

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivã A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativo Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial

Coordenação

DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damara Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patricia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão

Coordenação

LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecília Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo Editorial: Antonia Aparecida Pereira

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; prefácio Eros Roberto Grau. -- 9. ed rev., atualiz. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-7020-9

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. Grau, Eros
Roberto II. Título.

16-06899

CDU-347.733(81)(094)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Direito antitruste 347.733(81)(094)

PAULA A. FORGIONI

**OS FUNDAMENTOS
DO ANTITRUSTE**

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

em bloco.⁴⁴ As empresas são incentivadas a efetuar sua própria apreciação sobre a compatibilidade da prática com as regras de concorrência dos tratados europeus.⁴⁵

Não obstante, conforme o art. 10 do mesmo Regulamento, a Comissão pode, por razões de interesse público europeu, declarar de ofício⁴⁶ que, em função dos elementos de que tem conhecimento, o art. 101 do Tratado é inaplicável a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada, quer por não estarem preenchidas as condições do n. 1 do art. 101, quer porque se verificam as condições de isenção do n. 3 do art. 101.

Além das isenções em bloco para determinados tipos de avenças, na Europa há setores da economia que são excluídos das normas antitruste previstas no TFUE; são os chamados “setores especiais” (*special sectors*), tais como agricultura, seguros, veículos automotores, transporte aéreo, marítimo e outros.

Deste modo, na União Europeia temos:

(i) as isenções em bloco, estabelecidas por regulamentos específicos, que afastam contestações antitruste daqueles negócios efetivados dentro dos limites permitidos;

(ii) as declarações de ofício de licitude da prática, que podem ser concedidas sempre que o interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos arts. 101 e 102 do Tratado assim o exija; e

44. Dispõe seu art. 1.º: “1. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n. 1 do art. 81 do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no n. 3 do mesmo artigo são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia. 2. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n. 1 do art. 81 do Tratado que satisfaçam as condições previstas no n. 3 do mesmo artigo não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia”.

45. Cf. item 96 das *Orientações relativas às restrições verticais*. Afirmam Louis Vogel e Joseph Vogel que sua consequência foi “transférer aux opérateurs la responsabilité de procéder à une auto-évaluation de leurs accords. Ceux-ci doivent apprécier leurs parts de marché, déterminer s'ils se trouvent en deçà ou au-delà du double seuil de 30%, si la nature de leurs accords ou la situation de marché n'est pas susceptible de les exposer à un retrait de l'exemption ET, au-delà de la zone de sécurité, évaluer eux-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence européennes [Droit de la distribution, 27, 28].

46. A versão em língua portuguesa do referido regulamento utiliza a expressão “declarar oficiosamente”. No entanto, analisando as versões em língua inglesa e italiana, verificamos que o termo indica a atuação “de ofício” por parte da autoridade antitruste (na versão inglesa consta a expressão *acting on its own initiative*, enquanto no documento em língua italiana utiliza-se a expressão *d'ufficio*).

(iii) os setores especiais, sujeitos a sistema concorrencial próprio.⁴⁷

5.2 O SISTEMA BRASILEIRO. RISCO JURÍDICO E CONSULTAS

Respeitada a orientação constitucional (em especial, art. 170 e ss. da CF), a licitude ou ilicitude da prática dos agentes econômicos é estatuída pelo art. 36, *caput*, da Lei 12.529, de 2011, sendo considerada ilegal a que implicar (i) prejuízo à livre-concorrência ou à livre iniciativa; (ii) domínio de mercado relevante; (iii) aumento arbitrário de lucros; ou (iv) abuso de posição dominante.

O art. 88 da Lei 12.529, de 2011, exige que sejam apresentadas para autorização apenas as concentrações que atinjam o gabarito ali previsto.⁴⁸ Entre essas concentrações, incluem-se negócios de “contratos associativos”, “consórcios” ou *joint-ventures* (art. 90). A exemplo do sistema europeu atual, os acordos que não implicarem concentração econômica não necessitam de autorização prévia do CADE para sua eficácia.

Do ponto de vista do agente econômico, se, por um lado, dispensa-se o gasto de tempo e dinheiro normalmente envolvido na obtenção da autorização, por outro pode aumentar o grau de insegurança jurídica caso parem dúvidas quanto à licitude do contrato, ou seja, sobre a incidência ou não do art. 36, *caput*, da Lei Antitruste.

Visando a diminuir os efeitos adversos dessa imprevisibilidade, é facultado às empresas formular consultas ao CADE, conforme previsto no art. 9.º, § 4.º, da Lei 12.529, de 2011, porquanto “[o] Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos”.

