem ser identificados e enquadrados dentro de um “*competitive range*”, que é constituído pelas melhores propostas (FAR 15.306). Depois de estabelecer o “*competitive range*”, o *contracting officer* deverá notificar os ofertantes excluídos desta situação, e iniciar as discussões com os ofertantes remanescentes.

Segundo a FAR, o objetivo primordial da discussão no processo de negociação, é o de maximizar a capacidade da agência em obter a melhor proposta, baseada no requerimento e avaliação dos fatores a serem considerados (FAR 15.306(d)(2)). Durante as discussões, o *contracting officer* deverá indicar a cada ofertante os pontos fracos, deficiências ou outros aspectos relevantes de suas propostas, para que esses possam ser modificados, aumentando desse modo o potencial das mesmas (FAR 15.306(d)(3)).

Após serem iniciadas as discussões, o *contracting officer* poderá eliminar qualquer ofertante. Concluídas as discussões, o *contracting officer* requisitará a proposta final de cada ofertante que ainda permanecer no processo licitatório.

Em seguida, o *contracting officer* efetuará uma análise comparativa entre as propostas finais dos ofertantes, de acordo com os critérios de avaliação especificados no *Request for Proposals*. Finalmente, com base nesta análise, será selecionado o ofertante cuja proposta é mais vantajosa para a Administração. A decisão da Administração deverá conter uma análise da negociação alcançada, bem como as razões que motivaram a escolha.

Retornando a análise do caso em discussão, nesse tópico, superada etapa preliminar do procedimento licitatório, na qual ocorreu a opção pela plataforma Microsoft, o Administrador deverá realizar a licitação para que seja escolhido o revendedor habilitado pela Microsoft para o fornecimento do produto ou do serviço solicitado, pois o processo de licitação pública para a aquisição de bens é uma exigência constitucional, conforme já foi salientado.

Consta aos autos que no Distrito Federal, inexigível fora a licitação, uma vez que nesta unidade da federação somente a Representada TBA estaria habilitada à venda de produtos Microsoft às grandes corporações. Isso por que, além dela ser a única empresa que atualmente atende aos critérios estabelecidos pela Microsoft para o credenciamento como *Large Account Reseller* no Distrito Federal, os demais LAR's existentes em outros Estados não poderiam participar da licitação, em virtude de terem sua atuação limitada tão somente à região em que foram credenciados. Além disso, cartas de exclusividade emitidas pela Microsoft no sentido de apontar como única revendedora no Distrito Federal a empresa TBA, denunciam seu *animus* na declaração de inexigibilidade de licitação, por motivo de ausência de concorrentes, para que assim se efetivasse a venda de seus produtos de forma mais célere.

Mesmo que a Administração Pública com sede no Distrito Federal se propusesse a receber propostas de LAR's credenciados nos demais Estados, o que é perfeitamente possível em virtude do disposto no parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.666/93, que permite a habilitação de interessados residentes ou sediados em outros locais diversos daquele da situação da repartição interessada, consagrando o princípio da competitividade, a Microsoft sempre recorreria ao argumento de que, para prover uma melhor assistência na venda de seus produtos, não há melhor alternativa quem um

LAR estabelecido no Estado onde ocorrera a venda. Todavia, em se tratando de órgãos governamentais com sede no Distrito Federal, cumpre observar que compras ali realizadas, muitas vezes têm destinação peculiar. É o caso, por exemplo, de autarquias que compram para si e para seus representantes nos demais Estados brasileiros.

Conforme documentos juntados ao presente processo, a TBA, em dado momento, celebrou contrato com o SERPRO, comprometendo-se a atender, além do Distrito Federal, os Estados nos quais não possuía base operacional. Tal fato rompe qualquer argumento quanto à imprescindibilidade da localização de uma revenda credenciada como LAR na unidade da federação em que ocorrer a compra, como requisito à prestação eficaz e adequada quanto à venda e assistência no que concerne aos produtos Microsoft.

