

PAULA A. FORGIONI

OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE

12ª edição revista e atualizada

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™



Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Diego Garcia Mendonça, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia 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

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Mariane Cordeiro e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

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

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

Estagiárias: Bianca Satie Auduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA 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 Ferrarez, 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)

Forgioni, Paula A.

Os fundamentos do antitruste / Paula A. Forgioni. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5991 371-8

1. Antitruste 2. Direito antitruste - Brasil 3. Direito antitruste - Legislação - Brasil 4. Direito comercial - Legislação - Brasil 5. Direito da concorrência - Legislação - Brasil 6. Direito econômico - Legislação - Brasil I. Título.

21-96554

CDU-347.733(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito antitruste 347.733(81)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 1. ^a EDIÇÃO	7
INTRODUÇÃO DA AUTORA.....	11
PANORAMA DO TRABALHO.....	33
1. DISCIPLINA DO COMPORTAMENTO DOS AGENTES ECONÔMICOS NOS MERCADOS E CONCORRÊNCIA: TRÊS MOMENTOS DIVERSOS...	37
1.1. Introdução	37
1.2. O primeiro período. A disciplina da concorrência para eliminar distorções tópicas.....	41
1.2.1. Antiguidade grega	41
1.2.2. Antiguidade romana.....	44
1.2.3. Idade Média.....	46
1.2.4. Mercantilismo.....	54
1.2.5. A discussão entre os teóricos	57
1.3. O segundo período. A concorrência e o liberalismo econômico....	59
1.3.1. Estados Unidos da América. O <i>Sherman Act</i> . Seu signifi- cado no contexto de evolução da disciplina da concor- rência. A coroação do segundo período	70
1.3.2. O contexto social, econômico e político do <i>Sherman Act</i>	72
1.3.3. A atualidade das discussões que antecederam a promul- gação do <i>Sherman Act</i>	79

1.4.	O terceiro período. As normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas. A concorrência-instrumento.....	80
2.	A CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	89
2.1.	A fase fiscalista.....	89
2.2.	D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil ...	93
2.3.	O Brasil independente.....	97
2.4.	Constituições brasileiras de 1934 e 1937. Dec.-lei 869, de 1938 ...	100
2.5.	A luta contra os trustes e seu caráter nacionalista. Agamemnon Magalhães	106
2.6.	Dec.-lei 7.666, de 1945.....	108
2.7.	Constituição de 1946 e os diplomas de repressão ao abuso do poder econômico emanados sob sua égide	111
2.7.1.	Lei 4.137, de 1962. Vinte e nove anos de vigência desprovida de eficácia material.....	113
2.7.1.1.	Os debates que antecederam a promulgação da Lei Antitruste e a discussão sobre sua necessidade e função.....	113
2.7.1.2.	As sempre repetidas críticas lançadas contra o projeto de Agamemnon Magalhães e o texto que acabou por ser promulgado	115
2.7.1.3.	A constante busca por segurança e previsibilidade	116
2.7.1.4.	Lei 4.137, de 1962.....	119
2.7.1.4.1.	A associação de empresas.....	119
2.7.1.4.2.	A possibilidade de autorização de práticas restritivas.....	120
2.7.1.5.	A falta de eficácia material da Lei 4.137, de 1962. Contradição entre seu texto e a política concentracionista atuada pelo governo federal?.....	121

