

# SUMÁRIO

## Parte I PARTE GERAL

|   |    |
|---|----|
| CAPÍTULO I – ANÁLISE CRÍTICA DA REALIDADE E DA TEORIA ANTI-TRUSTE .....   | 3  |
| 1. Penúria de uma disciplina .....  | 3  |
| 2. O poder econômico e seus múltiplos efeitos nas esferas social e econômica: monopólios e subdesenvolvimento ..... | 5  |
| 3. A história econômica de sistemas coloniais monopolistas e seus efeitos no processo de desenvolvimento .....      | 10 |
| 3.1. Sistemas monopolistas coloniais .....  | 11 |
| 3.2. O período de industrialização .....  | 13 |
| 3.3. Internacionalização de estruturas monopolistas .....   | 15 |
| CAPÍTULO II – PERSPECTIVA NEOESTRUTURALISTA .....   | 17 |
| 1. Direito concorrencial e Constituição Econômica .....   | 17 |
| 2. Direito concorrencial: as várias concepções .....  | 19 |
| 3. Resultados econômicos vs. valores jurídicos .....  | 23 |
| 3.1. Resultados econômicos como parâmetros jurídicos .....  | 23 |
| 3.2. A abordagem jurídica: direito econômico como um modelo procedimental econômico .....                           | 25 |
| 4. Uma alternativa: estruturalismo jurídico e teoria jurídica do antitruste .....                                   | 29 |
| 4.1. A economia do bem-estar e a teoria da escolha social .....   | 30 |
| 4.1.1. Evolução .....   | 30 |
| 4.1.2. Racionalidade: os vários significados .....  | 31 |
| 4.1.3. Ética e Economia .....   | 32 |
| 4.2. O direito de concorrência como modelo institucional e procedimental econômico .....                            | 33 |
| 4.3. Relevância do conceito institucional de concorrência .....   | 37 |

|  |   |    |
|--|---|----|
| 4.3.1.   | Garantia da concorrência vs. garantia do concorrente .....  | 38 |
| 4.3.2.   | Elementos da tutela concorrencial: garantia de lealdade e de existência efetiva .....                       | 40 |
| 4.4.   | Alguns efeitos aplicativos .....  | 43 |
| 4.5.   | Conclusão parcial: estruturalismo jurídico e organização social .....                                       | 45 |
| CAPÍTULO III – IMPACTOS NA DISCIPLINA ANTITRUSTE ..... |   | 47 |
| 1.   | Interesses tutelados pelo direito concorrencial .....   | 47 |
| 1.1.   | Interesses protegidos: o falso paradoxo.....  | 47 |
| 1.1.1.   | A ordem concorrencial .....   | 54 |
| 1.1.1.1.   | Expansão do conceito de garantias institucionais: as normas de proteção .....                               | 54 |
| 1.1.1.2.   | O conceito tradicional de interesses difusos .....  | 56 |
| 1.1.1.3.   | Interesses difusos e garantias institucionais .....   | 60 |
| 1.1.1.4.   | Conclusão: a ordem econômica como interesse institucional .....   | 64 |
| 1.1.2.   | Os consumidores.....  | 68 |
| 1.1.2.1.   | Titularidade direta ou indireta dos direitos subjetivos de ordem concorrencial .....                        | 69 |
| 1.1.2.2.   | Direito concorrencial e direito do consumidor .....   | 72 |
| 1.1.3.   | Os concorrentes.....  | 77 |
| 1.1.4.   | Outros interesses.....  | 79 |
| 1.1.4.1.   | As especificidades da análise do poder econômico no Brasil: tripla drenagem e ampliação de interesses ..... | 79 |
| 1.1.4.2.   | A ampliação de significado do “interesse da ordem concorrencial” .....                                      | 80 |
| 2.   | Os instrumentos: estruturas e condutas no direito concorrencial.....  | 81 |
| 2.1.   | Controle meramente estrutural do poder no mercado.....  | 81 |
| 2.2.   | Disciplina das estruturas vs. disciplina dos comportamentos? .....  | 91 |
| 2.3.   | Disciplina das estruturas e disciplina dos comportamentos .....   | 92 |