Perseguindo essa mesma lógica de argumentação adotada pela Microsoft, para que um revendedor atendesse adequadamente um órgão governamental situado no Distrito Federal, que comprasse para os demais órgãos que lhe são vinculados, situados em outros Estados, então este menos revendedor deveria obrigatoriamente estar presente nestes Estados que receberiam os produtos decorrentes dessa venda.

O caso SERPRO constitui prova de que a premissa acima não é verdadeira, uma vez que a TBA/DF, nesta ocasião, embora não estabelecida como LAR em todos os Estados que fora eleita a cobrir como revenda, o fez sem que ocorresse qualquer repressão e cobrança técnica por parte da Microsoft.

Desta forma, assim como a TBA/DF (LAR) prestara serviços a grandes compradores localizados em Estados nos quais não detinha a qualidade de LAR, empresas LAR's em outros Estados, igualmente, prestariam com excelência serviços a grandes compradores situados no Distrito Federal.

Diante disso, pode-se concluir que não haveria nenhuma razão de cunho técnico e territorial suficientemente forte para justificar o impedimento com relação a apresentação de qualquer LAR brasileiro, como um potencial licitante em concorrência para aquisição de *softwares* e serviços correlatos, a ser realizada no âmbito do Distrito Federal.

ANEXO II

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE RESTRIÇÕES VERTICAIS

O presente tópico fará uma abordagem da jurisprudência internacional e nacional acerca das condutas em análise no parecer. Serão utilizados como paradigmas da jurisprudência internacional as decisões das cortes de Justiça dos Estados Unidos e

da União Européia. O tópico subdivide-se em quatro partes. A primeira, a introdução, visa à e a segunda abordam respectivamente o enfoque dado às condutas verticais nos Estados Unidos e na União Européia. A terceira parte revela a abordagem do tema no âmbito do CADE.

Condutas verticais são restrições impostas em determinado estágio da cadeia produtiva a condutas de firmas situadas em outros estágios. Em geral, as restrições ocorrem entre produtores e revendedores. A literatura antitruste classifica as restrições verticais em 6 tipos: as fixações de preço de revenda⁸⁶, as vendas casadas⁸⁷, as discriminações de preço⁸⁸, as recusas de negociação⁸⁹, as restrições territoriais⁹⁰ e os acordos de exclusividade⁹¹.

A análise econômica das restrições verticais têm sido motivo de intenso debate, no mundo todo, desde o início da década dos anos 80. Desde então, há posições variando entre a aceitação das restrições como infrativas à livre concorrência até posições como a da Escola de Chicago favoráveis à uma inofensividade concorrencial das mesmas. Mais recentemente, emergiu um consenso entre os economistas convergindo para a posição de que as condutas restritivas verticais deveriam ser analisadas sobre o prisma da regra da razão, evitando-se, assim, generalizações.

A jurisprudência de diversos países reflete a variação de posicionamento dos economistas ao longo do tempo sobre as práticas restritivas verticais, especialmente dos

⁸⁶ Fixação de Preços de Revenda: o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores.

Acordos de Exclusividade: os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando, assim, proibidos de comercializar os bens dos rivais.

⁸⁷ Vendas Casadas: o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço.

⁸⁸ Discriminações de Preço: o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

⁸⁹ Recusa de Negociação: o fornecedor ou comprador, ou fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço, estabelece(m) unilateralmente as condições em que se dispõe(m) a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

⁹⁰ Restrições Territoriais: ver definição

⁹¹ Acordos de Exclusividade: os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando, assim, proibidos de comercializar os bens dos rivais.

