

STJ00115564

TRATADO DE DIREITO EMPRESARIAL

COORDENAÇÃO
MODESTO CARVALHOSA

VII

DIREITO CONCORRENCIAL

3ª edição revista, atualizada e ampliada

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI
VICENTE BAGNOLI

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™



Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quênia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Tnyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiários: Beatriz Hammond e Caroline Dubovicki

Capa: Brenno Stolagli Teixeira

Adaptação de Capa: Linotec

Lider de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILIA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Franceschini, José Inácio Gonzaga
Direito Concorrencial / José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli. 3. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. -- (Coleção Tratado de Direito Empresarial ; v. 7 / coordenação Modesto Carvalhosa)

Bibliografia.

ISBN 978-65-260-0655-9

1. Concorrência 2. Direito econômico I. Bagnoli, Vicente. II. Carvalhosa, Modesto. III. Título. IV. Série.

22-127712

CDU-34:33 381.81

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito concorrencial : Direito econômico 34:33:381.81
Cibele Maria Dias Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

ESTRUTURA DA COLEÇÃO.....	5
APRESENTAÇÃO DO COORDENADOR.....	7
CRONOLOGIA DE FATOS MARCANTES DA CARREIRA DE MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA	9
NOTA DOS AUTORES.....	13
SOBRE OS AUTORES.....	21
CAPÍTULO I – CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....	41
1. Introdução	43
2. Definição e Taxinomia.....	48
3. Política de Concorrência e Desenvolvimento	83
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	87
1. Abordagens do Direito da Concorrência a partir da História.....	89
1.1 A Concorrência antes do Capitalismo	89
1.1.1 A Antiguidade Clássica.....	90
1.1.2 A Idade Média	93
1.2 A Concorrência a partir do Surgimento do Capitalismo...	96
1.2.1 A Idade Moderna	97

1.2.2	O Iluminismo	99
1.2.3	As Revoluções Liberais	100
1.2.4	A Revolução Francesa: Ruptura Social.....	101
1.2.5	A Revolução Industrial: Ruptura Econômica.....	102
1.2.6	A Quarta Revolução Industrial.....	106
1.3	As Escolas do Direito da Concorrência.....	107
1.3.1	Estados Unidos: Escolas de Harvard e Chicago ...	107
1.3.2	União Europeia: Escola Ordoliberal.....	117
1.3.3	Canadá: A Primeira Lei Concorrencial	124
1.3.4	Concorrência em Economias de Estado.....	125
1.3.5	O movimento 'hipster' antitruste ou neobrandeisiano	132
2.	Abordagem Histórica do Direito da Concorrência no Brasil.....	139
2.1	A Concorrência no Brasil até 1822.....	140
2.1.1	O Descobrimento do Brasil	140
2.1.2	O Brasil Colônia.....	140
2.1.3	A Família Real no Brasil	142
2.2	O Brasil após a Proclamação da Independência.....	144
2.2.1	O Brasil Império.....	144
2.2.2	O Brasil República	148
2.2.2.1	A República Velha.....	148
2.2.2.2	A Segunda República.....	150
2.2.2.3	O Período Militar	158
2.2.2.4	A Nova República	161
2.2.2.5	A Bernarda Jurídica de 2013: A Illegal Adoção da Figura Alienígena do Direito Consuetudinário europeu da Infração "Por Objeto"	175

CAPÍTULO III – TEORIA GERAL DO DIREITO NO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA – BREVES APONTAMENTOS..... 183