Na mesma linha, o CADE poderá com base no art. 9.º, inciso XIV, por meio do Tribunal, instruir as empresas sobre as formas de infração à ordem econômica, emitindo textos de orientação sobre os limites da licitude das práticas e os critérios empregados para a abertura de processos administrativos. Essas instruções poderão ser prestadas por meio de regras gerais escritas, que funcionarão como balizas para o comportamento das empresas que preferirem evitar contestações por parte da autoridade antitruste.

47. Marcelo Martins Proença explica que o sistema europeu não adota a regra da razão, mas sim as isenções (*Concentração empresarial e o direito da concorrência*, p. 46).

48. Remete-se o leitor para o capítulo 8, em que é analisado o procedimento para obtenção de autorização para concentrações.

5.2.1 As isenções antitruste em bloco no sistema brasileiro e seu fundamento jurídico. Lei geral de defesa da concorrência e leis específicas (microssistemas jurídicos)

Atualmente, também por conta do espraiamento dos pressupostos da Escola de Chicago [vide capítulo referente aos objetivos da lei antitruste], acredita-se que a concorrência deva ser preservada acima de tudo. Porém, existem situações em que o próprio legislador manda que, em determinados setores, a competição há de ser arrefecida. A concorrência é a regra geral, mas outra escolha política pode ser considerada; nessas hipóteses, a lei especial prevalecerá sobre a lei geral.⁴⁹⁻⁵⁰

A Lei 12.529, de 2011, é lei de caráter geral, que visa a disciplinar o comportamento dos agentes que atuam no domínio econômico, tanto de maneira repressiva (punindo os abusos de poder econômico e as práticas restritivas da concorrência) quanto preventiva (mediante o controle previsto no art. 88). Repise-se: a Lei Antitruste protege a concorrência de forma geral, o mercado concorrencial como um todo, quer perseguindo-o como um fim a ser atingido, quer preservando-o (sempre na moldura do art. 170 da CF).

O conceito de norma geral tem sido objeto de tormentosos debates.⁵¹ Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartariam as normas gerais das especiais,⁵² derivam de juízo de comparação entre duas normas. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas. Uma norma que é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de outra. Temos também – observa Eros Roberto Grau com base em Natalino Irti – que a norma geral é dotada de uma compreensão menor e de uma extensão (sujeitos aos quais cada norma se dirige) maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.

49. Correntemente, poucos autores admitem que o excessivo grau de concorrência pode ser prejudicial à dinâmica do mercado. V., para compreensão do ponto de vista contrário ao *mainstream*, Maurice E. Stucke, *Is competition always good?*, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2157193], último acesso em 8 de fevereiro de 2013.

50. Por exemplo, a lei pode visar a incentivar a cooperação entre os agentes econômicos e não a concorrência.

51. Eros Roberto Grau, *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*, p. 11-12. V., também, do mesmo autor, *Direito urbano*, p. 129.

52. Natalino Irti, *Letà della decodificazione*, p. 53 e ss. A referência ao estudo de Irti é de Eros Roberto Grau (v. nota anterior).

Por isso, quando afirmamos que a Lei Antitruste é uma lei geral, no sentido atribuído pela teoria do direito, indicamos que, em princípio, a Lei Antitruste regula a concorrência de forma geral entre os agentes econômicos. Ela será geral quando comparada a diplomas que lhe fazem escapar determinados setores ou práticas do regramento antitruste, submetendo-os a lógica diversa da concorrencial plena (leis específicas).

É indiscutível que existe, em nosso ordenamento, princípio segundo o qual o sistema não contém, em si, antinomias ou contradições.⁵³ Consequentemente, se a regra A autoriza uma ação, não pode a regra B proibi-la. Como explica Carlos Maximiliano, “[s]upõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de ideias; todas as expressões se combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico”.⁵⁴

A impossibilidade da existência de contradições significa, em última instância, não ser viável a convivência, no sistema jurídico, de um texto autorizativo de restrição concorrencial e outro que, ao mesmo tempo, sujeita-a às proibições da Lei Antitruste.

Assim, as (aparentes) antinomias⁵⁵ com que nos depararmos não de ser resolvidas: para tanto, manda nosso ordenamento que a lei específica prevaleça sobre a lei geral.⁵⁶ Como vimos, a Constituição Federal pressupõe que a

53. “(...) le norme di un ordinamento hanno un certo rapporto tra loro, e questo rapporto è il rapporto di compatibilità” (Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 208).

54. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 168.

55. Não se pode deixar de notar, ainda com Bobbio, que a antinomia no sistema jurídico é sempre aparente e nunca real, já que o próprio ordenamento contém regras que devem necessariamente levar à solução de possíveis conflitos entre suas normas (*Teoria generale del diritto*, p. 218-235).