Estados Unidos. Desde 1911⁹², de acordo com o entendimento majoritário das cortes norte-americanas, essas condutas vinham sendo consideradas como infração per se, prescindindo portanto de análises de benefício líquido. Em 1977, uma decisão da Suprema Corte no caso *Continental T.V., Inc., et al. GTE Sylvania Inc*, muda o enfoque jurisprudencial, estabelecendo uma análise calcada na regra da razão para condutas verticais cujas restrições se caracterizassem por mecanismos outros que não os preços. Enquadrar-se-iam nesse critério todas as práticas supramencionadas, com exceção da fixação de preço de revenda, considerada uma restrição via preços. Na Europa, de maneira análoga aos Estados Unidos, vige o entendimento jurídico baseado no critério da razoabilidade para as condutas verticais com restrição não-preço. A fixação de preços de revenda, por sua vez, é reputada uma infração per se, ou seja, uma conduta não pode ser considerada lesiva ou não à concorrência pela sua simples ocorrência, mas sim observando os efeitos daquela sobre a estrutura do mercado. O órgão julgante brasileiro também não vislumbra a aplicação de infrações per se. O CADE entende que a lei concorrencial no Brasil não contempla esse procedimento específico, aplicando, portanto, uma análise calcada nos benefícios econômicos, em todos os processos examinados.

Outro aspecto que diferencia as jurisdições sob análise diz respeito aos critérios de submissão das práticas verticais às autoridades antitruste. A União Européia estabelece a obrigatoriedade de submissão das condutas verticais não-preço, diferentemente do Brasil e dos Estados Unidos. A imposição deriva do entendimento a priori do caráter potencialmente nocivo das condutas verticais. As autoridades norte-americanas têm a percepção oposta. Nos Estados Unidos, as condutas restritivas verticais são consideradas, em princípio, benéficas sob o ponto de vista da concorrência. Somente alguns casos esparsos têm se revelado concorrencialmente nocivos, sob o ponto de vista das cortes. De fato, poucos processos de restrição vertical não-preço são submetidos às autoridades⁹³. Esse cenário justifica a delegação do ônus postulante do direito pretendido à parte lesada, descartando a submissão obrigatória.

No Brasil, de forma semelhante aos Estados Unidos, não existe obrigatoriedade de submissão de condutas verticais. Apesar da parca jurisprudência, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência parece acompanhar o entendimento norte-americano no assunto com relação ao caráter eminentemente pró-competitivo das

⁹² Conforme entendimento no caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, US. 373 (1911).

⁹³ V. *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy* - p. 62.

práticas verticais. No Processo Administrativo n.º 126/92, em que figuram como representante a empresa Construção Mecânicas CMV e como representada a empresa Potters Industrial Ltda., o CADE concluiu que a escolha dos distribuidores pelos produtores é livre, cabendo ao setor de distribuição determinar suas estratégias mais adequadas. Por ocasião da Consulta n.º 0048/99 encaminhada pela seguradora Vera Cruz, o plenário convalida a conduta da postulante de proibir que os prestadores de serviços por ela contratados celebrassem contratos com concorrentes da seguradora. No julgamento do ato de concentração n.º 08012.004901/99-93, relativo à aquisição do controle acionário da Case Corporation pela New Holland N.V, os conselheiros unanimemente acompanharam o voto do conselheiro relator, cujo argumento apontou que temas relacionados à adoção de estratégias comerciais coordenadas entre as requerentes na esfera da distribuição, estariam relacionados a disposições contratuais estabelecidas entre a distribuidora e sua fornecedora estando prioritariamente adstritos ao direito privado e não ao direito concorrencial.

A) Jurisprudência Norte Americana

Desde a decisão Continental T.V., Inc., et al. GTE Sylvania Inc, de 1977, as decisões relativas a restrições verticais não-preço predominante nas cortes têm seguido uma análise do benefício líquido da conduta. A decisão de determinado produtor de não comercializar com revendedores ou distribuidores pode ser portanto considerada lícita desde que apresente benefícios econômicos que suplantem eventuais restrições concorrenciais. Dentre os benefícios levados em consideração, destacam-se:

- a indução à concorrência com outros fabricantes,
- o aumento na eficiência distributiva,
- o estímulo à proteção de direitos autorais,
- o incentivo ao alcance de montantes mais adequados de informação pré-venda e serviços pós venda,
- o impedimento de condutas oportunistas (*free rider*), incentivando o investimento dos revendedores em capacitação comercial técnica e desenvolvimento comercial do produto.

