

STJ00096261

PAULA A. FORGIONI

OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE

**6.^a edição
revista e atualizada**

Prefácio
EROS ROBERTO GRAU

De acordo com a nova Lei
de Defesa da Concorrência
– Lei 12.529, de 30.11.2011

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Os FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE

PAULA A. FORGIONI

6.^a edição revista e atualizada

Prefácio

EROS ROBERTO GRAU

1.^a edição: 1998; 1.^a tiragem: maio de 1998; 2.^a tiragem: outubro de 2000; 2.^a edição: 2005; 1.^a tiragem: janeiro de 2005; 2.^a tiragem: outubro de 2005; 3.^a edição: 2008; 4.^a edição: 2010; . 5.^a edição: 2012.

Diagramação eletrônica:

Microart Com. Editoração Eletrônica Ltda., CNPJ 03.392.481/0001-16.

Impressão e encadernação:

Assahi Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 48.130.660/0001-13.

© desta edição [2013]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELE TAPAI

Diretora responsável

Visite nosso *site*

www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil

[03-2013]

Profissional

Fechamento da edição em:

[12.03.2013]



96 8078
159

ISBN 978-85-203-4733-1

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 1. ^a EDIÇÃO	7
INTRODUÇÃO À 6. ^a EDIÇÃO	11
INTRODUÇÃO	29
1. DISCIPLINA DO COMPORTAMENTO DOS AGENTES ECONÔMICOS NOS MERCADOS E CONCORRÊNCIA: TRÊS MOMENTOS DIVERSOS.....	33
1.1 Introdução.....	33
1.2 O primeiro período. A disciplina da concorrência para eliminar distorções tópicas	37
1.2.1 Antiguidade grega	37
1.2.2 Antiguidade romana.....	40
1.2.3 Idade Média	42
1.2.4 Mercantilismo	50
1.2.5 A discussão entre os teóricos	53
1.3 O segundo período. A concorrência e o liberalismo econômico	55
1.3.1 Estados Unidos da América. O <i>Sherman Act</i> . Seu significado no contexto de evolução da disciplina da concorrência. A coroação do segundo período	65
1.3.2 O contexto social, econômico e político do <i>Sherman Act</i>	67
1.3.3 A atualidade das discussões que antecederam a promulgação do <i>Sherman Act</i>	74
1.4 O terceiro período. As normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas. A concorrência-instrumento	76
2. A CONCORRÊNCIA NO BRASIL	85
2.1 A fase fiscalista	85
2.2 D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil	89
2.3 O Brasil independente.....	92
2.4 Constituições brasileiras de 1934 e 1937. Decreto-lei 869, de 1938	95

2.5	A luta contra os trustes e seu caráter nacionalista. Agamemnon Magalhães	102
2.6	Decreto-lei 7.666, de 1945.....	104
2.7	Constituição de 1946 e os diplomas de repressão ao abuso do poder econômico emanados sob sua égide	107
2.7.1	Lei 4.137, de 1962. Vinte e nove anos de vigência desprovida de eficácia material	109
2.7.1.1	Os debates que antecederam a promulgação da Lei Antitruste e a discussão sobre sua necessidade e função ...	109
2.7.1.2	As sempre repetidas críticas lançadas contra o projeto de Agamemnon Magalhães e o texto que acabou por ser promulgado	111
2.7.1.3	A constante busca por segurança e previsibilidade	112
2.7.1.4	Lei 4.137, de 1962	115
2.7.1.4.1	A associação de empresas.....	115
2.7.1.4.2	A possibilidade de autorização de práticas restritivas.....	116
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?	117
2.7.1.6	Lei 4.137: um punhado de “surtos de vigência”	120
2.8	Lei 8.158, de 1991	121
2.9	Lei 8.884, de 1994	122
2.10	Lei 12.529, de 2011	124
2.11	Os desafios do antitruste no Brasil de hoje.....	125
3.	O SISTEMA DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA	127
3.1	O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Estrutura administrativa	128
3.1.1	Superintendência Geral.....	128
3.1.2	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica	129
3.1.3	Departamento de Estudos Econômicos	130
3.1.4	Procuradoria Geral do CADE	130
3.2	Práticas restritivas e caracterização da ilicitude pelos efeitos	130
3.3	Disciplina das infrações à ordem econômica e das concentrações na Lei 12.529, de 2011. Conexão entre os artigos 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)	134

