

Ana Frazão

Direito da **Concorrência**

— * —

Pressupostos e perspectivas

2017

saraiva  jur

Q 1120
339 137:34
F848D

ISBN 978-85-472-1403-6

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057



Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

0800-0117875
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Presidente Eduardo Mufarej
Vice-presidente Claudio Lensing
Diretora editorial Flávia Alves Bravin

Conselho editorial

Presidente Carlos Ragazzo
Consultor acadêmico Murilo Angeli Dias dos Santos

Gerência

Planejamento e novos projetos Renata Pascual Müller
Concursos Roberto Navarro
Legislação e doutrina Thais de Camargo Rodrigues

Edição

Eveline Gonçalves Denardi
Verônica Pivisan Reis

Produção editorial

Ana Cristina Garcia (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa
Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Guilherme H. M. Salvador
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro
Mônica Landi
Surane Vellenich
Tatiana dos Santos Romão
Tiago Dela Rosa

Diagramação Fabricando Ideias Design Gráfico

Revisão Juliana Bormio de Sousa

Comunicação e MKT Elaine Cristina da Silva

Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão e acabamento Bartira

Frazão, Ana

Direito da concorrência : pressupostos e perspectivas /
Ana Frazão. – São Paulo : Saraiva, 2017.

1. Direito econômico 2. Concorrência 3. Direito antitruste
I. Título.

16-1330

CDU 346.546

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito econômico 346.546
2. Concorrência 346.546

Data de fechamento da edição: 29-3-2017Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por
qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora
Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido
na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 602666 CAE 619782



SUMÁRIO

<i>Agradecimentos</i>	7
<i>Prefácio</i>	17
<i>Apresentação</i>	19
<i>Introdução</i>	23

PARTE I – FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

CAPÍTULO 1– AS FINALIDADES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	29
1.1. As origens do Direito da Concorrência e suas conexões com a democracia e outros importantes princípios constitucionais.....	30
1.1.1. Os objetivos atribuídos ao <i>Sherman Act</i> em sua gênese e primeiras fases.....	30
1.1.2. Os fundamentos da criação do Direito da Concorrência no Brasil	33
1.2. O caminho para a “desconstitucionalização” do Direito da Concorrência no Brasil	39
1.3. Preparando o terreno para a aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição: o reconhecimento das limitações das abordagens exclusivamente econômicas ou consequencialistas ..	42
1.4. O primeiro passo para a aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição: reconhecer a centralidade da Constituição na discussão sobre os pressupostos e os propósitos do controle do poder econômico.....	46
1.5. Diálogos importantes em torno das finalidades do Direito da Concorrência	52
1.5.1. Direito da Concorrência e proteção ao consumidor	52

1.5.2. Direito da Concorrência e proteção da inovação.....	58
1.5.3. Direito da Concorrência e combate à corrupção	63
1.6. Meios para a consecução das finalidades do Direito da Concorrência: o papel da advocacia da concorrência, da cooperação e da autorregulação (<i>compliance</i>)	67
1.7. Síntese	70
CAPÍTULO 2 – O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO CONTEXTO DAS DISCUSSÕES SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA.....	73
2.1. Direito da Concorrência e mercados como construções sociais, políticas e jurídicas	73
2.2. Os critérios econômicos tradicionais para a regulação dos mercados: perspectivas e limitações.....	79
2.3. A tentativa de mascarar a complexidade dos mercados e demonizar o papel do Estado: principais reflexos sobre o Direito da Concorrência.....	86
2.4. Recentes perspectivas para a análise das relações entre economia e direito	92
2.5. Preocupações com a manutenção da racionalidade jurídica: os problemas de se substituir os critérios econômicos pelos critérios políticos	96
2.6. Mercados, direitos individuais e distribuição de recursos sociais	99
PARTE II – O CONTROLE DE ESTRUTURAS	
CAPÍTULO 3 – ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE ESTRUTURAS.....	109
3.1. As finalidades do controle de estruturas	110
3.2. O objeto do controle de estruturas	113
3.2.1. A necessidade de identificação do ato de concentração	113
3.2.2. A multiplicidade das formas de concentração.....	115
3.3. Os atos de concentração conforme seus impactos sobre o mercado	117
3.4. A Lei n. 12.529/2011 e a sua definição de ato de concentração ...	121
3.5. A natureza prévia do controle de estruturas	124
3.5.1. A vedação ao <i>gun jumping</i> na Lei n. 12.529/2011.....	124
3.6. Os requisitos legais para a aprovação dos atos de concentração .	130
3.7. A metodologia e as etapas da análise dos atos de concentração ..	135
3.7.1. O papel dos guias e roteiros metodológicos	135