A análise da razoabilidade concentra-se, em última instância, na análise dos efeitos no mercado a montante de uma restrição no mercado à jusante. Em outras palavras, resulta da ponderação da redução competitiva intramarca em termos de eficiência econômica em relação ao benefício proporcionado pelo incremento da

competição intermarcas.

Não obstante, as práticas restritivas verticais podem ensejar condutas anticompetitivas propiciando o aumento de preços aos consumidores ou aumentando o poder de mercado por meio do aumento do custo de atuação de rivais no mercado ou facilitando a colusão entre produtores. Por vezes, o custo de atuação de rivais é potencializado a ponto de tornar sua atuação proibitiva, impedindo a entrada de novas firmas no mercado. Esse comportamento é chamado de foreclosure.

Assim sendo, a abordagem das autoridades norte-americanas pauta-se por uma análise seqüencial em etapas, envolvendo, respectivamente, a definição do mercado relevante, o cálculo da participação de mercado, o estabelecimento do poder de mercado das representadas, a análise dos fatores conducentes a um impacto negativo no setor intermarcas, os objetivos pretendidos com a restrição, as suas eficiências, e, por fim, a análise da necessidade das medidas restritivas para a consecução dos objetivos. Nesse processo, à representada cabe estabelecer as justificativas para rechaçar o argumento das representantes. O ônus da prova do caráter anticompetitivo da conduta, entretanto, recai sobre o denunciante. Outro aspecto importante a ser considerado é a possibilidade de geração das eficiências por meios concorrencialmente menos nocivos. Somente são considerados eficiências os desdobramentos não alcançáveis por outros meios.

A maioria das cortes norte americanas têm entendido que um efeito líquido negativo só é possível em ocasiões em que o produtor detém parcela substantiva de poder de mercado na área geográfica atingida. No caso *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana alegou que a participação de mercado da empresa representada, de 0,77% da produção total de carvão, seria insuficiente para caracterizar uma substancial redução competitiva no mercado relevante definido.

Não obstante, muitas vezes, pode existir um acordo entre revendedores para a divisão de mercados travestida sob a forma de uma restrição vertical. As cortes norte-americanas tem analisado casos em que existe inclusive um pedido por parte dos revendedores para imposição de restrições territoriais. Esse comportamento é associado a uma conduta cartelizante e tem sido considerado ilícito pelas autoridades antitruste. O acordo feito entre os revendedores da Chevrolet e da General Motors na região de Los Angeles no caso *Jim Meagher Chevrolet, Inc. v. General Motors Corp.*, por exemplo, foi considerado uma conspiração clássica pela Suprema Corte Norte-Americana.

Durante os anos 80, as condutas verticais foram virtualmente ignoradas

pelas autoridades antitruste federais, a despeito de algumas atuações em casos de fixação de preços de revenda. Mais recentemente, a atuação de órgãos federais no sentido de levar a juízo casos de fixação de preços de revenda tem aumentado, possibilitando uma atuação conjunta com as instituições estaduais. Sem embargo, persiste a relativa ausência de casos de restrições verticais não-preço.

Dentre os casos paradigmáticos em relação ao tema, podemos destacar 4: *United States vs. Sealy Inc.*, *U.S. v. Arnold, Schwinn & Co. et al.* (1967), *Continental T.V., Inc., et al. v. GTE Sylvania Inc.* (1977).

No primeiro, a empresa *Sealy Inc.*, produtora de colchões, concedia exclusividade territorial para 29 produtores licenciados para produzir a sua marca, especificações técnicas e design além de estabelecer os preços de venda. A decisão de exclusividade territorial era agravada pelo fato da própria *Sealy* produzir em oito territórios, interessando portanto restringir a concorrência nos mesmos. A Suprema Corte concluiu que a decisão de exclusividade territorial reduzia a concorrência tendo sido derivada de um acordo conjunto dos licenciados com a *Sealy*. Esse caso ilustra como uma restrição horizontal que pode ser confundida com um acordo vertical pelo simples fato de uma empresa conceder licenças a outras.