2.7.1.6.	Lei 4.137: um punhado de “surtos de vigência”	124
2.8.	Lei 8.158, de 1991	125
2.9.	Lei 8.884, de 1994	126
2.10.	Lei 12.529, de 2011	127
2.11.	Os desafios do antitruste no Brasil de hoje.....	129
3.	O SISTEMA DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA	131
3.1.	O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Estrutura administrativa.....	132
3.1.1.	Superintendência-Geral.....	132
3.1.2.	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.....	133
3.1.3.	Departamento de Estudos Econômicos.....	134
3.1.4.	Procuradoria-Geral do CADE	134
3.2.	Práticas restritivas e caracterização da ilicitude pelos efeitos	134
3.3.	Disciplina das infrações à ordem econômica e das concentrações na Lei 12.529, de 2011. Conexão entre os arts. 36 (tipificação e exemplificação das infrações), 88 (dever de submissão e análise das concentrações) e 90 (definição das concentrações que devem ser submetidas à apreciação governamental)	138
3.4.	Ainda sobre a caracterização da ilicitude pelos efeitos da prática. Os incisos do art. 36, <i>caput</i> , da Lei 12.529/2011.....	140
3.4.1.	Art. 36, <i>caput</i> , I: tutela da livre-concorrência e da livre-iniciativa.....	140
3.4.2.	Incs. II e IV do art. 36, <i>caput</i> , da Lei Antitruste. Domínio de mercado e abuso de posição dominante. Ainda a tutela da livre-concorrência e da livre-iniciativa.....	143
3.4.3.	Inc. III do art. 36 da Lei Antitruste. A tutela do consumidor, além da livre-iniciativa e da livre-concorrência...	144
3.4.4.	As duas almas do art. 36 da Lei 12.529, de 2011.....	147
3.5.	Efeitos potenciais dos atos restritivos da concorrência.....	148

3.6.	A forma do ato	148
3.7.	Os sujeitos da Lei Antitruste. Sujeitos públicos e sujeitos privados.....	149
3.8.	A responsabilidade do grupo pelas infrações à ordem econômica....	150
3.9.	Procedimentos administrativos no âmbito do CADE.....	151
3.9.1.	Procedimentos relacionados à apuração de infrações à ordem econômica	151
3.9.2.	Procedimentos relacionados à aprovação de concentrações econômicas pelo CADE.....	153
3.10.	Acordos entre a Administração Pública e empresas: compromissos de cessação, acordo em controle de concentração e acordo de leniência	154
3.10.1.	Compromissos de cessação (art. 85).....	154
3.10.2.	Acordos em controle de concentrações (referido nos arts. 9.º, V, 13, X e 46, § 2.º).....	156
3.10.3.	Acordos de leniência (art. 86).....	156
3.11.	A cessação imediata de práticas danosas à concorrência: ordens de cessação, medidas preventivas, liminares e antecipação de tutela	157
3.12.	Lei Antitruste e atuação do Ministério Público	158
3.13.	A aplicação privada da Lei Antitruste	160
3.14.	Lei Antitruste e atuação do Poder Judiciário	161
4.	OS OBJETIVOS DAS LEIS ANTITRUSTE: AS POLÍTICAS ECONÔMICAS ATUADAS.....	165
4.1.	As escolas de pensamento antitruste: a consolidação da Escola de Chicago no cenário norte-americano	170
4.2.	A visão europeia do antitruste: a concorrência instrumental	186
4.2.1.	O protecionismo dos Estados-Membros e o conflito com as regras europeias de tutela da livre-concorrência	190

4.3.	O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento	194
4.4.	As normas antitruste como instrumentos de implementação de políticas públicas	196
5.	AS VÁLVULAS DE ESCAPE DAS LEGISLAÇÕES ANTITRUSTE	201
5.1.	Primeira válvula de escape. Regra da razão, isenções e autorizações	203
5.1.1.	O sistema norte-americano: <i>rule of reason</i>	203
5.1.1.1.	O sistema norte-americano e as isenções em bloco.....	207
5.1.2.	O sistema europeu. As isenções	212
5.2.	O sistema brasileiro. Risco jurídico e consultas	216
5.2.1.	As isenções antitruste em bloco no sistema brasileiro e seu fundamento jurídico. Lei geral de defesa da concorrência e leis específicas (microsistemas jurídicos)	217
5.3.	Segunda válvula de escape. O conceito de mercado relevante.....	220
5.3.1.	O mercado relevante geográfico.....	222
5.3.2.	O mercado relevante material	227
5.3.3.	A elasticidade do mercado relevante	235
5.3.4.	A delimitação do mercado relevante nos Estados Unidos. O teste do monopolista hipotético e o risco de “falsos negativos”	238
5.3.5.	A delimitação do mercado relevante na Europa.....	242
5.3.6.	A delimitação do mercado relevante no Brasil e a influência do sistema norte-americano	243
5.4.	Terceira válvula de escape. O jogo do interesse protegido.....	244
5.4.1.	Lei de tutela da concorrência ou lei de repressão ao abuso do poder econômico?	249
5.4.2.	Lei Antitruste, Lei da Propriedade Industrial e Código de Defesa do Consumidor.....	250