3.4	Ainda sobre a caracterização da ilicitude pelos efeitos da prática. Os incisos no art. 36, <i>caput</i> , da Lei 12.529/2011.....	136
3.4.1	Art. 36, <i>caput</i> , I: tutela da livre concorrência e da livre iniciativa ..	136
3.4.2	Incisos 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	138
3.4.3	Inciso III do art. 36 da Lei Antitruste. A tutela do consumidor, além da livre iniciativa e da livre concorrência.....	140
3.4.4	As duas almas do art. 36 da Lei 12.529, de 2011.....	143
3.5	Efeitos potenciais dos atos restritivos da concorrência.....	143
3.6	A forma do ato	144
3.7	Os sujeitos da Lei Antitruste. Sujeitos públicos e sujeitos privados.....	145
3.8	A responsabilidade do grupo pelas infrações à ordem econômica.....	146
3.9	Procedimentos administrativos no âmbito do CADE	147
3.9.1	Procedimentos relacionados à apuração de infrações à ordem econômica	147
3.9.2	Procedimentos relacionados à aprovação de concentrações econômicas pelo CADE.....	148
3.10	Acordos entre a Administração Pública e empresas: compromissos de cessação, acordo em controle de concentração e acordo de leniência	150
3.10.1	Compromissos de cessação (art. 85).....	150
3.10.2	Acordos em controle de concentrações (referido nos arts. 9.º, V, 13, X e 46, § 2.º)	152
3.10.3	Acordos de leniência (art. 86).....	152
3.11	A cessação imediata de práticas danosas à concorrência: ordens de cessação, medidas preventivas, liminares e antecipação de tutela.....	153
3.12	Lei Antitruste e atuação do Ministério Público	154
3.13	Lei Antitruste e atuação da Advocacia	156
3.14	Lei Antitruste e atuação do Poder Judiciário	157
4.	OS OBJETIVOS DAS LEIS ANTITRUSTE: AS POLÍTICAS ECONÔMICAS ATUADAS	160
4.1	As escolas de pensamento antitruste: a consolidação da Escola de Chicago no cenário norte-americano.....	165
4.2	A visão europeia do antitruste: a concorrência instrumental	179
4.2.1	Nota sobre o protecionismo dos Estados-membros e o conflito com as regras europeias de tutela da livre-concorrência	183
4.3	O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento.....	187

4.4	As normas antitruste como instrumentos de implementação de políticas públicas.....	189
5.	AS VÁLVULAS DE ESCAPE.....	194
5.1	Primeira válvula de escape. Regra da razão, isenções e autorizações	195
5.1.1	O sistema norte-americano: <i>rule of reason</i>	196
5.1.1.1	O sistema norte-americano e as isenções em bloco.....	200
5.1.2	O sistema europeu. As isenções.....	204
5.1.3	O sistema brasileiro. Risco jurídico e consultas.....	209
5.2	As isenções antitruste em bloco no sistema brasileiro e seu fundamento jurídico. Lei geral de defesa da concorrência e leis específicas (micro-sistemas jurídicos)	209
5.3	Segunda válvula de escape. O conceito de mercado relevante.....	212
5.3.1	O mercado relevante geográfico.....	214
5.3.2	O mercado relevante material	219
5.3.3	A elasticidade do mercado relevante.....	228
5.3.4	Contraponto: notas críticas ao método tradicional para a delimitação do mercado relevante	230
5.3.5	A delimitação do mercado relevante nos Estados Unidos. O teste do monopolista hipotético e o risco de “falsos negativos”	230
5.3.6	A delimitação do mercado relevante na Europa	234
5.3.7	A delimitação do mercado relevante no Brasil e a influência do sistema norte-americano.....	236
5.4	Terceira válvula de escape. O jogo do interesse protegido.....	237
5.4.1	Lei de tutela da concorrência ou lei de repressão ao abuso do poder econômico?.....	241
5.4.2	Lei Antitruste, Lei da Propriedade Industrial e Código de Defesa do Consumidor.....	243
5.4.2.1	Concorrência desleal e lei antitruste	243
5.4.2.2	Código de Defesa do Consumidor.....	247
5.5	As válvulas de escape e a insegurança jurídica. O direito concorrencial e a previsibilidade necessária à atuação dos agentes econômicos.....	248
6.	POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO.....	258
6.1	Considerações iniciais sobre posição dominante.....	258
6.1.1	Poder econômico, posição dominante e <i>potestas</i>	258
6.1.2	Vantagem competitiva e posição dominante. Uso e abuso do poder econômico	263

6.2	O agente econômico detentor de posição dominante.....	269
6.3	Determinação da existência de posição dominante.....	270
6.3.1	Indicativos da existência de posição dominante.....	272
6.3.1.1	<i>Market share x market power</i>	272
6.3.1.2	Concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Mercados contestáveis	274
6.3.1.3	Comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores	278
6.3.1.4	Potência econômica da empresa.....	279
6.3.1.5	Estrutura avançada da empresa, com alto grau de integração vertical.....	280
6.3.1.6	Domínio de tecnologia	280
6.3.1.7	Grau de crescimento do setor.....	281
6.3.1.8	Aspecto temporal.....	281
6.3.1.9	Vantagem da primeira jogada; existência de consumidores cativos	282
6.3.1.10	Domínio dos canais de distribuição	282
6.3.2	A necessária conjugação dos indicativos	283
6.3.3	Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa	283
6.4	Posição dominante derivada de vantagem competitiva. A atenção das autoridades antitruste. A “responsabilidade especial” das empresas em posição dominante.....	285
6.5	Abuso de posição dominante. Algumas práticas típicas	287
6.5.1	Imposição de preços abaixo do custo	289
6.5.1.1	Venda justificada.....	289
6.5.1.2	Racionalidade da conduta de preços predatórios	291
6.5.1.3	Os parâmetros para a determinação do “custo” referido pelo art. 36, § 3.º, XV, da Lei 12.529/2011	294
6.5.2	Imposição de preços de aquisição de matérias-primas dos concorrentes	295
6.5.3	Vendas casadas.....	297
6.5.3.1	Definição de vendas casadas e critérios para aferir sua ilicitude.....	297
6.5.3.2	A venda casada e o aumento de participação no mercado do produto vinculado	299
6.5.3.3	Fechamento (<i>foreclosure</i>) do mercado do produto vinculado	301
6.5.3.4	Discriminação entre os adquirentes.....	302