56. Mais uma vez, a lição de Carlos Maximiliano: “Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est – em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 169). Nessa esteira, Bobbio: “Il (...) criterio (...) della lex specialis, è quello in base a cui di due norme incompatibili, una generale e una speciale (o eccezionale), prevale la seconda: lex specialis derogat generali. Anche qui

livre-concorrência deva imperar, de forma geral, nos mercados. Mas também reconhece possível, para atingir os fins maiores positivados no art. 170, o sacrifício total ou parcial da competição em certos setores, submetendo-os a regramento diverso, que arrefece a pressão concorrencial. *Em virtude de texto legal, é posta uma isenção em bloco, que permite prática restritiva da concorrência. Eis nossas isenções: leis específicas autorizadoras de restrições concorrenciais, que prevalecem sobre a regra geral (Lei 12.529, de 2011).*

Vê-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro admite a existência de isenções à Lei Antitruste. Não é necessária disposição expressa nesse sentido; a legalidade e constitucionalidade das leis específicas autorizadoras de práticas anticompetitivas decorrem diretamente da Constituição Federal. Enfim, *as isenções em bloco, no Brasil, brotam da interpretação sistemática do nosso direito.*⁵⁷

Decorre da natureza das isenções que sejam tomadas *cum grano salis*, interpretadas restritivamente. Isso porque, sob pena de comprometimento do funcionamento adequado do sistema, as leis específicas, que estabelecem exceções à lei geral, devem ser lidas de *forma estrita*. *Não se poderá proceder à interpretação extensiva, incluindo na isenção algo não previsto em seu texto normativo.*

A autorização ou a lei específica que afasta a aplicação da Lei Antitruste são exceções, isto é, *restrições à livre-concorrência e/ou à livre iniciativa*, cuja possibilidade, limites e fundamentos devem estar especificados na lei e embasados na Constituição Federal. Ilustrativa, mais uma vez, a sempre atual e precisa lição de Carlos Maximiliano, inspirada em Coelho da Rocha:

“Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente”.⁵⁸

5.3 SEGUNDA VÁLVULA DE ESCAPE. O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE

Em várias passagens, a Lei 12.529, de 2011, refere-se a “mercado relevante”, tornando indispensável a compreensão desse conceito para sua aplicação.⁵⁹

la ragione del criterio non è oscura: legge speciale è quella que deroga ad una legge pit generale, ovvero che sottrae ad una norma una parte della sua materia per sottoporla ad una regolamentazione diversa (...)” (*Teoria generale del diritto*, p. 220-221).

57. Sobre as imunidades antitruste no Brasil, v. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial*: as estruturas, p. 209 e ss.

58. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 285.

59. É bastante comum, principalmente na doutrina estadunidense, que se identifique o mercado relevante com o abuso de posição dominante, ou mesmo com o poder

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua identificação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 36, *caput*, da Lei 12.529, de 2011. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da “concorrência”, para a caracterização do ilícito devemos determinar *de qual concorrência estamos tratando* (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la). O mesmo se dá em relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: *são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante.*⁶⁰

Mas, como delimitar o mercado relevante de um bem ou serviço? Existem alguns pressupostos metodológicos básicos, largamente aplicados com essa finalidade, e que passaremos a expor. Não obstante, inexistente fórmula matemática para a determinação do mercado relevante, mas apenas *métodos* que acabam por nos fornecer *indicativos* que, utilizados de forma conjugada, auxiliam-nos nessa tarefa. Vale, sempre, a advertência de Sullivan: “(...) as relações econômicas raramente são tão simples a ponto de autorizar a definição de mercado relevante com exatidão e segurança. Não existe, para cada modelo, um único, real, ‘mercado’ esperando para ser descoberto”.⁶¹

de mercado. Por essa razão, a maioria dos livros estrangeiros trata das matérias em conjunto. Tecnicamente, entretanto, tal aproximação não deve ser automática, pois o mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste (e não, apenas, o abuso de posição dominante). Com efeito, a partir do momento em que as práticas são vedadas por produzirem (ou poderem produzir) efeitos anticoncorrenciais, a determinação da ilicitude passará pela delimitação do *mercado relevante* no qual esses efeitos serão sentidos. Em outras palavras, não se pode falar de impactos anticoncorrenciais senão em *determinado mercado: o mercado relevante*.

60. A Corte de Justiça europeia, julgando o caso *Asko*, estabeleceu que “In the context of article 86, the object of market delineation is to define the area of commerce in which conditions of competition and the market power of the dominant firm is to be assessed. The concept of substitutability involves the question whether the market is drawn broadly enough so as to include not only the products manufactured or marketed by the allegedly dominant producer but also those which are in effective competition with it” [85/609/EEC: Commission Decision of 14.12.1985 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty. IV/30.698 – ECS/AKZO].

61. No original: “economic relationships are seldom so simple that a relevant market can be defined with exactitude and confidence. There is not for any product a single, real ‘market’ waiting to be discovered” (*Antitrust*, p. 41).