

**Calixto Salomão Filho**

# **Direito Concorrencial**

**2<sup>a</sup>** | revista e  
edição | atualizada



- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- Fechamento desta edição: 04.03.2021
- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa  
Copyright © 2021 by  
**Editora Forense Ltda.**  
*Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional*  
Travessa do Ouvidor, nº 11 – 8º andar – Centro  
Rio de Janeiro / RJ – CEP 20040-040  
www.grupogen.com.br
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.
- Capa: Fabricio Vale
- A partir da 2ª edição essa obra passou a ser publicada pela Editora Forense.

■ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**  
**SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

---

S17d  
Salomão Filho, Calixto

Direito Concorrencial / Calixto Salomão Filho. – 2ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Inclui bibliografia e índice  
ISBN 978-65-596-4081-2

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

21-69734

346.546.4(81)

---

Meri Gleice Rodrigues de Souza – Bibliotecária – CRB-7/6439

**SUMÁRIO****Parte I  
PARTE GERAL**

CAPÍTULO I – ANÁLISE CRÍTICA DA REALIDADE E DA TEORIA ANTI-TRUSTE.....	3
1. Penúria de uma disciplina.....	3
2. O poder econômico e seus múltiplos efeitos nas esferas social e econômica: monopólios e subdesenvolvimento.....	5
3. A história econômica de sistemas coloniais monopolistas e seus efeitos no processo de desenvolvimento.....	10
3.1. Sistemas monopolistas coloniais.....	11
3.2. O período de industrialização.....	13
3.3. Internacionalização de estruturas monopolistas.....	15
CAPÍTULO II – PERSPECTIVA NEOESTRUTURALISTA.....	17
1. Direito concorrencial e Constituição Econômica.....	17
2. Direito concorrencial: as várias concepções.....	19
3. Resultados econômicos vs. valores jurídicos.....	23
3.1. Resultados econômicos como parâmetros jurídicos.....	23
3.2. A abordagem jurídica: direito econômico como um modelo procedimental econômico.....	25
4. Uma alternativa: estruturalismo jurídico e teoria jurídica do antitruste.....	29
4.1. A economia do bem-estar e a teoria da escolha social.....	30
4.1.1. Evolução.....	30
4.1.2. Racionalidade: os vários significados.....	31
4.1.3. Ética e Economia.....	32
4.2. O direito de concorrência como modelo institucional e procedimental econômico.....	33
4.3. Relevância do conceito institucional de concorrência.....	37

**XVI** DIREITO CONCORRENCIAL – *Calixto Salomão Filho*

4.3.1.	Garantia da concorrência vs. garantia do concorrente .....	38
4.3.2.	Elementos da tutela concorrencial: garantia de lealdade e de existência efetiva .....	40
4.4.	Alguns efeitos aplicativos.....	43
4.5.	Conclusão parcial: estruturalismo jurídico e organização social .....	45
<b>CAPÍTULO III IMPACTOS NA DISCIPLINA ANTITRUSTE .....</b>		<b>47</b>
1.	Interesses tutelados pelo direito concorrencial .....	47
1.1.	Interesses protegidos: o falso paradoxo.....	47
1.1.1.	A ordem concorrencial .....	54
1.1.1.1.	Expansão do conceito de garantias institucionais: as normas de proteção .....	54
1.1.1.2.	O conceito tradicional de interesses difusos .....	56
1.1.1.3.	Interesses difusos e garantias institucionais .....	60
1.1.1.4.	Conclusão: a ordem econômica como interesse institucional .....	64
1.1.2.	Os consumidores.....	68
1.1.2.1.	Titularidade direta ou indireta dos direitos subjetivos de ordem concorrencial .....	69
1.1.2.2.	Direito concorrencial e direito do consumidor .....	72
1.1.3.	Os concorrentes.....	77
1.1.4.	Outros interesses .....	79
1.1.4.1.	As especificidades da análise do poder econômico no Brasil: tripla drenagem e ampliação de interesses .....	79
1.1.4.2.	A ampliação de significado do “interesse da ordem concorrencial” .....	80
2.	Os instrumentos: estruturas e condutas no direito concorrencial.....	81
2.1.	Controle meramente estrutural do poder no mercado.....	81
2.2.	Disciplina das estruturas vs. disciplina dos comportamentos? .....	91
2.3.	Disciplina das estruturas e disciplina dos comportamentos .....	92