6.5.3.5	Segurança da qualidade do produto	303
6.5.3.6	Outros efeitos das vendas casadas	303
6.5.3.7	A visão norte-americana das vendas casadas. O caso <i>Kodak</i>	306
6.5.3.8	A visão europeia das vendas casadas	309
6.5.3.9	Vendas casadas: as lições dos casos <i>Microsoft</i> nos EUA e na União Europeia	310
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)	312
6.6.1	A importância da inovação	320
6.6.2	Recusa de contratar	321
6.6.2.1	A posição norte-americana	322
6.6.2.2	A posição europeia	324
6.6.3	A Lei Antitruste brasileira e a Propriedade Intelectual	327
6.7	Dependência econômica e abuso de posição dominante	328
7.	ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS	333
7.1	Acordos verticais e acordos horizontais. Definição	334
7.2	Acordos horizontais: os cartéis	336
7.2.1	Os cartéis e suas justificativas	340
7.2.2	Os cartéis de preço	341
7.2.3	Acordos entre agentes econômicos em posição de igualdade	343
7.2.4	<i>Price leadership</i>	346
7.2.5	Cartéis, paralelismo consciente e a prova da infração à ordem econômica	347
7.2.6	Uma constante exceção: os cartéis de exportação	352
7.3	Acordos verticais: a proteção da concorrência entre não concorrentes ...	354
7.4	Contratos entre fornecedores e distribuidores. Restrições verticais e seus tipos	355
7.4.1	Efeitos pró-concorrenciais dos acordos verticais	358
7.4.2	Acordos verticais e economia dos custos de transação	360
7.4.3	Acordos verticais e coibição da atuação de <i>free riders</i>	365
7.4.4	Efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais	366
7.4.4.1	Fechamento do mercado	366
7.4.4.2	O aumento dos custos dos concorrentes	369
7.4.4.3	Restrições verticais e a facilitação de cartéis	370

7.4.4.4	A diminuição das opções do consumidor. Diminuição do grau de concorrência no ponto de venda	370
7.4.4.5	Arrefecimento da concorrência intramarca. Facilitação de conluio	373
7.4.4.6	Exploração de falhas de informação dos consumidores	374
7.4.4.7	Aumento dos preços para os consumidores	376
7.4.4.8	Levantamento de barreiras à entrada de <i>discounters</i>	376
7.4.4.9	Prejuízo aos consumidores inframarginais (<i>inframarginal consumers</i>) e indução de publicidade excessiva.....	376
7.4.5	Imposição/sugestão dos preços de revenda. Exemplos do direito comparado	377
7.4.6	Acordos verticais e exclusividade	388
7.5	Os acordos verticais e as vendas pela Internet.....	391
7.6	Análise caso a caso e o atual momento da economia brasileira.....	392
8.	CONCENTRAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS.....	394
8.1	As formas assumidas pelas concentrações	395
8.2	As concentrações e seus tipos	399
8.3	Razões da concentração	400
8.4	Disciplina das concentrações. Ponderação entre benefícios e prejuízos concorrenciais	403
8.5	Avaliação das concentrações pelas autoridades antitruste	408
8.6	Impacto das concentrações sobre o mercado	414
8.7	Mecanismo da Lei Antitruste Brasileira para viabilizar as concentrações econômicas. Análise e autorização pelo CADE.....	418
8.7.1	Critérios para determinação da necessidade de submissão da operação de concentração ao CADE	419
8.7.2	Controle prévio da operação de concentração.....	420
8.7.2.1	Nota sobre o sistema norte-americano e europeu	420
8.7.3	Revisão da autorização pelo CADE.....	421
8.7.4	O acordo em controle de concentrações	422
8.8	A tendência mundial de fraca implementação do controle de concentrações	423
9.	EXTRATERRITORIALIDADE DAS LEIS ANTITRUSTE	425
9.1	Conflito de jurisdições.....	430
9.2	Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (<i>blocking laws</i>)	433

9.3 Os obstáculos enfrentados pelas empresas. As concentrações internacionais e sua apreciação por várias jurisdições	438
9.4 Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição	440
BIBLIOGRAFIA	443
OBRAS DA AUTORA	479