1.	Introdução	185
----	------------------	-----

2. Embasamento constitucional.....	186
3. Hermenêutica.....	203
4. Direito intertemporal.....	213
CAPÍTULO IV – SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC.....	223
1. Introdução.....	225
2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.....	227
2.1 Natureza Jurídica.....	230
2.2 Estrutura Organizacional e Competência do Cade.....	237
2.2.1 Tribunal Administrativo de Defesa Econômica	238
2.2.2 Superintendência-Geral.....	264
2.2.3 Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.....	278
2.2.4 Departamento de Estudos Econômicos.....	280
2.3 Competência.....	281
2.3.1 Competência <i>Ratione Materiae</i>	281
2.3.2 Competência <i>Ratione Personae</i>	287
2.3.3 Competência <i>Ratione Loci</i>	292
3. Responsabilidade penal-econômica solidária.....	294
4. Conflitos e relações com agências reguladoras.....	308
4.1 O conflito de competência entre Cade e Bacen.....	328
4.2 Fusões e agências reguladoras e autoridades de concorrência.....	345
5. Autoridade estadual de concorrência.....	346
6. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE/ME) da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) do Ministério da Economia.....	347
7. Ministério Público Federal junto ao Cade.....	357
8. Fóruns de direito da concorrência.....	360

CAPÍTULO V – CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS.....	365
1. Introdução	367
2. Repressão a condutas anticoncorrenciais na lei concorrencial ...	371
2.1 O art. 36 da Lei Concorrencial	373
2.1.1 A natureza dos ilícitos concorrenciais e a responsabilidade dos agentes.	374
2.1.1.1 Evolução da Matéria e Retrocesso Jurídico	381
2.1.1.2 O Direito	399
2.1.1.3 A Lei	408
2.1.1.4 Da <i>mihi factum, dabo tibi ius</i>	416
2.1.2 A responsabilidade concorrencial dos agentes econômicos	438
2.2 Os incisos do <i>caput</i> do art. 36 da Lei Concorrencial – Infrações-Fim.....	446
2.2.1 Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa	448
2.2.2 Dominar mercado relevante de bens ou serviços....	449
2.2.3 Aumentar arbitrariamente os lucros	451
2.2.4 Exercer de forma abusiva posição dominante	452
2.2.4.1 Casuística do abuso de posição dominante	456
2.3 O rol exemplificativo do art. 36 da Lei Concorrencial – Infrações-meio	460
2.3.1 Condutas concertadas (cartel e práticas coletivas) – Inteligência das infrações-meio do art. 36, § 3º, incs. I e II, da Lei Concorrencial.....	464
2.3.1.1 O Cartel clássico – Inteligência e Casuística do inc. I do § 3º do art. 36 da Lei Concorrencial: “ <i>acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma</i> ”	481

2.3.1.1.1	Acordo de Preços e Volume – Art. 36, § 3º, inc. I, a e b, da Lei Concorrencial – O Papel das Entidades de Classe	485
2.3.1.1.2	Divisão de Mercado – Art. 36, § 3º, inc. I, c, da Lei Concorrencial	490
2.3.1.1.3	Fraude em Licitação Pública – Art. 36, § 3º, inc. I, d, da Lei Concorrencial.....	493
2.3.1.2	O Cartel Tácito – Inteligência e Casuística do inc. II do § 3º do art. 36 da Lei Concorrencial	504
2.3.1.2.1	Paralelismo Consciente e Paralelismo <i>plus</i>	515
2.3.1.3	O Crime de Cartel – Inteligência do art. 4º, incs. I e II, da Lei 8.137, de 27.12.1990 – Princípio Primário.....	518
2.3.1.4	Casuística em Matéria de Cartéis Clássicos	522
2.3.1.5	Colusão vertical	525
2.3.1.6	Cartel (colusão) <i>hub-and-spoke</i>	530
2.3.1.7	Cartéis e algoritmos	531
2.3.2	Condutas unilaterais – Inteligência das infrações-meio arroladas nos incs. III a XIX do art. 36, § 3º, da Lei Concorrencial	535
2.3.2.1	Limitação ou Impedimento de Acesso a novas Empresas ao mercado (<i>market foreclosure</i>) – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. III, da Lei Concorrencial	540
2.3.2.2	Criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa	

	concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. IV, da Lei Concorrencial...	542
2.3.2.2.1	Cláusulas de não concorrência	547
2.3.2.2.2	Aumento do Custo de Rival	556
2.3.2.3	Impedimento de acesso de concorrente às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. V, da Lei Concorrencial	558
2.3.2.4	Exigência de exclusividade ou concessão desta para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massas – Inteligência do art. 36, § 3º, inc. VI, da Lei Concorrencial	561
2.3.2.5	Utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros – Inteligência do art. 36, § 3º, inc. VII, da Lei Concorrencial.....	562
2.3.2.6	Regulação de mercado de bens ou serviços, estabelecendo-se acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. VIII, da Lei Concorrencial.....	562
2.3.2.7	Imposição, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e	

	representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. IX, da Lei Concorrencial.....	564
2.3.2.7.1	Sugestão de Preço de Revenda	571
2.3.2.8	Discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. X, da Lei Concorrencial.....	575
2.3.2.9	Recusa de venda de bens ou de prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XI, da Lei Concorrencial.....	579
2.3.2.10	Dificultação ou rompimento da continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XII, da Lei Concorrencial.....	585
2.3.2.11	Destruição, inutilização ou açambarcamento de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruição, inutilização ou dificultação da operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los	

	ou transportá-los – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XIII, da Lei Concorrencial.....	586
2.3.2.12	Açambarcamento ou impedimento de exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XIV, da Lei Concorrencial.....	588
2.3.2.13	Venda de mercadoria ou prestação de serviços injustificadamente abaixo do preço de custo – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XV, da Lei Concorrencial.....	590
2.3.2.14	Retenção de bens de produção ou de consumo, exceto para se garantir a cobertura dos custos de produção – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XVI, da Lei Concorrencial	603
2.3.2.15	Cessação Parcial ou total das atividades de empresa sem justa causa comprovada – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XVII, da Lei Concorrencial.....	605
2.3.2.16	Subordinação da venda de um bem � aquisição de outro ou � utilização de um serviç�o, ou subordinação da prestação de um serviç�o � utilização de outro ou � aquisição de um bem – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XVIII, da Lei Concorrencial	606
2.3.2.17	Exercício ou exploração abusiva de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca – Inteligência e Casuística do art. 36, § 3º, inc. XIX, da Lei Concorrencial	612
2.3.3	Outras Infrações-Meio admitidas pelo art. 36, § 3º da Lei Concorrencial	626
2.3.3.1	Cláusulas de Exclusividade.....	627

2.3.3.2	Litigância de má-fé com efeitos anticoncorrenciais	644
2.3.3.3	Troca de Informações Concorrencialmente Sensíveis	649
2.3.3.4	Iniciativas estatais limitadoras da competição	661
2.3.3.5	Pagar para Não Concorrer (<i>pay-for-delay</i>)	668
2.3.3.6	Cobrimos Qualquer Oferta (<i>Most Favored Nation Clauses</i>)	668
2.3.3.7	Abuso de Posição Dominante em Mercado de Dois Lados (<i>two-sided markets</i>)	669
2.3.3.8	Espremer a Margem de Lucro (<i>margin squeeze</i>)	671
2.3.3.9	Limitações Verticais no Mercado Online (<i>online vertical restraints</i>)	671
2.3.3.10	Cláusula de paridade de preços (<i>price parity clauses</i>)	672
2.4	Inter-relação das Legislações Concorrencial e de Proteção de Dados	675
2.4.1	Introdução ao tema	675
2.4.1.1	Considerações gerais	675
2.4.2	Conceitos Normativos e Regime Jurídico	681
2.4.2.1	Legislação Concorrencial	681
2.4.2.2	Legislação de Proteção de Dados	684
2.4.2.3	Regime Jurídico	685
2.4.3	Interação Normativa	687
2.4.3.1	Convergências e Conflitos Axiológicos ...	687
2.4.3.2	Convergências e Conflitos Casuísticos ...	690
2.4.3.2.1	Cooperação institucional ...	694
2.4.4	Considerações Finais	696