## **Parte II**

### **ESTRUTURAS**

|  |                                     |    |
|--|-------------------------------------|----|
| CAPÍTULO I – A IDENTIFICAÇÃO DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO ... |                                     | 97 |
| 1.   | Poder no mercado e sua medição..... | 97 |

|  |  |     |
|--|--|-----|
| 1.1  | Os conceitos marginalistas fundamentais.....   | 99  |
| 1.2  | Poder no mercado e participação no mercado .....   | 100 |
| 1.3  | A racionalidade monopolística .....  | 101 |
| 1.4  | Critérios de identificação do poder no mercado .....   | 103 |
| 1.4.1  | Formas de determinação não baseadas na definição de mercado.....                                   | 103 |
| 1.4.2  | O lucro excessivo.....   | 106 |
| 2.   | Poder no mercado e definição do mercado .....  | 108 |
| 2.1  | O método de definição do mercado .....   | 109 |
| 2.2  | O mercado dos produtos.....  | 113 |
| 2.2.1  | Substitutos da demanda .....   | 113 |
| 2.2.2  | Substitutos da oferta .....  | 115 |
| 2.3  | O mercado geográfico .....   | 117 |
| 2.3.1  | Considerações gerais .....   | 118 |
| 2.3.2  | O mercado interno .....  | 120 |
| 2.3.3  | O mercado internacional .....  | 123 |
| 2.3.4  | O mercado comum.....   | 125 |
| 2.4  | A participação no mercado relevante como critério de identificação.....                            | 130 |
| 3.   | Poder de mercado e assimetria de informação.....   | 132 |
| 4.   | Formas de manifestação do poder no mercado .....   | 134 |
| 4.1  | Os monopólios .....  | 134 |
| 4.2  | Os oligopólios.....  | 137 |
| 4.3  | Os monopsônios e os oligopsônios.....  | 143 |
| 4.4  | Estruturas de informação concentrada .....   | 145 |
| 4.4.1  | Estruturas verticais .....   | 146 |
| 4.4.2  | Estruturas jurídicas concentradoras de informação.<br>O caso das patentes de bens essenciais ..... | 147 |
| CAPÍTULO II – O CONTROLE DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO ..... |  | 149 |
| 1.   | Critérios de identificação vs. critérios de sancionamento.....                                     | 149 |
| 2.   | A “regra da razão” para avaliação do poder no mercado.....   | 150 |
| 3.   | Eliminação substancial da concorrência: seus critérios de avaliação.....                           | 154 |
| 3.1  | A participação no mercado como critério de sancionamento.....                                      | 154 |
| 3.2.   | O nível de concentração.....   | 155 |
| 3.3.   | A natureza dos produtos e a estrutura de custos .....  | 157 |

