

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 9 número 3 - 2002

ISSN 1517-1957

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC***

**Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748**

**REVISTA DO IBRAC
EDITORIA**

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 2002

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado /
Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

Processo Administrativo nº 022.579/97-05

Representante: Messer Griesheim do Brasil Ltda.

Representada: S/A White Martins

PARECER DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.....	7
PARECER DA PROCURADORIA DO CADE.....	83
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR CELSO CAMPILONGO	119
ADITAMENTO AO RELATÓRIO CELSO CAMPILONGO123	
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR CELSO CAMPILONGO.....	125
ADITAMENTO DE VOTO CELSO CAMPILONGO	152
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE.....	156
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS	166
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO	194
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER.....	278
DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA WHITE MARTINS	
MEMORIAL 19 DE ABRIL DE 2001	321
MEMORIAL 05 DE FEVEREIRO DE 2002	339
MEMORIAL 22 DE MARÇO DE 2002.	345
MEMORIAL 13 DE MAIO DE 2002	358
MEMORIAL 18 DE JUNHO DE 2002.....	377
PARECER PROFESSORES EROS ROBERTO GRAU E PAULA FORGIONI	385
ESTUDO ECONÔMICO 1: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS -	411
ESTUDO ECONÔMICO 2 - MERCADO RELEVANTE E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE	422

ÍNDICE

PARECER DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.....	7
DAS PRELIMINARES PROCESSUAIS.....	23
DAS ALEGAÇÕES DE MÉRITO DA REPRESENTADA.....	40
DA APRECIÇÃO DOS FATOS.....	53
DA CONCLUSÃO:.....	78
PARECER DA PROCURADORIA DO CADE.....	83
I- DO RELATÓRIO:.....	83
II- DAS PRELIMINARES.....	92
II.1- DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	92
II.2- DA INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE:.....	93
II.3 -DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL:.....	94
II.4 -DA NULIDADE E FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO INSTAURADOR:.....	95
II.5- AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO:.....	96
II.6- INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO E DA NECESSIDADE DE GARANTIA DE SIGILO:.....	98
II.7- MENÇÃO EQUIVOCADA A OUTROS PROCESSOS SOFRIDOS PELA REPRESENTADA:.....	100
III- DO MERCADO RELEVANTE.....	101
IV- DA ANÁLISE DA CONDUTA RESTRITIVA:.....	109
V- DAS MEDIDAS SUGERIDAS PELA PROCURADORIA:.....	115
V.A- DA APLICAÇÃO DE MULTA PELA INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:	115
V.B- DA REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO:.....	116
VI- DA CONCLUSÃO:.....	117
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	119
ADITAMENTO AO RELATÓRIO.....	123
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	125
I. INTRÓITO.....	125
II. PRELIMINARES.....	125
III. DO TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO E DE SEUS EFEITOS.....	130
IV. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS.....	138
V. ANÁLISE DA CONDUTA.....	140
VI. ANÁLISE DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	144
VII. AÇAMBARCAMENTO.....	146
VIII. DECISÃO.....	147
ADITAMENTO DE VOTO.....	152
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE.....	156
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS.....	166
I. HISTÓRICO.....	166
II. MERCADOS RELEVANTES.....	173
II.1. MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO FINAL.....	173
II.2. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO DE PRODUTO FINAL.....	173
II.3. MERCADO RELEVANTE DE MATÉRIA-PRIMA.....	175
II.4. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO DE MATÉRIA PRIMA.....	178
II.5. DAS PARTICIPAÇÕES DA REPRESENTADA NOS MERCADOS RELEVANTES.....	178
III. DA VERIFICAÇÃO DA CONDUTA.....	179