No caso *United States vs. Arnold Schwinn*, em 1967, a análise da Suprema Corte considerou uma infração per se as restrições impostas por produtores a revendedores de seus produtos.

Em 1977, ocorre o julgamento, anteriormente citado, do caso *Continental vs. GTE Sylvania*. A empresa *GTE Sylvania*, produtora de televisões, foi acusada por um distribuidor de São Francisco, o *Continental T.V.*, por ter proibido a abertura de uma loja em Sacramento. A política de comercialização da *GTE* havia se modificado recentemente. A empresa havia abandonado a comercialização por meio de grandes distribuidoras atacadistas em detrimento de um grupo mais seletivo e agressivo. Aos distribuidores concessionários estabeleceu-se uma restrição territorial. A *GTE* alegou, em sua defesa, que a empresa estava auferindo substanciais lucros em Sacramento e a inclusão de um distribuidor adicional revelar-se-ia contraproducente. A decisão da corte foi favorável à *GTE*. Concluiu-se pela preponderância da concorrência intermarcas em termos do bem estar do consumidor, em detrimento de uma diminuição da competição intramarcas. As restrições verticais, de acordo com o entendimento da Suprema Corte, promoviam uma maior concorrência no mercado a montante, criando eficiências na distribuição, devido à redução nos custos de distribuição.

Por fim, o caso *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical services Inc. et al.* selou um debate acerca da importância da participação de mercado a montante para caracterização de uma conduta infrativa. A representada, uma prestadora de serviço de manutenção de equipamentos produzidos pela Kodak, alegou a recusa de fornecimento de peças de reposição por parte da Kodak para empresas que concorressem com ela no setor de manutenção. De acordo com as alegações, a Kodak teria mudado sua política de vendas de forma a oferecer conjuntamente a venda de peças e a prestação de serviços de manutenção. A polêmica envolvendo o caso girava em torno da questão se um vendedor sem poder de mercado na comercialização do equipamento original deteria poder de mercado na oferta de serviços de manutenção. A Suprema Corte proferiu decisão desfavorável à Kodak, a despeito de sua baixa participação de mercado. Argumentou-se que a competição no mercado intramarcas estaria comprometida pela existência de elevados custos de troca assim como pela assimetria de informações quanto aos custos de manutenção ao longo da vida útil dos equipamentos. Os compradores dos equipamentos Kodak estariam adstritos ao mercado de serviço e manutenção associados aos mesmos, um efeito conhecido como *lock in*. Assim, o fabricante prestador de serviços pós venda deteria uma posição monopolista com conseqüente poder de mercado.

B) Jurisprudência Européia

O Sistema de Defesa da Concorrência da Comunidade Européia estabelece, em seu *Green Paper on Vertical Restraints* de 1998, as diretrizes da política antitruste européia. Neste paper está descrito que um dos maiores objetivos da referida política seria a organização e consolidação de um mercado único. Esta prioridade, no caso europeu, é o que singulariza a visão do órgão antitruste da Comunidade frente a outros órgãos como os norte-americanos. Todo o arcabouço jurídico visa a dar estabilidade, certeza legal e proteger a formação de um mercado único. Nesse contexto regulatório, a análise estritamente econômica está subordinada a objetivos da política pública prioritária (criação do mercado único). Isso se revela fundamentalmente, na forma de ver as restrições verticais. Enquanto os norte-americanos tendem a encarar as mesmas como inofensivas, a Comunidade Européia a priori consideram as restrições verticais como potencialmente lesivas à concorrência, conforme relatado acima. Em conseqüência disso, o sistema antitruste da Comunidade estabelece uma regra geral

para condutas tidas como lesivas à concorrência, sendo obrigatória a notificação de restrições verticais às autoridades, e ao mesmo tempo são determinados blocos de isenções/imunidades antitruste (Block Exemptions) para algumas categorias consideradas inofensivas.

