

Índice

Notas da autora	7
Prefácio	9
Introdução	17
Parte I - As Liberdades de Iniciativa e de Contrato e o Direito da concorrência .. 21	
I – A liberdade de iniciativa e o direito da concorrência	23
I.1. A concepção de liberdade de iniciativa adotada neste trabalho	23
I.2. A evolução histórica das limitações ao princípio da liberdade de iniciativa e o nascimento do direito econômico	28
I.3. Publicização do direito, microsistemas e o papel do direito econômico hoje	31
I.4. Objetivos específicos do direito da concorrência	36
I.5. O direito da concorrência como instrumento de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico	42
I.5.1. Considerações preliminares sobre o poder. O poder econômico	42
I.5.2. Poder econômico e direito concorrencial: uma relação histórica. O sistema do abuso no Brasil	44
I.5.3. Poder econômico versus poder de elevar preços: critérios de identificação do poder no mercado	53
I.5.4. O papel da eficiência	61
I.5.5. Ainda o papel da eficiência: abuso, proporcionalidade e análise de justificativas	66
I.5.6. Poder econômico, concorrência e parâmetros para a análise da recusa de contratar	68
II – O contrato, o Estado e a liberdade de contratar	71
II.1. Noções de contrato: do conceito jurídico à idéia de contrato como operação econômica	71
II.2. Contrato e ideologia: liberdade de contratar e dirigismo contratual	77
II.3. Dirigismo contratual, função econômico-social do contrato e direito concorrencial	85
Parte II - A Recusa de Contratar e a Livre Concorrência	93
I - Considerações preliminares: a obrigatoriedade de contratar e as diversas modalidades de recusa	95
I.1. A obrigatoriedade de contratar como decorrência de recusas horizontais ou verticais anticompetitivas	95
I.2. As recusas de contratar diretas e indiretas	99
I.3. As recusas de contratar como restrição-fim ou como restrição-meio	100
I.4. Recusa de contratar e dependência (absoluta ou relativa)	103



II - A recusa de contratar como modalidade de restrição vertical	105
II.1. As restrições verticais e sua racionalidade	105
II.2. Racionalidade e efeitos anticompetitivos da recusa de contratar vertical. Análise crítica sob a ótica da teoria da Organização Industrial.....	109
II.3. A recusa de contratar vertical nos Estados Unidos: uniformização da análise em torno da regra da razão.....	116
II.3.1. Considerações gerais introdutórias.....	116
II.3.2. O art. 1º do Sherman Act e sua interpretação jurisprudencial no que tange às recusas verticais.....	118
II.3.3. Monopolização (ou tentativa de) por meio de recusas de contratar	126
II.3.3.1. Critérios adotados na análise da recusa de contratar à luz do art. 2 do Sherman Act	126
II.3.3.2. Precedentes relevantes	131
II.3.3.3. Recusa unilateral de licenciar propriedade intelectual	133
II.3.3.4. Recusas de contratar verticais analisadas à luz da chamada doutrina da infra-estrutura essencial (Essential Facility Doctrine): Aspen e Trinko.....	136
II.4. A recusa de contratar vertical no direito europeu: em busca de um enfoque menos formalista	142
II.4.1. Considerações gerais introdutórias.....	142
II.4.2. Recusas de contratar verticais e o art. 101 do Tratado de Roma	143
II.4.2.1. (Ausência de) Poder de mercado e práticas isentas de ilicitude....	143
I.4.2.2. Isenções por categoria (block exemptions).....	144
I.4.2.3. Acordos de menor importância (regra de minimis)	150
I.4.2.4. Demais casos: análise individual.....	151
II.4.3. Recusas de contratar verticais e o art. 102 do Tratado de Roma	156
II.4.3.1. Alcance e limitações do art. 102 e as prioridades da Comissão Europeia	156
II.4.3.2. Exclusividade de direito ou de fato e sistemas de descontos com efeito de exclusividade como práticas indutoras da recusa de negociar	158
II.4.3.3. Término de relações comerciais pré-existentes ou recusa em iniciar novas	162
II.4.3.4. Recusa de fornecimento de produtos, informações ou licenciamento de propriedade intelectual e recusa de acesso a bens de utilidade essencial (essential facilities) ou redes	163
II.4.3.5 A formulação da doutrina da infra-estrutura essencial no direito antitruste europeu	166
II.4.3.6. Síntese do tratamento outorgado às recusas verticais na Europa: em direção à convergência entre os arts. 101 e 102?	174
II.5. A recusa de contratar vertical no relatório publicado em 2009 pela OCDE ..	176





III – A recusa de contratar horizontal	178
III.1. Considerações gerais	178
III.2. A Recusa de contratar horizontal no direito concorrencial comparado	180
III.2.1. Estados Unidos	180
III.2.2. Europa	184
III.2.3. Recusas coletivas envolvendo propriedade intelectual: EUA e Europa ..	190
IV – A recusa de contratar (vertical e horizontal) na legislação concorrencial brasileira, interpretação doutrinária e precedentes	193
IV.1. Legislação aplicável	193
IV.2. Revisão da doutrina nacional	196
IV.3. Digressão sobre a recusa de contratar relacionada a bens de utilidade pública na legislação e na doutrina no Brasil	201
IV.4. Análise crítica de precedentes nacionais em matéria de recusa de contratar	205
IV.4.1. Precedentes envolvendo a recusa de contratar vertical	205
IV.4.1.1. Discussões judiciais incipientes	205
IV.4.1.2. Recusas verticais no âmbito administrativo	208
IV.4.2. Precedentes envolvendo a recusa de contratar horizontal	223
IV.4.3. Síntese e orientações da jurisprudência em matéria de recusa de contratar no Brasil	231
V – Conclusão	237
V.1. Análise convergente de condutas: o mérito do sistema brasileiro	237
V.2. Proposta de tratamento sistemático para as recusas de contratar no direito concorrencial brasileiro	240
V.3. Obrigatoriedade de contratar e outros remédios	246
V.3.1. Obrigatoriedade de contratar e bens de utilidade pública	246
V.3.1.1. A superioridade da regulação ex-ante relativamente à obrigatoriedade de acesso derivada do direito concorrencial	246
V.3.1.2. A obrigatoriedade de contratar relativa a bens essenciais em decorrência do direito concorrencial	251
V.3.2. Obrigatoriedade de contratar relativa a bens não essenciais e 'enforcement' (remédios complementares)	254
V.3.3. Obrigatoriedade de contratar e 'enforcement' (remédios complementares)	258
VI – Bibliografia	265