IV. DA VERIFICAÇÃO DOS EFEITOS ANTI-CONCORRENCIAIS DA CONDUTA OU DA SUA POTENCIALIDADE	184
IV.1. DOS EFEITOS DO ATO NO MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO FINAL	185
IV.2. DOS EFEITOS DO ATO NO MERCADO RELEVANTE DE MATÉRIA-PRIMA	187
V. DA DURAÇÃO DA CONDUTA	190
VI. DA DECISÃO E DO VALOR DA MULTA APLICADA	191
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO	194
I - DAS PRELIMINARES ARGÜIDAS	194
II - OBJEÇÕES DE MÉRITO DA REQUERIDA	198
1)- O COMPROMISSO DE DESEMPENHO TERIA PRODUZIDO OS EFEITOS DE UM COMPROMISSO DE CESSAÇÃO	199
2)- NÃO TERIA SIDO DEMONSTRADA A RACIONALIDADE ECONÔMICA DA CONDUTA E DO CONTRATO DE FORNECIMENTO	205
3)- HAVERIA A PLURISUBJETIVIDADE NO DELITO DE AÇAMBARCAMENTO POR VIA CONTRATUAL	207
4)- NÃO TERIAM SIDO RESPONDIDAS PERGUNTAS PERTINENTES AO CASO	211
5)- A DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE	211
6)- A SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ECONÔMICOS UTILIZADOS	218
7)- A MULTA IMPOSTA VIOLARIA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	219
III- O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O ARTIGO 23, I DA LEI 8.884/94	219
HIPÓTESE I: A EMPRESA A-BR-T	221
HIPÓTESE II: A EMPRESA A-BR-OR	222
HIPÓTESE III: A EMPRESA A-PR-T	224
HIPÓTESE IV: A EMPRESA A-PR-OR	224
HIPÓTESE V: A DEFINIÇÃO PELO MERCADO RELEVANTE	225
O SISTEMA JURÍDICO E A LEI 8.884/94	226
REGRAS E PRINCÍPIOS	227
OS PRINCÍPIOS E A LEI 8.884/94	229
RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	230
VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE	231
ORIGEM CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO	235
CONSAGRAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	236
A ADIN N. 1094-8-DF	238
A RACIONALIDADE ECONÔMICA E AS SANÇÕES	239
A DOCTRINA AMERICANA DO TREBLE DAMAGES	241
EXEMPLOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E EUROPÉIA	243
OUTRAS QUESTÕES	247
A INTERPRETAÇÃO E O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE	253
INTERPRETAÇÃO CONFORME DO DISPOSITIVO	257
IV - DOSIMETRIA	264
USO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A MODERAÇÃO DE SEUS ELEMENTOS NO CAMPO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	267
A ESTIMATIVA DA VANTAGEM AUFERIDA	272
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER	278
I-DA NÃO IDENTIDADE ENTRE COMPROMISSO DE DESEMPENHO E COMPROMISSO DE CESSAÇÃO	278
II. ANÁLISE DA CONDUTA	284
II.1. BREVE DESCRIÇÃO	284
II.2. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA A RESPEITO DO AÇAMBARCAMENTO	285
II.3. O REQUISITO DA PLURISUBJETIVIDADE NÃO É ESSENCIAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DO AÇAMBARCAMENTO	286
II.4. EXEMPLOS DE REPRESSÃO AO AÇAMBARCAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	288