3.7.2. Características gerais do Guia brasileiro de concentrações horizontais.....	137
3.7.3. Etapas da análise concorrencial	139
3.7.3.1. Identificação do mercado relevante	139
3.7.3.1.1. Mapeamento do problema	139
3.7.3.1.2. A flexibilização do mercado relevante e a possibilidade de defini-lo sob dupla dimensão no plano geográfico	141
3.7.3.1.3. Os desafios da tecnologia no que diz respeito à delimitação do mercado relevante	143
3.7.3.2. Análise das participações de mercado	146
3.7.3.3. Análise da probabilidade do poder de mercado	149
3.7.3.4. Análise de eficiências.....	151
3.7.3.5. Análise dos efeitos líquidos e das possibilidades de colusão	155
3.7.3.6. A relevância do aspecto retributivo e a solução adotada no Ato de Concentração n. 08700.005447/2013-12 (Anhanguera e Kroton)	156
3.8. Possibilidades de decisão	158
3.8.1. A possibilidade de adotar restrições unilaterais e/ou de celebrar Acordos em Controle de Concentrações	159
3.8.1.1. Exemplo prático dos delineamentos gerais dos Acordos em Controle de Concentração: o caso dos ACs n. 08700.005447/2013-12 e n. 08700.004185/2014-50 ..	161
3.9. Considerações finais.....	167
 CAPÍTULO 4 – OBJETO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS: OS GRUPOS SOCIETÁRIOS...	 169
4.1. Introdução: a relevância dos grupos societários no processo de concentração empresarial.....	169
4.2. Pressuposto dos grupos: a direção unitária.....	170
4.3. A constatação dos grupos a partir do controle.....	177
4.4. A existência de grupo sob a perspectiva da composição dos órgãos administrativos: o <i>interlocking</i>	183
4.5. Os grupos sob a perspectiva da influência significativa.....	186
4.6. O problema das participações minoritárias ou do investimento financeiro	190
4.7. Peculiaridades da identificação dos grupos na seara concorrencial	194
4.8. Síntese.....	197

CAPÍTULO 5 – OBJETO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS: OS GRUPOS CONTRATUAIS	201
5.1. Crescente importância de formas alternativas entre a empresa e o mercado	202
5.1.1. Contexto econômico que propicia o fomento dos contratos associativos	202
5.2. Contratos relacionais como “terceira via” entre a empresa e o mercado.....	207
5.3. Contratos associativos	209
5.3.1. Contratos associativos como contratos de fim comum	209
5.3.2. Contratos associativos como contratos de organização	212
5.3.3. Importância da distinção entre os contratos híbridos e os contratos associativos	214
5.4. Espécies de contratos associativos	215
5.4.1. Consórcios.....	215
5.4.2. <i>Joint ventures</i>	216
5.4.2.1. <i>Joint ventures</i> como contratos para a realização de uma empresa comum	217
5.4.2.2. <i>Joint ventures</i> como contratos organizativos.....	219
5.4.2.3. <i>Joint ventures</i> como contratos de compartilhamento de controle empresarial	222
5.4.2.4. Síntese: <i>Joint ventures</i> como contratos que criam um novo ente econômico	223
5.4.3. Parcerias, alianças e outros contratos associativos	224
5.4.4. Os contratos híbridos.....	226
5.4.4.1. Principais desafios concernentes aos contratos híbridos	226
5.4.4.2. A questão das <i>networks</i>	228
5.4.4.3. A questão do controle externo.....	233
5.4.4.4. Contrato de licenciamento de tecnologia: o caso Monsanto	238
5.5. Conclusões.....	241

PARTE III – CONTROLE DE CONDUTAS

CAPÍTULO 6 – O CONTROLE DE CONDUTAS NO DIREITO BRASILEIRO	245
6.1. Introdução	245
6.2. Arcabouço constitucional do ilícito antitruste.....	248

6.3. Arcabouço legal do ilícito antitruste.....	252
6.4. Características estruturais do ilícito antitruste.....	256
6.4.1. Tipicidade aberta.....	256
6.4.2. Inexigibilidade de culpa	259
6.4.2.1. Necessária aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador	259
6.4.2.2. Dificuldades da responsabilidade objetiva para fins de punição.....	261
6.4.2.3. Os aportes da teoria geral e da cláusula geral de vedação ao abuso de direito	267
6.4.2.4. A discussão sobre excludentes de ilicitude	271
6.4.3. Inexigibilidade de produção de efeitos concretos.....	273
6.5. Parâmetros de imputação e culpabilidade das pessoas jurídicas pelo ilícito antitruste	275
6.5.1 Critérios de imputação e culpabilidade das pessoas jurídicas.	275
6.6. Horizontes para os programas de <i>compliance</i> diante dos critérios de responsabilização punitiva das pessoas jurídicas	280
6.6.1. A importância dos programas de <i>compliance</i>	280
6.6.2. Os programas de <i>compliance</i> na seara anticorrupção e na seara antitruste	282
6.6.3. As perspectivas que se abririam com a teoria do defeito de organização	286
6.7. Metodologias de análise do Direito Antitruste	288
6.7.1. A regra <i>per se</i> e a regra da razão.....	288
6.7.2. Ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos	292
6.8. A prova do ilícito antitruste	294
6.8.1. Necessidade de recorrer a presunções.....	294
6.8.2. Posição dominante, mercado relevante e participação de mercado	296
6.8.3. A utilização de provas indiciárias.....	297
6.9. A sanção no controle de condutas	298
6.9.1. Aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador às sanções: a necessidade de observar o princípio da proporcionalidade e a vedação ao <i>bis in idem</i>	302
6.9.2. Medidas estruturais no controle de condutas	308
6.9.3. A solidariedade nos grupos econômicos e seus desdobramentos sobre as sanções aplicadas pela autoridade antitruste	311