2.5	Direito Concorrencial e o Mercado de Trabalho	697
2.5.1	Introdução	697
2.5.2	Progênie	699
2.5.3	Pressupostos de Procedibilidade.....	702
2.5.4	Do Divórcio dos Fundamentos Fáticos e Jurídicos e da Realidade Empírica entre os Estados Unidos e o Brasil.....	706
2.5.4.1	A experiência de Portugal	712
2.5.5	Da Inconstitucionalidade Sistêmica da Intervenção do Cade na Área Trabalhista e Ofensa aos Princípios da Legalidade, Reserva Legal e Tipicidade.....	713
2.5.6	Incompetência <i>ratione materiae</i> do Cade	717
2.5.7	Risco de Ineficiências Alocativas Decorrentes do Aumento de Precificação do “Custo Brasil”	724
CAPÍTULO VI – PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.....		727
1.	Teoria Geral do Processo Penal-Econômico Concorrencial.....	729
1.1	O Processo “Econômico” Concorrencial	730
2.	A Cláusula Devido Processo Legal no Processo Penal-Econômico Concorrencial.....	734
2.1	Do Dever de Cooperação de Todos os Sujeitos do Processo.....	741
3.	Jurisdição e Competência.....	743
4.	Partes e Intervenção de Terceiros	753
5.	Representação	760
6.	Sigilo	770
7.	Espécies.....	777
7.1	Procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.....	778
7.2	Inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica	787

7.3	Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica	794
7.3.1	Pressupostos e Instauração da Instância	794
7.3.2	Do Desmembramento do Processo Administrativo	812
7.3.3	Da Fase de Conhecimento do Processo Administrativo	819
7.3.3.1	Atos e Formalidades Processuais.....	821
7.3.3.2	Da Enganosidade ou Falsidade	826
7.3.3.3	Instrução Processual.....	832
7.3.4	Julgamento no Tribunal Administrativo.....	851
7.4	Processos Acessórios.....	865
7.4.1	Mandado de Busca e Apreensão	866
7.5	Medidas Preventivas	876
7.6	Processos Incidentais.....	882
7.6.1	Incidente da Avocação	882
7.7	Procedimentos Especiais.....	889
7.7.1	Programa de Leniência	889
7.7.2	Compromisso de Cessação.....	901
7.8	Processo Administrativo no Controle de Atos de Concentração Econômica	927
7.8.1	Pressupostos e Requisitos de Procedibilidade ...	927
7.8.2	O Sistema Brasileiro de Aprovação Prévia – O Abantesma da Consumação Prévia de Atos de Concentração (<i>Gun jumping</i>)	979
7.8.2.1	Procedimento de Análise.....	1002
7.8.2.2	Metodologia de Análise	1014
7.8.2.2.1	Análise de Atos de Concentração por Integração Vertical.....	1020
7.8.2.2.2	Análise de Atos de Concentração Horizontal ...	1027

7.8.2.3	Análise da Estrutura do Mercado	1028
7.8.2.4	Análise da Conduta de Mercado (Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado).....	1038
7.8.2.5	Análise do Desempenho (Eficiências)...	1056
7.8.2.5.1	A Teoria da Empresa Insolvente.....	1063
7.8.2.6	Aprovação e Condicionantes	1068
7.8.2.7	Acordo em Controle de Concentração ...	1086
7.8.2.7.1	Pressupostos.....	1086
7.8.2.7.2	Procedimento	1088
7.8.2.7.3	Diretrizes	1094
7.8.2.7.4	Monitoramento. Ilegalidade da Nomeação de Agente Fiduciário (Trustee).....	1097
7.8.2.7.5	Cumprimento e Revisão de ACCs	1102
7.8.3	A era da informática: Economia Digital e sua interação com a Economia Comportamental – Novos Conceitos: Integrações Não Horizontais e Fusões Conglomeradas	1103
7.8.3.1	A Era do <i>Big Data</i>	1103
7.8.3.2	O mercado publicitário	1113
7.8.3.2.1	Conceito no Direito Concorrencial	1113
7.8.3.2.2	Dinâmica competitiva	1113
7.8.3.2.3	O Marco Normativo.....	1114
7.8.3.2.4	Os Paradigmas Clássicos ...	1115
7.8.3.3	O “novo mundo” da economia digital na publicidade.....	1116
7.8.3.3.1	Dinâmica do mercado	1117