**Parte II**  
**ESTRUTURAS**

<b>CAPÍTULO I – A IDENTIFICAÇÃO DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO ...</b>		<b>97</b>
1.	Poder no mercado e sua medição.....	97

1.1	Os conceitos marginalistas fundamentais.....	99
1.2	Poder no mercado e participação no mercado .....	100
1.3	A racionalidade monopolística .....	101
1.4	Critérios de identificação do poder no mercado .....	103
1.4.1	Formas de determinação não baseadas na definição de mercado.....	103
1.4.2	O lucro excessivo.....	106
2.	Poder no mercado e definição do mercado .....	108
2.1	O método de definição do mercado.....	109
2.2	O mercado dos produtos.....	113
2.2.1	Substitutos da demanda.....	113
2.2.2	Substitutos da oferta .....	115
2.3	O mercado geográfico .....	117
2.3.1	Considerações gerais .....	118
2.3.2	O mercado interno .....	120
2.3.3	O mercado internacional.....	123
2.3.4	O mercado comum.....	125
2.4	A participação no mercado relevante como critério de identificação.....	130
3.	Poder de mercado e assimetria de informação.....	132
4.	Formas de manifestação do poder no mercado .....	134
4.1	Os monopólios .....	134
4.2	Os oligopólios.....	137
4.3	Os monopsônios e os oligopsônios.....	143
4.4	Estruturas de informação concentrada.....	145
4.4.1	Estruturas verticais .....	146
4.4.2	Estruturas jurídicas concentradoras de informação. O caso das patentes de bens essenciais .....	147
CAPÍTULO II – O CONTROLE DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO .....		149
1.	Critérios de identificação vs. critérios de sancionamento.....	149
2.	A “regra da razão” para avaliação do poder no mercado.....	150
3.	Eliminação substancial da concorrência: seus critérios de avaliação.....	154
3.1	A participação no mercado como critério de sancionamento.....	154
3.2.	O nível de concentração.....	155
3.3.	A natureza dos produtos e a estrutura de custos .....	157

**XVIII** | DIREITO CONCORRENCIAL – *Calixto Salomão Filho*

3.4.	As barreiras à entrada.....	159
3.5.	O poder compensatório .....	164
3.6.	A criação de escassez.....	167
3.7.	Conclusão: a importância relativa dos vários fatores.....	167
4.	As justificativas para as restrições à concorrência.....	168
4.1.	A eficiência.....	168
4.1.1.	A noção neoclássica.....	169
4.1.2.	Eficiência e distribuição de seus benefícios.....	173
4.2.	A política industrial .....	175
4.2.1	Instrumentos de política industrial e sistema concorrencial.....	177
4.2.1.1.	A pesquisa tecnológica .....	178
4.2.1.2.	As empresas em crise .....	180
4.2.1.3.	O apoio à pequena e média empresas .....	186
4.2.1.4.	Os monopólios naturais .....	187
4.2.1.5.	A nova realidade dos monopólios naturais: tecnologia e concorrência entre redes .....	193
4.2.2.	Atuação estatal e direito concorrencial.....	197
4.2.2.1.	Exercício do poder regulamentar e sua legiti- midade do ponto de vista concorrencial .....	198
4.3.	Avaliação geral das justificativas .....	211
CAPÍTULO III – AS ESTRUTURAS ORGANIZATIVAS.....		213
1.	Estruturas de poder no mercado.....	214
1.	Cooperação vs. concentração empresarial.....	214
1.2.	Direito societário e direito concorrencial.....	217
1.2.1.	O problema da “neutralidade” do direito societário .....	217
1.2.2.	Aplicações específicas.....	218
1.2.3.	Escopos societários e escopos concorrenciais.....	223
1.2.4.	“Influência dominante” .....	225
1.2.5.	A “influência relevante do ponto de vista concorrencial” ..	229
1.2.6.	O art. 88 da Lei brasileira e sua aplicação à concentração empresarial.....	233
1.3.	As concentrações econômicas .....	236