|   |   |     |
|---|---|-----|
| 3.4.  | As barreiras à entrada.....   | 159 |
| 3.5.  | O poder compensatório .....   | 164 |
| 3.6.  | A criação de escassez.....  | 167 |
| 3.7.  | Conclusão: a importância relativa dos vários fatores.....                                     | 167 |
| 4.  | As justificativas para as restrições à concorrência.....                                      | 168 |
| 4.1.  | A eficiência.....   | 168 |
| 4.1.1.  | A noção neoclássica.....  | 169 |
| 4.1.2.  | Eficiência e distribuição de seus benefícios.....   | 173 |
| 4.2.  | A política industrial .....   | 175 |
| 4.2.1   | Instrumentos de política industrial e sistema<br>concorrencial.....                           | 177 |
| 4.2.1.1.  | A pesquisa tecnológica .....  | 178 |
| 4.2.1.2.  | As empresas em crise .....  | 180 |
| 4.2.1.3.  | O apoio à pequena e média empresas .....  | 186 |
| 4.2.1.4.  | Os monopólios naturais .....  | 187 |
| 4.2.1.5.  | A nova realidade dos monopólios naturais:<br>tecnologia e concorrência entre redes .....      | 193 |
| 4.2.2.  | Atuação estatal e direito concorrencial .....   | 197 |
| 4.2.2.1.  | Exercício do poder regulamentar e sua legiti-<br>midade do ponto de vista concorrencial ..... | 198 |
| 4.3.  | Avaliação geral das justificativas .....  | 211 |
| CAPÍTULO III – AS ESTRUTURAS ORGANIZATIVAS..... |   | 213 |
| 1.  | Estruturas de poder no mercado.....   | 214 |
| 1.  | Cooperação vs. concentração empresarial.....  | 214 |
| 1.2.  | Direito societário e direito concorrencial.....   | 217 |
| 1.2.1.  | O problema da “neutralidade” do direito societário .....                                      | 217 |
| 1.2.2.  | Aplicações específicas.....   | 218 |
| 1.2.3.  | Escopos societários e escopos concorrenciais.....   | 223 |
| 1.2.4.  | “Influência dominante” .....  | 225 |
| 1.2.5.  | A “influência relevante do ponto de vista concorrencial” ..                                   | 229 |
| 1.2.6.  | O art. 88 da Lei brasileira e sua aplicação à concentração<br>empresarial.....                | 233 |
| 1.3.  | As concentrações econômicas.....  | 236 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 1.3.1.   | As formas possíveis de concentração econômica .....                                       | 236 |
| 1.3.2.   | As concentrações horizontais.....   | 237 |
| 1.3.2.1. | Concentração horizontal e crescimento interno .....                                       | 237 |
| 1.3.2.2. | A eficiência .....  | 239 |
| 1.3.3.   | As concentrações verticais.....   | 241 |
| 1.3.3.1. | Hipótese independente ou caso especial de concentração horizontal? .....                  | 241 |
| 1.3.3.2. | A eficiência nas concentrações verticais .....  | 245 |
| 1.3.4.   | A formação de conglomerados .....   | 249 |
| 1.3.4.1. | Os conglomerados com poder no mercado .....   | 249 |
| 1.3.4.2. | Poder financeiro e poder no mercado .....   | 251 |
| 2.       | Estruturas jurídicas .....  | 253 |
| 2.1.     | Introdução.....   | 253 |
| 2.2.     | Função econômica .....  | 255 |
| 2.3.     | Consequências sobre a definição de patente .....  | 255 |
| 2.4.     | Requisitos de patenteamento.....  | 256 |
| 2.5.     | Produtos patenteáveis: análise crítica à luz dos princípios concorrenciais.....           | 257 |
| 2.6.     | Setores negligenciados.....   | 259 |
| 2.7.     | Patentes: limites do uso .....  | 261 |
| 2.8.     | Patentes e licença compulsória.....   | 263 |
| 2.9.     | Importação paralela legítima.....   | 266 |
| 2.10.    | Conclusão: o licenciamento compulsório e seus efeitos sobre os interesses envolvidos..... | 266 |
| 3.       | Estruturas de dominação de bens comuns.....   | 269 |
| 3.1.     | Introdução: o problema.....   | 269 |
| 3.2.     | A insuficiência da dicotomia bem privado-bem público .....                                | 270 |
| 3.3.     | Bens comuns e poder econômico .....   | 271 |
| 3.4.     | Bens comuns e meio ambiente: poder econômico vs. cooperação....                           | 272 |
| 3.5.     | Alternativas de intervenção estrutural .....  | 274 |
| 3.5.1.   | Apropriação: regulação e cooperação descentralizadas.....                                 | 276 |
| 3.5.2.   | Utilização: conexão entre produção e consumo .....  | 277 |
| 3.6.     | Sistemas produtivos, ausência de escolha e abuso de poder .....                           | 279 |

