

STJ00098268

PAULA A. FORGIONI

**OS FUNDAMENTOS
DO ANTITRUSTE**

7.^a edição
revista e atualizada

Prefácio
EROS ROBERTO GRAU

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

STJ00098268

OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE

PAULA A. FORGIONI

7.^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; 6.^a edição: 2013.

© desta edição [2014]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS

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

[04-2014]

Profissional

Fechamento desta edição:

[14.04.2014]



ISBN 978-85-203-5146-8

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 1. ^a EDIÇÃO	7
INTRODUÇÃO DA AUTORA	11
PANORMANA DO TRABALHO	29
I. 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 “surto 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)	151
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	A aplicação privada da Lei Antitruste	156
3.14	Lei Antitruste e atuação do Poder Judiciário	157
4.	OS OBJETIVOS DAS LEIS ANTITRUSTE: AS POLÍTICAS ECONÔMICAS ATUADAS	161
4.1	As escolas de pensamento antitruste: a consolidação da Escola de Chicago no cenário norte-americano.....	166
4.2	A visão europeia do antitruste: a concorrência instrumental	180
4.2.1	Nota sobre o protecionismo dos Estados-Membros e o conflito com as regras europeias de tutela da livre concorrência.....	184
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.....	195
5.1	Primeira válvula de escape. Regra da razão, isenções e autorizações	196
5.1.1	O sistema norte-americano: <i>rule of reason</i>	197
5.1.1.1	O sistema norte-americano e as isenções em bloco.....	202
5.1.2	O sistema europeu. As isenções.....	205
5.1.3	O sistema brasileiro. Risco jurídico e consultas.....	210
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)	211
5.3	Segunda válvula de escape. O conceito de mercado relevante.....	214
5.3.1	O mercado relevante geográfico.....	216
5.3.2	O mercado relevante material	220
5.3.3	A elasticidade do mercado relevante.....	229
5.3.4	Contraponto: notas críticas ao método tradicional para a delimitação do mercado relevante	231
5.3.5	A delimitação do mercado relevante nos Estados Unidos. O teste do monopolista hipotético e o risco de “falsos negativos”	232
5.3.6	A delimitação do mercado relevante na Europa.....	236
5.3.7	A delimitação do mercado relevante no Brasil e a influência do sistema norte-americano	237
5.4	Terceira válvula de escape. O jogo do interesse protegido.....	238
5.4.1	Lei de tutela da concorrência ou lei de repressão ao abuso do poder econômico?.....	242
5.4.2	Lei Antitruste, Lei da Propriedade Industrial e Código de Defesa do Consumidor.....	244
5.4.2.1	Concorrência desleal e lei antitruste	244
5.4.2.2	Código de Defesa do Consumidor.....	248
5.5	As válvulas de escape e a insegurança jurídica. O direito concorrencial e a previsibilidade necessária à atuação dos agentes econômicos.....	249
6.	POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO.....	259
6.1	Considerações iniciais sobre posição dominante.....	259
6.1.1	Poder econômico, posição dominante e <i>potestas</i>	259
6.1.2	Vantagem competitiva e posição dominante. Uso e abuso do poder econômico	264

6.2	O agente econômico detentor de posição dominante.....	270
6.3	Determinação da existência de posição dominante	271
6.3.1	Indicativos da existência de posição dominante.....	273
6.3.1.1	<i>Market share</i> x <i>market power</i>	273
6.3.1.2	Concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Mercados contestáveis	275
6.3.1.3	Comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores	279
6.3.1.4	Potência econômica da empresa.....	280
6.3.1.5	Estrutura avançada da empresa, com alto grau de integração vertical.....	281
6.3.1.6	Domínio de tecnologia	281
6.3.1.7	Grau de crescimento do setor	282
6.3.1.8	Aspecto temporal.....	282
6.3.1.9	Vantagem da primeira jogada; existência de consumidores cativos	283
6.3.1.10	Domínio dos canais de distribuição	283
6.3.2	A necessária conjugação dos indicativos	284
6.3.3	Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa	284
6.4	Posição dominante derivada de vantagem competitiva. A atenção das autoridades antitruste. A “responsabilidade especial” das empresas em posição dominante.....	286
6.5	Abuso de posição dominante. Algumas práticas típicas	288
6.5.1	Imposição de preços abaixo do custo	290
6.5.1.1	Venda justificada.....	290
6.5.1.2	Racionalidade da conduta de preços predatórios	292
6.5.1.3	Os parâmetros para a determinação do “custo” referido pelo art. 36, § 3.º, XV, da Lei 12.529/2011	295
6.5.2	Imposição de preços de aquisição de matérias-primas dos concorrentes	296
6.5.3	Vendas casadas.....	298
6.5.3.1	Definição de vendas casadas e critérios para aferir sua ilicitude.....	298
6.5.3.2	A venda casada e o aumento de participação no mercado do produto vinculado	300
6.5.3.3	Fechamento (<i>foreclosure</i>) do mercado do produto vinculado	302
6.5.3.4	Discriminação entre os adquirentes.....	303