5.4.2.1.	Concorrência desleal e lei antitruste	251
5.4.2.2.	Código de Defesa do Consumidor.....	255
5.5.	As válvulas de escape e a insegurança jurídica. O direito concorrencial e a previsibilidade necessária à atuação dos agentes econômicos	256
6.	POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO.....	267
6.1.	Considerações iniciais sobre posição dominante.....	267
6.1.1.	Poder econômico, posição dominante e potestas.....	267
6.1.2.	Vantagem competitiva e posição dominante. Uso e abuso do poder econômico	272
6.2.	O agente econômico detentor de posição dominante.....	278
6.3.	Determinação da existência de posição dominante	280
6.3.1.	Indicativos da existência de posição dominante	281
6.3.1.1.	<i>Market share x market power</i>	281
6.3.1.2.	Concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Mercados contestáveis	283
6.3.1.3.	Comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores.....	287
6.3.1.4.	Potência econômica da empresa.....	288
6.3.1.5.	Estrutura avançada da empresa, com alto grau de integração vertical.....	289
6.3.1.6.	Domínio de tecnologia	289
6.3.1.7.	Capacidade de coleta, processamento e exploração de <i>big data</i>	290
6.3.1.8.	Grau de crescimento do setor.....	291
6.3.1.9.	Aspecto temporal.....	291
6.3.1.10.	Vantagem da primeira jogada; existência de consumidores cativos	291
6.3.1.11.	Domínio dos canais de distribuição	292

6.3.2.	A necessária conjugação dos indicativos.....	292
6.3.3.	Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa...	293
6.4.	Posição dominante derivada de vantagem competitiva. A atenção das autoridades antitruste. A “responsabilidade especial” das empresas em posição dominante.....	295
6.5.	Abuso de posição dominante. Algumas práticas típicas	297
6.5.1.	Imposição de preços abaixo do custo.....	299
6.5.1.1.	Venda justificada	299
6.5.1.2.	Racionalidade da conduta de preços predatórios.....	301
6.5.1.3.	Os parâmetros para a determinação do “custo” referido pelo art. 36, § 3.º, XV, da Lei 12.529/2011.....	303
6.5.2.	Imposição de preços de aquisição de matérias-primas dos concorrentes	305
6.5.3.	Vendas casadas	307
6.5.3.1.	Definição de vendas casadas e critérios para aferir sua ilicitude.....	307
6.5.3.2.	A venda casada e o aumento de participação no mercado do produto vinculado	309
6.5.3.3.	Fechamento (<i>foreclosure</i>) do mercado do produto vinculado	312
6.5.3.4.	Discriminação entre os adquirentes	312
6.5.3.5.	Segurança da qualidade do produto	313
6.5.3.6.	Outros efeitos das vendas casadas	314
6.5.3.7.	A visão norte-americana das vendas casadas. O caso Kodak	316
6.5.3.8.	A visão europeia das vendas casadas	319
6.5.3.9.	Vendas casadas: as lições dos casos Microsoft nos EUA e na União Europeia. O caso Google-Android	320