## Parte III

### CONDUTAS

|   |         |
|---|---------|
| CAPÍTULO I – O CONTROLE DAS CONDUTAS NA TEORIA CONCORRENCIAL.....   | 283     |
| 1. Introdução: <i>ratio</i> da disciplina dos comportamentos e interação com o controle das estruturas.....                 | 283     |
| 2. Novas teorias comportamentais e sua aplicação ao antitruste .....  | 284     |
| 2.1 O embate tradicional .....  | 284     |
| 2.2. As novas teorias comportamentais: o pensamento econômico “pós-Chicago” .....   | 284     |
| 2.2.1. A teoria dos mercados contestáveis.....  | 285     |
| 2.2.2. A teoria dos jogos .....   | 286     |
| 2.2.3. A nova Economia Institucional.....   | 288     |
| 2.2.3.1. Os custos de transação .....   | 289     |
| 2.2.3.2. As teorias econômicas críticas ao dogma neo-clássico da racionalidade econômica .....                              | 292     |
| 3. Os comportamentos na teoria jurídica.....  | 295     |
| 3.1. A estrutura do ilícito: ato, elemento volitivo e efeito.....   | 295     |
| 3.2 Gênese e função das regras sobre controle dos comportamentos na Lei Concorrencial brasileira .....                      | 299     |
| <br>CAPÍTULO II – CONDUTAS TENDENTES À DOMINAÇÃO DOS MERCADOS E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE: PRINCÍPIOS E REGRAS GERAIS..... | <br>305 |
| 1. O direito concorrencial na Constituição .....  | 305     |
| 1.1. Os limites constitucionais da intervenção do Estado na ordem econômica .....   | 305     |
| 1.2. Sentido e funções do art. 173, § 4º, da CF .....   | 306     |
| 1.2.1. O sentido clássico da expressão “abuso de poder econômico” e a mudança na Constituição de 1988 .....                 | 306     |
| 1.2.2. Abuso de poder econômico e garantia institucional da concorrência .....  | 307     |
| 1.2.3. Abuso de poder econômico e função social dos agentes no mercado .....  | 309     |
| 1.2.3.1. Bem essencial e função social dos monopolistas .....   | 309     |
| 1.2.3.2. Consequências aplicativas: acesso necessário e preço do acesso .....   | 312     |
| 1.2.3.3. A questão no Direito Brasileiro .....  | 313     |

|  |  |     |
|--|--|-----|
| 2.   | Objetividade jurídica e função da expressão “dominação dos mercados”....           | 314 |
| 2.1.                                       | As várias acepções do termo.....   | 314 |
| 2.2.                                       | O sentido econômico e suas incertezas.....   | 315 |
| 2.3.                                       | O sentido jurídico .....   | 315 |
| 2.4.                                       | Tipos de condutas que podem levar à dominação .....                                | 319 |
| 3.   | Justificativas para a dominação dos mercados: extensão e limites .....             | 320 |
| 3.1.                                       | O direito industrial .....   | 321 |
| 3.1.1.                                     | Notícia histórica.....   | 322 |
| 3.1.2.                                     | Função econômica.....  | 324 |
| 3.1.3.                                     | Princípios concorrenciais do direito industrial .....                              | 325 |
| 3.1.3.1.                                   | Consequências sobre a <i>fattispecie</i> .....                                     | 325 |
| 3.1.3.2.                                   | Consequências para a disciplina .....  | 327 |
| 3.1.4.                                     | Direito concorrencial e direito industrial.....                                    | 331 |
| 3.2.                                       | A eficiência econômica.....  | 332 |
| 3.2.1.                                     | Ascensão e declínio da defesa da eficiência.....                                   | 332 |
| 3.2.2.                                     | Eficiência no controle das condutas e das estruturas.....                          | 333 |
| 3.2.3.                                     | Eficiência nos atos tendentes à dominação dos mercados: considerações gerais ..... | 335 |
| 3.2.3.1.                                   | Exclusão de concorrentes .....   | 336 |
| 3.2.3.2.                                   | Colusão .....  | 338 |
| 3.2.4.                                     | Conclusão: balanço concorrencial e eficiência distributiva .....                   | 338 |
| 4.   | Poder no mercado, dominação do mercado e abuso de posição dominante .....          | 340 |
| 4.1.                                       | Abuso de posição dominante: considerações gerais.....                              | 342 |
| 4.2.                                       | Abuso de direito de propriedade intelectual .....                                  | 347 |
| CAPÍTULO III – AS CONDUTAS EM ESPÉCIE..... |  | 353 |
| 1.   | Introdução.....  | 353 |
| 2.   | Teorias econômicas e teoria jurídica.....  | 353 |
| 3.   | Exclusão de concorrentes .....   | 354 |
| 3.1.                                       | Predação .....   | 355 |
| 3.1.1.                                     | A teoria econômica neoclássica e suas variantes .....                              | 356 |
| 3.1.1.1.                                   | Os antecedentes .....  | 356 |
| 3.1.1.2.                                   | O critério baseado na comparação entre preço e custo .....                         | 357 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 3.1.1.3. | A possibilidade de recuperação dos custos incorridos na predação.....   | 359 |
| 3.1.1.4. | As primeiras dúvidas: os custos dos erros na avaliação econômica .....  | 361 |
| 3.1.2.   | A teoria dos comportamentos estratégicos .....                          | 362 |
| 3.1.2.1. | Crítica à concepção neoclássica da racionalidade do predador .....      | 362 |
| 3.1.2.2. | A predação como comportamento estratégico ...                           | 364 |
| 3.1.2.3. | Conclusão: a teoria jurídica da predação .....                          | 365 |
| 3.1.3.   | Os preços predatórios.....  | 368 |
| 3.1.3.1. | Objetivo predatório .....   | 368 |
| 3.1.3.2. | Custo e quantidade ofertada .....                                       | 370 |
| 3.1.3.3. | Possibilidade de dominação do mercado .....                             | 371 |
| 3.1.4.   | A predação tecnológica.....   | 375 |
| 3.1.4.1. | Predação através da inovação .....                                      | 375 |
| 3.1.4.2. | Predação através da incompatibilidade de sistemas .....                 | 378 |
| 3.1.4.3. | Retornos crescentes de escala e externalidades positivas de redes ..... | 379 |
| 3.1.4.4. | O caso da indústria de software .....                                   | 381 |
| 3.2.     | Negociação compulsória.....   | 386 |
| 3.2.1.   | A disputa econômica tradicional.....                                    | 386 |
| 3.2.2.   | Negociação voluntária ou compulsória .....                              | 390 |
| 3.2.2.1. | Dependência absoluta .....  | 392 |
| 3.2.2.2. | Dependência relativa .....  | 397 |
| 3.2.3.   | Abuso de posição dominante ou ato tendente à dominação do mercado ..... | 399 |
| 3.2.3.1. | Abuso de posição dominante .....  | 401 |
| 3.2.3.2. | Ato tendente à dominação do mercado .....                               | 404 |
| 3.2.4.   | A venda casada.....   | 405 |
| 3.2.4.1. | Conceito .....  | 405 |
| 3.2.4.2. | Objetivo ilícito .....  | 407 |
| 3.2.5.   | Negociação recíproca .....  | 409 |
| 3.2.6.   | Recusa de contratar .....   | 411 |
| 3.2.6.1. | Recusa de contratar e livre-iniciativa .....                            | 412 |
| 3.2.6.2. | As diversas espécies de recusa .....                                    | 413 |
| 3.2.6.3. | Conclusão .....   | 420 |