Na análise dos casos não alcançados pela imunidade antitruste, a jurisprudência europeia vem adotando o entendimento consubstanciado na doutrina antitruste contemporânea e também na jurisprudência norte-americana, que analisam as restrições verticais sob a ótica do princípio da razoabilidade. Isso se dá devido à compreensão moderna de que muitas das restrições verticais seriam, na verdade, respostas eficientes a falhas de mercado como as externalidades, o problema do free rider (condutas oportunistas), limitações de informação e limitação de arranjos contratuais formais.

À luz desse princípio, as autoridades antitruste europeias vêm adotando o entendimento que determinadas restrições verticais podem trazer eficiências à economia enquanto que outras podem trazer problemas à livre concorrência. No primeiro grupo estão enquadradas o gerenciamento de preços de revenda como uma forma que o produtor encontra para induzir a prestação de serviços em pontos de venda, evitando comportamento oportunista de outros revendedores. Também as restrições territoriais evitam a duplicação dos esforços de venda e a ocorrência do problema do carona (free rider) entre os revendedores. Os acordos de exclusividade já estimulam que o revendedor concentre esforços na venda daquele produto e que portanto aumente sua escala de vendas, ao mesmo tempo que evita o free riding de outros fabricantes. No segundo grupo, as mesmas práticas restritivas podem ser uma ameaça à concorrência quando são utilizados objetivando o aumento de poder de mercado e/ou a exploração mais efetiva desse poder. Seria o caso por exemplo de um fabricante que tenha mais de 90% de market share em um mercado, e que decida restringir a concorrência intramarca (entre revendedores) por meio de um acordo de exclusividade.

De maneira geral e consoante às diretrizes para análises de restrições verticais da Comunidade Europeia (Green Paper on Vertical Restraints, 1998), as cortes têm entendido que maioria das condutas verticais, especialmente não relacionadas a preço, não podem ser analisadas per se. Para isso a análise do relacionamento entre duas variáveis é imprescindível: concorrência intermarca e concorrência intramarca. As cortes europeias manifestam preocupações com a concorrência diante da adoção de condutas verticais em mercados em que a concorrência intermarca é frágil. Entende-se que a concorrência entre diferentes fabricantes sendo acirrada contrabalançaria os

possíveis efeitos negativos à concorrência de políticas restritivas.

Um exemplo desta tendência seria a decisão da Corte Européia sobre sistema seletivo de distribuição de bens e serviços envolvendo alta tecnologia, conforme descrito abaixo, *in verbis*:

“An alternative means of ditribution is a system whereby outlets are appointed provided they comply with certain standards, without any exclusive obligations on either party. This form of distribution is frequently used for technical products sold by the dealer direct to the user and is common in the computer industry because qualified staff are often required to ensure customer satisfaction and the protection and enhancement of brand image. It is argued that no competition problems arise with this form of arrangement since it may be assumed that a supplier will strive to maximise his profits and, therefore, his sales” (Encyclopedia of Information Technology Law, § 8399).

O sistema seletivo de distribuição tem encontrado aprovação nas decisões da Corte Européia. Esta reconheceu a legitimidade do requisito de manutenção de especialistas capazes de oferecer serviços específicos considerados de alta tecnologia, desde que os distribuidores tenham sido escolhidos com base em requisitos objetivos, relacionados com a qualificação técnica do staff e a adequação das instalações. Outra exigência comum é a de que as condições sejam uniformes para todos os potenciais revendedores e não aplicada de modo discriminatório.