6.10. <i>Joint ventures</i> e a delicada questão do regime de responsabilidade dos contratantes	314
6.10.1. <i>Joint ventures</i> e os limites à autonomia privada dos contratantes	314
6.10.2. <i>Joint ventures</i> e o regime de responsabilidade dos contratantes perante terceiros e diante de determinados interesses difusos.....	318
 CAPÍTULO 7 – TÓPICOS ESPECIAIS EM CONTROLE DE CONDUTAS.....	 323
7.1. Introdução	323
7.2. Desdobramentos das discussões em torno da natureza da responsabilidade concorrencial por ilícitos antitruste	324
7.2.1. Impossibilidade de aplicação de sanção diante da boa-fé do administrado decorrente de pronunciamento anterior específico do CADE em seu favor	326
7.2.2. As consequências da regulação sobre a responsabilidade no Direito Antitruste	330
7.2.3. A possibilidade de aplicação do Direito Antitruste a cláusulas previstas em convenções coletivas de trabalho	346
7.3. Poder compensatório como excludente de ilicitude nos casos de negociações coletivas e de implementação de tabelas de preços relativas a honorários médicos	350
7.3.1. Jurisprudência do CADE em casos de tabelas médicas	351
7.3.2. Características do mercado de saúde suplementar	357
7.3.3. A tese do poder compensatório e a reprovabilidade da conduta	362
7.3.3.1. A importância da discussão sobre o poder compensatório.....	362
7.3.3.2. Poder compensatório no mercado de saúde suplementar	366
7.3.3.3. O problema da dupla margem	367
7.3.3.4. Os efeitos da conduta sobre o consumidor: o problema do repasse de eventuais aumentos dos planos e a questão da qualidade.....	371
7.3.3.5. A eficiência como parâmetro de identificação da infração antitruste.....	375
7.3.3.6. A análise do poder compensatório sob um viés jurídico	376
7.3.3.7. Parâmetros gerais: o poder compensatório e suas formas de exercício	379

7.3.3.8. As peculiaridades do mercado de saúde suplementar e as funções institucionais do Conselho Regional de Medicina.....	384
7.3.3.9. Critérios gerais de verificação de abuso na conduta das entidades médicas	387
7.3.4. Conclusão.....	391
7.4. <i>Sham litigation</i>	391
7.4.1. <i>Sham litigation</i> na jurisprudência do CADE	397
7.5. Direito Antitruste e propriedade intelectual	402
7.5.1. Problemas concorrenciais associados à proteção de patentes: registro de patente, licenciamento, <i>pools</i> patentários e recusa de licenciar	411
7.5.2. Direitos de <i>copyright</i> e indústrias de rede: novos desafios impostos à autoridade antitruste.....	415
7.5.3. <i>Sham litigation</i> : pressupostos e dificuldades da análise.....	417
7.5.3.1. O Caso Bann Química	421
7.5.3.2. O Caso Eli Lilly.....	423
7.6. Relação entre Direito Antitruste e concorrência desleal	430
7.6.1. <i>Brand preemption</i> e <i>product disparagement</i> : o caso das cervejas Puerto del Sol e Puerto del Mar	433
7.6.2. Monitoramento de ligações ao SAC de concorrente: concorrência desleal e/ou infração concorrencial?	438
7.7. Cartéis: metodologia de análise e critérios probatórios.....	440
7.7.1. Metodologia de análise de cartéis.....	440
7.7.2. Padrão probatório em casos de cartéis.....	445
7.8. Condutas unilaterais: pressupostos de análise	456
7.8.1. Recusa de contratar.....	456
7.8.1.1. A recusa de contratar na jurisprudência e na legislação brasileira: o caso do fornecimento de escória	466
7.8.2. A prática de venda casada	470
7.8.3. Os preços predatórios e as limitações da análise neoclássica	473
7.8.3.1. Caso Bann Química e a aplicação de novos pressupostos metodológicos à conduta de preços predatórios	478
<i>Referências</i>	483