6.6.	A interface entre direito da concorrência e propriedade intelectual: o grande desafio dos próximos anos. Práticas ligadas ao abuso de “exclusivos” (ou direitos de propriedade intelectual).....	324
6.6.1.	A importância da inovação.....	332
6.6.2.	Recusa de contratar e facilidades essenciais.....	334
6.6.2.1.	A posição norte-americana	335
6.6.2.2.	A posição europeia	337
6.6.3.	A Lei Antitruste brasileira e a Propriedade Intelectual ...	340
6.7.	Dependência econômica e abuso de posição dominante	341
7.	ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS.....	347
7.1.	Acordos verticais e acordos horizontais. Definição	348
7.2.	Acordos horizontais: os cartéis	349
7.2.1.	Os cartéis e suas justificativas	354
7.2.2.	Os cartéis de preço	355
7.2.3.	Acordos entre agentes econômicos. Circunstâncias fáticas que estimulam os cartéis	357
7.2.4.	<i>Price leadership</i>	360
7.2.5.	Cartéis, paralelismo consciente e a prova da infração à ordem econômica	361
7.2.6.	Uma constante exceção: os cartéis de exportação.....	366
7.3.	Acordos verticais: a proteção da concorrência entre não concorrentes	368
7.4.	Contratos entre fornecedores e distribuidores. Restrições verticais e seus tipos.....	370
7.4.1.	Efeitos pró-concorrenciais dos acordos verticais	372
7.4.2.	Acordos verticais e economia dos custos de transação ...	375
7.4.3.	Acordos verticais e coibição da atuação de <i>free riders</i>	379
7.4.4.	Efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais	380
7.4.4.1.	Fechamento do mercado	380

7.4.4.2.	O aumento dos custos dos concorrentes.....	383
7.4.4.3.	Restrições verticais e a facilitação de cartéis.....	384
7.4.4.4.	A diminuição das opções do consumidor. Diminuição do grau de concorrência no ponto de venda	385
7.4.4.5.	Arrefecimento da concorrência intramarca. Facilitação de conluio.....	387
7.4.4.6.	Exploração de falhas de informação dos consumidores	389
7.4.4.7.	Aumento dos preços para os consumidores.....	390
7.4.4.8.	Levantamento de barreiras à entrada de <i>dis-counters</i>	391
7.4.4.9.	Prejuízo aos consumidores inframarginais (<i>in-framarginal consumers</i>) e indução de publicidade excessiva	391
7.4.5.	Imposição/sugestão dos preços de revenda. Exemplos do direito comparado.....	392
7.4.6.	A fixação de preços mínimos de revenda no Brasil.....	402
7.4.7.	Acordos verticais e exclusividade.....	403
7.5.	Os acordos verticais e as vendas pela Internet.....	406
7.6.	Análise caso a caso dos acordos verticais e o atual momento da economia brasileira.....	408
8.	CONCENTRAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS.....	411
8.1.	As formas assumidas pelas concentrações. Art. 90 da Lei 12.529/2011	412
8.2.	As concentrações e seus tipos.....	416
8.3.	Razões da concentração	418
8.4.	Disciplina das concentrações. Ponderação entre benefícios e prejuízos concorrenciais	420
8.5.	Avaliação das concentrações pelas autoridades antitruste.....	426

8.6.	Impacto das concentrações sobre o mercado.....	431
8.7.	Mecanismo da Lei Antitruste Brasileira para viabilizar as concentrações econômicas. Análise e autorização pelo CADE.....	435
8.7.1.	Critérios para determinação da necessidade de submissão da operação de concentração ao CADE	436
8.7.2.	Controle prévio da operação de concentração	438
8.7.2.1.	Nota sobre os sistemas norte-americano e europeu	438
8.7.3.	Revisão da autorização pelo CADE.....	439
8.7.4.	O acordo em controle de concentrações	440
8.8.	A tendência mundial de fraca implementação do controle de concentrações	441
9.	EXTRATERRITORIALIDADE DAS LEIS ANTITRUSTE	443
9.1.	Conflito de jurisdições.....	448
9.2.	Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (<i>blocking laws</i>).....	451
9.3.	Os obstáculos enfrentados pelas empresas. As concentrações internacionais e sua apreciação por várias jurisdições.....	456
9.4.	Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição...	458
	BIBLIOGRAFIA	461
	OBRAS DA AUTORA	511