Os autores Bellamy & Child⁹⁴ abordam três condições em que a jurisprudência da Comunidade Européia atenuaria a aplicação restrita da norma proibitiva disposta no artigo 85 (1) do Tratado de Roma relativa a acordos de distribuição, *in verbis*:

“Em primeiro lugar, é questionável considerar que a concorrência seja restringida quando o fornecedor não consiga penetrar no mercado na ausência do contrato, porque o distribuidor poderia não estar preparado para penetrar no mercado sem a proteção da exclusividade; em segundo lugar, os contratos de exclusividade trazem alguns benefícios, uma vez que através da indicação de um distribuidor exclusivo o fornecedor evita a necessidade de negociar um grande número de contratos com revendedores, capacitando-se para intensificar seu esforço de vendas e racionalizar sua distribuição; e em terceiro lugar, tem sido sugerido que a

⁹⁴ Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, 4^A ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 393.

competição que o fabricante enfrenta por parte de outros ofertantes de outros produtos concorrentes (competição intermarcas) será normalmente decisiva, de modo que passa a ser de pouca importância a regulação da relação vertical entre o fornecedor e seu distribuidor”.

Os mesmos autores ainda ressaltam que:

“Alguns fornecedores, em especial aqueles que fornecem produtos sofisticados ao consumidor, desejam limitar a revenda de seus produtos tão somente aos distribuidores aprovados. Ao adotar essa política, o fornecedor pode estar interessado em que os seus produtos seja vendidos apenas em pontos de venda que possuam, pelo menos, um mínimo de perícia técnica... Salvo em circunstâncias excepcionais, o Artigo 85 (1) não se aplica ao sistema de distribuição seletiva se: 1. Os revendedores forem selecionados unicamente com base em critérios qualitativos não discriminatórios relativos a suas capacidades técnicas de lidar com os bens à adequação de suas instalações (sistema de distribuição seletiva simples); 2. Os critérios qualitativos aplicados forem justificadamente necessários para assegurar uma distribuição adequada dos bens em questão; 3. Todos os revendedores qualificados adequadamente forem admitidos no sistema; e 4. O fornecedor não tomar medidas passíveis de obstruir importações ou exportações paralelas”.

A Comunidade Européia vem entendendo, nos casos em que há posição dominante de um fabricante, que a recusa de venda injustificada constitui infração à livre concorrência, conforme atesta decisão no caso Polaroid/SSI Europe, *in verbis*:

“Como um princípio geral uma recusa injustificável de fornecer feita por uma empresa que mantenha uma posição dominante num mercado constitui uma ofensa ao Artigo 86 e deverá também ser considerada como tal quando a empresa dominante fornece o produto sob condição de manter controle sobre seu posterior processamento ou comercialização” .

Nesses casos em que a recusa de venda implica em restrições da concorrência intermarca é exigida uma justificativa para dirimir dúvidas sobre eventuais abusos (ver casos Commercial Solvents v. Commission e Hugin v. Commission –1979).

C) Jurisprudência Brasileira

Conforma já salientado, a jurisprudência brasileira, acompanhando a tendência internacional das jurisprudências norte-americana e européia, também se utiliza do princípio da razão para condutas verticais não-preço. Busca-se, assim, evitar generalizações e pré-julgamentos para a análise de condutas verticais restritivas. Nesse

sentido caminhou decisão unânime do CADE no Processo Administrativo nº 126/92, Construção Mecânicas CMV Ltda. v Potters Industrial Ltda. que ratificou decisão anterior, onde a empresa de Comércio de Pneus Adriano Ltda, e outros denunciavam a Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda. por recusa de vendas (PA nº 42/92). Em ambos os casos, a Corte Brasileira decidiu pela liberdade de escolha pelos produtores dos seus distribuidores e de suas estratégias de distribuição. Em conformidade, portanto está o voto do conselheiro-relator do caso Potters, *in verbis*:

“As informações contidas nos autos deixam evidente o interesse da Representante em se tornar distribuidora da Representada e seu inconformismo em não alcançar tal condição. Questiona-se, então, se a decisão de Potters de negar tal condição à Representada configurar-se-ia em infração à ordem econômica. A decisão unânime do CADE no PA 42/92, onde a empresa Comércio de Pneus Adriano Ltda. e outros denunciavam a Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda. por recusa a venda, foi no sentido de que esta ação não se constituía em infração da ordem econômica uma vez que a escolha dos distribuidores é de livre concorrência das empresas”.