	7.8.3.3.2	Preocupações concorrenciais.....	1119
	7.8.3.4	Anacronismo da metodologia de submissão e análise de Atos de Concentração	1120
	7.8.3.4.1	Critérios de notificação obrigatória	1120
	7.8.3.4.2	Metodologia de análise	1121
	7.8.3.5	Integrações Verticais	1134
	7.8.3.6	Economia Digital e Condutas Anticompetitivas	1136
	7.8.3.7	A intervenção estatal: da perplexidade à cautela – riscos e limites	1138
	7.8.3.8	Interação com a Economia Comportamental.....	1140
7.9		Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração.....	1142
7.10		Processo Administrativo para Imposição de Sanções Processuais Incidentais.....	1147
	7.10.1	Da Recusa, Omissão ou Retardamento Injustificado (na prestação de) Informação ou (na apresentação de) Documentos.....	1149
7.11		Restauração dos Autos	1150
7.12		Consulta.....	1153
8.		Prescrição e Princípio da Utilidade	1155
	8.1	Conceito e Princípios Gerais	1155
	8.2	Prescrição da Ação.....	1159
	8.2.1	Prescrição Originária.....	1159
	8.2.2	Prescrição Intercorrente.....	1178
	8.3	Prescrição da Pena	1191
	8.4	Responsabilidade Funcional	1192
9.		O Cade na Justiça Comum.....	1194
	9.1	Execução	1194

9.2	Controle Judicial	1207
9.2.1	Entropia Jurídica: a Decisão do STF – o Óbvio e Perigoso <i>Error in iudicando</i> (Estudo de Caso)	1225
9.2.2	Acordos Judiciais	1237
10.	Outras formas de controle externo: o Tribunal de Contas da União (TCU)	1245
11.	Intervenção Judicial	1249
12.	Direito de Ação: Ação Civil Pública e Ação Reparatória de Dano Concorrencial (ARDC).....	1254
12.1	Introdução	1254
12.2	Notas sobre a Ação Civil Pública.....	1260
12.3	ARDC: Pressupostos	1260
12.4	ARDC: Elemento Subjetivo	1265
12.5	ARDC: Prescrição da Ação Privada Indenizatória	1267
13.	Interação entre o Direito Concorrencial e o Direito Penal: o Princípio do <i>Ne Bis in Idem</i>	1270
CAPÍTULO VII – SANÇÕES		1275
1.	Introdução	1277
2.	Sanções por infrações à ordem econômica	1281
2.1	Penas Principais ou Sanções-fim	1287
2.2	Penas Acessórias ou Sanções-meio	1335
2.3	Medidas de Segurança e Sanções Voluntárias.....	1342
3.	Sanções civis.....	1348
4.	Sanções criminais – Princípio secundário do art. 4º, incs. I e II, da Lei 8.137, de 27.12.1990.....	1349
5.	Sanções pela não apresentação de atos de concentração	1355
6.	Sanções incidentais	1363
7.	Legislação correlata.....	1364
7.1	Sanções Criminais	1365

7.1.1	Associação Criminosa	1365
7.1.2	Lei de Licitações Públicas	1365
7.2	Sanções Administrativas e Cíveis	1366
7.2.1	Lei Anticorrupção e Código de Defesa do Consumidor	1366
BIBLIOGRAFIA.....		1369