

PAULA A. FORGIONI

**OS FUNDAMENTOS
DO ANTITRUSTE**

8.^a edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial

Coordenação

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

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

Forgioni, Paula A.

Os fundamentos do antitruste / Paula A. Forgioni. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6214-3

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

15-04151

CDU-347.733(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito antitruste 347.733(81)

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 1. ^a EDIÇÃO	7
INTRODUÇÃO DA AUTORA	11
PANORAMA DO TRABALHO.....	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	108
2.7.1.1	Os debates que antecederam a promulgação da Lei Antitruste e a discussão sobre sua necessidade e função ...	108
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
2.7.1.4.1A	associação de empresas	115
2.7.1.4.2A	possibilidade de autorização de práticas restritivas ...	115
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?.....	116
2.7.1.6	Lei 4.137: um punhado de “surtos de vigência”	120
2.8	Lei 8.158, de 1991	120
2.9	Lei 8.884, de 1994	121
2.10	Lei 12.529, de 2011	123
2.11	Os desafios do antitruste no Brasil de hoje.....	124
3.	O SISTEMA DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA	126
3.1	O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Estrutura administrativa	127
3.1.1	Superintendência-Geral	127
3.1.2	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica	128
3.1.3	Departamento de Estudos Econômicos	129
3.1.4	Procuradoria-Geral do CADE	129
3.2	Práticas restritivas e caracterização da ilicitude pelos efeitos	129
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)	133

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.....	135
3.4.1	Art. 36, <i>caput</i> , I: tutela da livre-concorrência e da livre-iniciativa.....	135
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.....	137
3.4.3	Inciso III do art. 36 da Lei Antitruste. A tutela do consumidor, além da livre-iniciativa e da livre-concorrência	139
3.4.4	As duas almas do art. 36 da Lei 12.529, de 2011.....	142
3.5	Efeitos potenciais dos <i>caput</i> restritivos da concorrência.....	142
3.6	A forma do ato	143
3.7	Os sujeitos da Lei Antitruste. Sujeitos públicos e sujeitos privados.....	143
3.8	A responsabilidade do grupo pelas infrações à ordem econômica.....	145
3.9	Procedimentos administrativos no âmbito do CADE	146
3.9.1	Procedimentos relacionados à apuração de infrações à ordem econômica	146
3.9.2	Procedimentos relacionados à aprovação de concentrações econômicas pelo CADE.....	147
3.10	Acordos entre a Administração Pública e empresas: compromissos de cessação, acordo em controle de concentração e acordo de leniência.....	149
3.10.1	Compromissos de cessação (art. 85).....	149
3.10.2	Acordos em controle de concentrações (referido nos arts. 9.º, V, 13, X e 46, § 2.º)	150
3.10.3	Acordos de leniência (art. 86).....	151
3.11	A cessação imediata de práticas danosas à concorrência: ordens de cessação, medidas preventivas, liminares e antecipação de tutela.....	152
3.12	Lei Antitruste e atuação do Ministério Público	153
3.13	A aplicação privada da Lei Antitruste	155
3.14	Lei Antitruste e atuação do Poder Judiciário	156
4.	OS OBJETIVOS DAS LEIS ANTITRUSTE: AS POLÍTICAS ECONÔMICAS ATUADAS	159
4.1	As escolas de pensamento antitruste: a consolidação da Escola de Chicago no cenário norte-americano.....	164
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.....	182

4.3	O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento.....	186
4.4	As normas antitruste como instrumentos de implementação de políticas públicas.....	188
5.	AS VÁLVULAS DE ESCAPE DAS LEGISLAÇÕES ANTITRUSTE.....	193
5.1	Primeira válvula de escape. Regra da razão, isenções e autorizações.....	194
5.1.1	O sistema norte-americano: <i>rule of reason</i>	195
5.1.1.1	O sistema norte-americano e as isenções em bloco.....	199
5.1.2	O sistema europeu. As isenções.....	204
5.1.3	O sistema brasileiro. Risco jurídico e consultas.....	208
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.....	227
5.3.4	Contraponto: notas críticas ao método tradicional para a delimitação do mercado relevante.....	229
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.....	235
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	279
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	283
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	302

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	304
6.5.3.7	A visão norte-americana das vendas casadas. O caso Kodak.....	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 “exclu- sivos” (ou direitos de propriedade intelectual).....	313
6.6.1	A importância da inovação	320
6.6.2	Recusa de contratar e facilidades essenciais	321
6.6.2.1	A posição norte-americana	323
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.....	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
7.4.6	Acordos verticais e exclusividade	392
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.....	398
8.1	As formas assumidas pelas concentrações. Art. 90 da Lei 12.529/2011 ..	399
8.2	As concentrações e seus tipos	403
8.3	Razões da concentração	404
8.4	Disciplina das concentrações. Ponderação entre benefícios e prejuízos concorrenciais	407
8.5	Avaliação das concentrações pelas autoridades antitruste	413
8.6	Impacto das concentrações sobre o mercado	418
8.7	Mecanismo da Lei Antitruste Brasileira para viabilizar as concentrações econômicas. Análise e autorização pelo CADE.....	422
8.7.1	Crítérios para determinação da necessidade de submissão da operação de concentração ao CADE.....	422
8.7.2	Controle prévio da operação de concentração.....	424
8.7.2.1	Nota sobre os sistemas norte-americano e europeu	424
8.7.3	Revisão da autorização pelo CADE.....	425
8.7.4	O acordo em controle de concentrações	426
8.8	A tendência mundial de fraca implementação do controle de concentrações	427

9. EXTRATERRITORIALIDADE DAS LEIS ANTITRUSTE	429
9.1 Conflito de jurisdições.....	434
9.2 Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (<i>blocking laws</i>)	437
9.3 Os obstáculos enfrentados pelas empresas. As concentrações internacionais e sua apreciação por várias jurisdições.....	442
9.4 Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição	444
BIBLIOGRAFIA.....	447
OBRAS DA AUTORA	493