6.5.3.5	Segurança da qualidade do produto	304
6.5.3.6	Outros efeitos das vendas casadas	305
6.5.3.7	A visão norte-americana das vendas casadas. O caso <i>Kodak</i>	307
6.5.3.8	A visão europeia das vendas casadas	310
6.5.3.9	Vendas casadas: as lições dos casos <i>Microsoft</i> nos EUA e na União Europeia	311
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).....	313
6.6.1	A importância da inovação	321
6.6.2	Recusa de contratar.....	322
6.6.2.1	A posição norte-americana	323
6.6.2.2	A posição europeia.....	325
6.6.3	A Lei Antitruste brasileira e a Propriedade Intelectual	328
6.7	Dependência econômica e abuso de posição dominante	329
7.	ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS.....	335
7.1	Acordos verticais e acordos horizontais. Definição	336
7.2	Acordos horizontais: os cartéis	338
7.2.1	Os cartéis e suas justificativas	342
7.2.2	Os cartéis de preço	343
7.2.3	Acordos entre agentes econômicos. Circunstâncias fáticas que estimulam os cartéis.....	345
7.2.4	<i>Price leadership</i>	348
7.2.5	Cartéis, paralelismo consciente e a prova da infração à ordem econômica.....	349
7.2.6	Uma constante exceção: os cartéis de exportação	354
7.3	Acordos verticais: a proteção da concorrência entre não concorrentes ...	357
7.4	Contratos entre fornecedores e distribuidores. Restrições verticais e seus tipos	358
7.4.1	Efeitos pró-concorrenciais dos acordos verticais	360
7.4.2	Acordos verticais e economia dos custos de transação	363
7.4.3	Acordos verticais e coibição da atuação de <i>free riders</i>	368
7.4.4	Efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais	369
7.4.4.1	Fechamento do mercado.....	369
7.4.4.2	O aumento dos custos dos concorrentes	372
7.4.4.3	Restrições verticais e a facilitação de cartéis.....	373

7.4.4.4	A diminuição das opções do consumidor. Diminuição do grau de concorrência no ponto de venda	373
7.4.4.5	Arrefecimento da concorrência intramarca. Facilitação de conluio	375
7.4.4.6	Exploração de falhas de informação dos consumidores	377
7.4.4.7	Aumento dos preços para os consumidores	378
7.4.4.8	Levantamento de barreiras à entrada de <i>discounters</i>	379
7.4.4.9	Prejuízo aos consumidores inframarginais (<i>inframarginal consumers</i>) e indução de publicidade excessiva.....	379
7.4.5	Imposição/sugestão dos preços de revenda. Exemplos do direito comparado	380
7.4.6	A fixação de preços mínimos de revenda no Brasil.....	391
7.5	Os acordos verticais e as vendas pela <i>Internet</i>	395
7.6	Análise caso a caso dos acordos verticais e o atual momento da economia brasileira.....	396
8.	CONCENTRAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS.....	399
8.1	As formas assumidas pelas concentrações. Art. 90 da Lei 12.529/2011	400
8.2	As concentrações e seus tipos	404
8.3	Razões da concentração	405
8.4	Disciplina das concentrações. Ponderação entre benefícios e prejuízos concorrenciais	408
8.5	Avaliação das concentrações pelas autoridades antitruste	413
8.6	Impacto das concentrações sobre o mercado	419
8.7	Mecanismo da Lei Antitruste Brasileira para viabilizar as concentrações econômicas. Análise e autorização pelo CADE.....	423
8.7.1	CrITÉRIOS para determinação da necessidade de submissão da operação de concentração ao CADE.....	424
8.7.2	Controle prévio da operação de concentração.....	425
8.7.2.1	Nota sobre os sistemas norte-americano e europeu	425
8.7.3	Revisão da autorização pelo CADE.....	426
8.7.4	O acordo em controle de concentrações	427
8.8	A tendência mundial de fraca implementação do controle de concentrações	428
9.	EXTRATERRITORIALIDADE DAS LEIS ANTITRUSTE	431
9.1	Conflito de jurisdições.....	436
9.2	Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (<i>blocking laws</i>)	439

9.3	Os obstáculos enfrentados pelas empresas. As concentrações internacionais e sua apreciação por várias jurisdições	444
9.4	Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição	446
BIBLIOGRAFIA		451
OBRAS DA AUTORA		493