1.3.1.	As formas possíveis de concentração econômica.....	236
1.3.2.	As concentrações horizontais.....	237
1.3.2.1.	Concentração horizontal e crescimento interno .....	237
1.3.2.2.	A eficiência .....	239
1.3.3.	As concentrações verticais.....	241
1.3.3.1.	Hipótese independente ou caso especial de concentração horizontal? .....	241
1.3.3.2.	A eficiência nas concentrações verticais .....	245
1.3.4.	A formação de conglomerados .....	249
1.3.4.1.	Os conglomerados com poder no mercado .....	249
1.3.4.2.	Poder financeiro e poder no mercado .....	251
2.	Estruturas jurídicas .....	253
2.1.	Introdução.....	253
2.2.	Função econômica .....	255
2.3.	Consequências sobre a definição de patente .....	255
2.4.	Requisitos de patenteamento.....	256
2.5.	Produtos patenteáveis: análise crítica à luz dos princípios concorrenciais.....	257
2.6.	Setores negligenciados.....	259
2.7.	Patentes: limites do uso .....	261
2.8.	Patentes e licença compulsória.....	263
2.9.	Importação paralela legítima.....	266
2.10.	Conclusão: o licenciamento compulsório e seus efeitos sobre os interesses envolvidos.....	266
3.	Estruturas de dominação de bens comuns.....	269
3.1.	Introdução: o problema.....	269
3.2.	A insuficiência da dicotomia bem privado-bem público .....	270
3.3.	Bens comuns e poder econômico .....	271
3.4.	Bens comuns e meio ambiente: poder econômico vs. cooperação....	272
3.5.	Alternativas de intervenção estrutural.....	274
3.5.1.	Apropriação: regulação e cooperação descentralizadas.....	276
3.5.2.	Utilização: conexão entre produção e consumo .....	277
3.6.	Sistemas produtivos, ausência de escolha e abuso de poder .....	279

### Parte III

## CONDUTAS

CAPÍTULO I – O CONTROLE DAS CONDUTAS NA TEORIA CONCORRENCIAL.....	283
1. Introdução: <i>ratio</i> da disciplina dos comportamentos e interação com o controle das estruturas.....	283
2. Novas teorias comportamentais e sua aplicação ao antitruste .....	284
2.1 O embate tradicional.....	284
2.2. As novas teorias comportamentais: o pensamento econômico “pós-Chicago” .....	284
2.2.1. A teoria dos mercados contestáveis.....	285
2.2.2. A teoria dos jogos .....	286
2.2.3. A nova Economia Institucional.....	288
2.2.3.1. Os custos de transação .....	289
2.2.3.2. As teorias econômicas críticas ao dogma neoclássico da racionalidade econômica .....	292
3. Os comportamentos na teoria jurídica .....	295
3.1. A estrutura do ilícito: ato, elemento volitivo e efeito.....	295
3.2 Gênese e função das regras sobre controle dos comportamentos na Lei Concorrencial brasileira .....	299
 CAPÍTULO II CONDUTAS TENDENTES À DOMINAÇÃO DOS MERCADOS E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE: PRINCÍPIOS E REGRAS GERAIS.....	 305
1. O direito concorrencial na Constituição.....	305
1.1. Os limites constitucionais da intervenção do Estado na ordem econômica.....	305
1.2. Sentido e funções do art. 173, § 4º, da CF .....	306
1.2.1. O sentido clássico da expressão “abuso de poder econômico” e a mudança na Constituição de 1988 .....	306
1.2.2. Abuso de poder econômico e garantia institucional da concorrência.....	307
1.2.3. Abuso de poder econômico e função social dos agentes no mercado.....	309
1.2.3.1. Bem essencial e função social dos monopolistas .....	309
1.2.3.2. Consequências aplicativas: acesso necessário e preço do acesso .....	312
1.2.3.3. A questão no Direito Brasileiro .....	313