|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 3.2.7.   | Exclusividade.....  | 421 |
| 3.2.7.1. | Exclusividade e eficiência .....  | 422 |
| 3.2.7.2. | Exclusividade e concorrência .....                                      | 425 |
| 3.2.7.3. | A exclusividade e seus requisitos de aplicação ...                      | 430 |
| 4.       | Colusão .....   | 432 |
| 4.1.     | Colusão vertical e horizontal.....                                      | 432 |
| 4.2.     | Colusão horizontal.....   | 433 |
| 4.2.1.   | Condutas colusivas .....  | 434 |
| 4.2.1.1. | Acordos expressos .....   | 435 |
| 4.2.1.2. | Comportamento paralelo intencional .....                                | 439 |
| 4.2.2.   | Requisitos estruturais .....  | 446 |
| 4.2.2.1. | Existência de interdependência .....                                    | 446 |
| 4.2.2.2. | Participação no mercado vs. poder no mercado .....                      | 449 |
| 4.2.3.   | A extensão da colusão: mercados singulares e colusão multimercado ..... | 451 |
| 4.2.4.   | Possíveis justificativas para a colusão.....                            | 452 |
| 4.3.     | Colusão vertical.....   | 455 |
| 4.3.1.   | Práticas discriminatórias.....  | 456 |
| 4.3.1.1. | Objetivo colusivo .....   | 456 |
| 4.3.1.2. | Efeitos potenciais .....  | 457 |
| 4.3.2.   | Uniformização de preço ou condições de revenda.....                     | 459 |
| 4.3.2.1. | As concepções econômicas .....  | 459 |
| 4.3.2.2. | A concepção jurídica .....  | 463 |
|          | CONCLUSÃO .....   | 473 |
|          | BIBLIOGRAFIA.....   | 477 |