Outro caso que reflete a diretriz seguida pelo CADE remete ao voto, de 09 de agosto de 2000, do relator Conselheiro João Bosco Leopoldino, em resposta a Consulta nº 0048/99 encaminhada pela Seguradora Vera Cruz que intentava a reestruturação de sua rede de comercialização de apólices de seguros por meio de contratos de exclusividade com representantes. O Plenário acompanhou, em decisão unânime, o voto do relator que descorria as seguintes linhas, *in verbis*:

“Se a consulente se propõe a transferir à representante-contratada tecnologia adequada para a adoção de um sistema próprio de administração e comercialização, razoável será que lhe proíba celebrar contratos de prestação de serviços de seguros da mesma natureza com qualquer outra companhia seguradora, ou ainda intermediar a venda de seguros de outras seguradoras. Aqui também não se admitirá o caráter absoluto da proibição, pois que legalmente habilitadas, indicadas pela contratada (representante) e formalmente acatadas pela Vera Cruz.

.....

Com o Contrato de Exclusividade o que a Vera Cruz pretende é fornecer a um número maior de pessoas de regiões distintas, um serviço especializado de qualidade padrão. Isso nunca pode ser prejudicial ao consumidor. É certo que a consulente não teria melhor condição de penetração do mercado sem a participação dos representantes. E estes não teriam possibilidade de se preparar com modernas tecnologias para melhor execução do trabalho sem a proteção de exclusividade. O que a Vera Cruz

pretende fazer é apenas entrar no mercado e outros Estados da Federação sem arcar com as despesas para estruturação física e organizacional necessárias, e fará isto através de contrato com representantes.

Acredito não estar configurada aqui nenhuma prática anticoncorrencial, ou qualquer possibilidade de produção dos efeitos relacionados nos incisos do artigo 20 da lei n. 8.884, desde que o contrato se implemente e se concretize com a observância dos princípios acima mencionados.”

Em julgamento do Ato de Concentração n.º 08012.004901/99-93, de 20/09/2000, que tratava da aquisição do controle acionário da Case Corporation pela New Holland N.V, o Plenário unanimemente acompanhou o voto do relator Thompsom Andrade no exame da impugnação ao ato feita por um revendedor de produtos da marca Case (tratores e equipamentos agrícolas e para construção civil). Assim sendo, o relator discorreu sobre a questão da reestruturação da rede de distribuição, *in verbis*:

“...entendo que cabem às Requerentes as decisões referentes à reestruturação do sistema de distribuição após o Ato em análise.

Bem identificou a SDE em seu parecer, fls. 972, que ‘a dinâmica concorrencial dos mercados identificados neste parecer centra-se claramente na rivalidade intermarcas, carecendo de qualquer significado, à luz da política antitruste, tratar cada uma das redes de distribuição das requerentes como mercados relevantes distintos.’

Sendo assim, considero que as questões levantadas pela distribuidora da Case, relativas à adoção de estratégias comerciais coordenadas entre as Requerentes na esfera da distribuição, dizem respeito a disposições contratuais estabelecidas entre a distribuidoras e sua fornecedora, sendo afetas antes ao direito privado do que ao direito da concorrência.”

Quanto à recusa de venda, a jurisprudência nacional seguindo o entendimento das cortes estrangeiras considera que deve haver a análise via regra da razão. A conduta só é considerada lesiva à concorrência quando perpetrada por empresa com posição dominante. Assim, a jurisprudência do CADE quanto à matéria destaca que:

“A recusa de vendas é admissível quando não configure tentativa de dominação de mercado ou eliminação da concorrência. No exame da recusa, há que se considerar a razoabilidade da conduta do agente econômico do ponto de vista de sua estratégia comercial.” (Julgados do CADE – AP n.º 159/88, PA n.º 42/92 e Representação n.º 132/90).