2.	Objetividade jurídica e função da expressão “dominação dos mercados”....	314
2.1.	As várias acepções do termo.....	314
2.2.	O sentido econômico e suas incertezas.....	315
2.3.	O sentido jurídico.....	315
2.4.	Tipos de condutas que podem levar à dominação.....	319
3.	Justificativas para a dominação dos mercados: extensão e limites.....	320
3.1.	O direito industrial.....	321
3.1.1.	Notícia histórica.....	322
3.1.2.	Função econômica.....	324
3.1.3.	Princípios concorrenciais do direito industrial.....	325
3.1.3.1.	Consequências sobre a fattispecie.....	325
3.1.3.2.	Consequências para a disciplina.....	327
3.1.4.	Direito concorrencial e direito industrial.....	331
3.2.	A eficiência econômica.....	332
3.2.1.	Ascensão e declínio da defesa da eficiência.....	332
3.2.2.	Eficiência no controle das condutas e das estruturas.....	333
3.2.3.	Eficiência nos atos tendentes à dominação dos mercados: considerações gerais.....	335
3.2.3.1.	Exclusão de concorrentes.....	336
3.2.3.2.	Colusão.....	338
3.2.4.	Conclusão: balanço concorrencial e eficiência distributiva.....	338
4.	Poder no mercado, dominação do mercado e abuso de posição dominante.....	340
4.1.	Abuso de posição dominante: considerações gerais.....	342
4.2.	Abuso de direito de propriedade intelectual.....	347
CAPÍTULO III – AS CONDU­TAS EM ESPÉCIE.....		353
1.	Introdução.....	353
2.	Teorias econômicas e teoria jurídica.....	353
3.	Exclusão de concorrentes.....	354
3.1.	Predação.....	355
3.1.1.	A teoria econômica neoclássica e suas variantes.....	356
3.1.1.1.	Os antecedentes.....	356
3.1.1.2.	O critério baseado na comparação entre preço e custo.....	357

3.1.1.3.	A possibilidade de recuperação dos custos incorridos na predação.....	359
3.1.1.4.	As primeiras dúvidas: os custos dos erros na avaliação econômica .....	361
3.1.2.	A teoria dos comportamentos estratégicos .....	362
3.1.2.1.	Crítica à concepção neoclássica da racionalidade do predador .....	362
3.1.2.2.	A predação como comportamento estratégico ...	364
3.1.2.3.	Conclusão: a teoria jurídica da predação .....	365
3.1.3.	Os preços predatórios.....	368
3.1.3.1.	Objetivo predatório .....	368
3.1.3.2.	Custo e quantidade ofertada .....	370
3.1.3.3.	Possibilidade de dominação do mercado .....	371
3.1.4.	A predação tecnológica .....	375
3.1.4.1.	Predação através da inovação .....	375
3.1.4.2.	Predação através da incompatibilidade de sistemas .....	378
3.1.4.3.	Retornos crescentes de escala e externalidades positivas de redes .....	379
3.1.4.4.	O caso da indústria de software .....	381
3.2.	Negociação compulsória .....	386
3.2.1.	A disputa econômica tradicional.....	386
3.2.2.	Negociação voluntária ou compulsória .....	390
3.2.2.1.	Dependência absoluta .....	392
3.2.2.2.	Dependência relativa .....	397
3.2.3.	Abuso de posição dominante ou ato tendente à dominação do mercado .....	399
3.2.3.1.	Abuso de posição dominante .....	401
3.2.3.2.	Ato tendente à dominação do mercado .....	404
3.2.4.	A venda casada .....	405
3.2.4.1.	Conceito .....	405
3.2.4.2.	Objetivo ilícito .....	407
3.2.5.	Negociação recíproca .....	409
3.2.6.	Recusa de contratar .....	411
3.2.6.1.	Recusa de contratar e livre-iniciativa .....	412
3.2.6.2.	As diversas espécies de recusa .....	413
3.2.6.3.	Conclusão .....	420

3.2.7.	Exclusividade.....	421
3.2.7.1.	Exclusividade e eficiência .....	422
3.2.7.2.	Exclusividade e concorrência .....	425
3.2.7.3.	A exclusividade e seus requisitos de aplicação ...	430
4.	Colusão .....	432
4.1.	Colusão vertical e horizontal.....	432
4.2.	Colusão horizontal.....	433
4.2.1.	Condutas colusivas .....	434
4.2.1.1.	Acordos expressos .....	435
4.2.1.2.	Comportamento paralelo intencional .....	439
4.2.2.	Requisitos estruturais.....	446
4.2.2.1.	Existência de interdependência .....	446
4.2.2.2.	Participação no mercado vs. poder no mercado .....	449
4.2.3.	A extensão da colusão: mercados singulares e colusão multimercado .....	451
4.2.4.	Possíveis justificativas para a colusão .....	452
4.3.	Colusão vertical.....	455
4.3.1.	Práticas discriminatórias.....	456
4.3.1.1.	Objetivo colusivo .....	456
4.3.1.2.	Efeitos potenciais .....	457
4.3.2.	Uniformização de preço ou condições de revenda.....	459
4.3.2.1.	As concepções econômicas .....	459
4.3.2.2.	A concepção jurídica .....	463
	CONCLUSÃO .....	473
	BIBLIOGRAFIA.....	477