II.5. AÇAMBARCAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE RETROSPECTO.....	290
II.6. DA INCIDÊNCIA DO AÇAMBARCAMENTO NO PROCESSO EM ANÁLISE	294
II.7. DESNECESSIDADE DE PROVAR QUE ELA CONFIGURA EFETIVAMENTE AÇAMBARCAMENTO PARA QUE ELA TIPIFIQUE INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	297
III. AUSÊNCIA DE RACIONALIDADE ECONÔMICA NA CONDUTA.....	298
IV- ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NOS TIPOS QUE DESCREVEM INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	302
IV.1. DO MERCADO RELEVANTE.....	302
IV.2. DA INFRAÇÃO NO CASO CONCRETO	302
V. TEMPO DE DURAÇÃO DA CONDUTA	305
VI. ALUSÃO A JURISPRUDÊNCIA COMPARADA	305
VII- CONSIDERAÇÕES SOBRE O LIMITE MÁXIMO DA SANÇÃO A SER IMPOSTA A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	307
VIII- SANÇÃO A SER APLICADA	315
MEMORIAL 19 DE ABRIL DE 2001	321
I – PRELIMINARMENTE	322
I – DA TENTATIVA DE REFUTAÇÃO DAS QUESTÕES PRELIMINARES E PREJUDICIAIS	322
II – DA AMPLIAÇÃO DO RAIO DE DISCUSSÃO	324
II – MÉRITO	325
I – DO AÇAMBARCAMENTO E DAS FONTES DE INSUMO EXISTENTES À ÉPOCA	325
II - DO AÇAMBARCAMENTO COMO BARREIRA AO INGRESSO DE NOVOS CONCORRENTES.....	328
III - DO AÇAMBARCAMENTO ENQUANTO DELITO PLURISUBJETIVO	329
IV – DO CONTRATO COM A ULTRAFÉRTIL.....	329
V - DO AÇAMBARCAMENTO E AMPLIAÇÃO DO RAIO DE DISCUSSÃO PROPOSTO PELA DOUTA PROCURADORIA, EM DESCONSIDERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.	332
VI- DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS	333
VII– DO FAVORECIMENTO EXCLUSIVO	334
VIII- DA INTENÇÃO DA EMPRESA QUIMBARRA EM INSTALAR FÁBRICA PARA A PRODUÇÃO DE CARBONATO DE CÁLCIO PRECIPITADO.....	334
IX.- DA NECESSIDADE DO PRODUTO PARA EXPANSÃO	335
III – PEDIDO	337
MEMORIAL 05 DE FEVEREIRO DE 2002	339
I – O TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO NÃO TERIA O “EFEITO” DE TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO.	339
II – DA AUSÊNCIA DA ANÁLISE DA RACIONALIDADE ECONÔMICA DA CONDUTA – DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO CONTRATO DE FORNECIMENTO	340
III – DA PLURISUBJETIVIDADE DO DELITO DE AÇAMBARCAMENTO POR VIA CONTRATUAL.....	342
IV- IRASCIBILIDADE E IRRACIONALIDADE DA MULTA PROPOSTA	343
MEMORIAL 22 DE MARÇO DE 2002.	345
I - MERCADO RELEVANTE E GRAU DE FECHAMENTO.....	349
II - DA RACIONALIDADE DO CONTRATO EM QUESTÃO	349
III- DOS EQUÍVOCOS METODOLÓGICOS E DA INJURIDICIDADE NA DETERMINAÇÃO DA MULTA PROPOSTA	350
III.1 - A QUANTIDADE DE MATÉRIA-PRIMA UTILIZADA COMO PARÂMETRO	350
III.2 - ELASTICIDADE-PREÇO DA DEMANDA.....	351
III.3 - ANÁLISE DE CUSTOS E TAXA INTERNA DE RETORNO.....	351

III.4 – Da Dosimetria da Pena e suas Conseqüências	352
MEMORIAL 13 DE MAIO DE 2002.....	358
I- DO VOTO	358
II – DESATENDIMENTO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE DE DEMONSTRAR A RACIONALIDADE ECONÔMICA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE.	365
III – IMPOSSIBILIDADE DE SE DESVINCULAR A QUESTÃO ESTRUTURAL DA QUESTÃO COMPORTAMENTAL – O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO E O TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO.	367
III- DA INJURIDICIDADE NA DETERMINAÇÃO DA MULTA PROPOSTA- DA DOSIMETRIA DA PENA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS	370
MEMORIAL 18 DE JUNHO DE 2002	377
I- Do voto	377
PARECER PROFESSORES EROS ROBERTO GRAU E PAULA FORGIONI	385
I – INTRODUÇÃO	387
II – OS INSTRUMENTOS PREVISTOS NA LEI ANTITRUSTE PARA A CONSECUÇÃO DE SEUS OBJETIVOS	388
III – O COMPROMISSO DE DESEMPENHO	389
IV- O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO.....	390
V – ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA	394
VI – O COMPROMISSO DE DESEMPENHO CELEBRADO NO PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO Nº 78/96	396
VII - A INCIDÊNCIA DO ART. 53 DA LEI Nº 8.884, DE 1.994, NO CASO EM TELA E A IMPOSSIBILIDADE DE PENALIZAÇÃO DA REPRESENTADA	398
VIII - OS DEMAIS QUESITOS APRESENTADOS	402
IX – CONCLUSÃO	409
ESTUDO ECONÔMICO 1: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS	411
INTRODUÇÃO	411
1.CUSTOS DE TRANSAÇÃO, COMPORTAMENTOS OPORTUNISTAS	412
2.GANHOS DE EFICIÊNCIA	415
3.POSIÇÃO DOMINANTE E DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE.....	419
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	420
ESTUDO ECONÔMICO 2 - MERCADO RELEVANTE E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE.....	422
INTRODUÇÃO	422
1. EFEITOS CONCORRENCIAIS DO CONTRATO	422
1.1. ELEMENTOS PARA DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE.....	422
1.2. O MERCADO RELEVANTE DE MATÉRIAS-PRIMAS PARA PRODUÇÃO DE GÁS CARBÔNICO	426
2. DA RACIONALIDADE DO CONTRATO EM QUESTÃO	433
3. SÍNTESE.....	435

