ENRICO SPINI ROMANIELO

DIREITO ANTITRUSTE E CRISE - PERSPECTIVAS PARA A REALIDADE BRASILEIRA

Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, inserido na área de concentração *Direito Comercial*, sob orientação do Professor Dr. José Marcelo Martins Proença.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2013

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: _____

Professor Dr. José Marcelo Martins Proença

Professor Argüidor:_____

Professor Argüidor:_____

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta jornada não teria sido possível sem a ajuda de inúmeras pessoas, às quais passo a agradecer.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família. A meus pais, Eugênio e Érika Romanielo, e a meu irmão, Brenno Romanielo, pelo amor, carinho, apoio, incentivo e compreensão, sempre incondicionais. E a todos os outros membros da família Spini Romanielo por tudo que me proporcionaram nestes quase 28 anos.

Agradeço também a todos meus amigos e colegas de trabalho que colaboraram com este trabalho, seja por meio de ideias, seja por meio de momentos de descontração, essenciais para se levar a cabo um empreendimento como este. Agradeço especialmente a Guilherme Ribas, não somente pelas inúmeras discussões sobre este projeto (desde a sua concepção), as pertinentes revisões e todas as sugestões, mas também pela contribuição em minha formação profissional e acadêmica. A Tomás Paiva, com quem as discussões sobre quaisquer assuntos sempre se tornam intensas e extremamente construtivas. Do *bullying* à amizade. Larissa Toyomoto, Francisco Sampaio, Luiza Martorano e Amanda Cristófaro também foram essenciais para que esta dissertação fosse concluída.

Em terceiro lugar, um agradecimento especial ao Prof. Germano Mendes de Paula, por ter me apresentado o Direito e a Economia da Concorrência. Sem suas valiosas lições, certamente este trabalho sequer teria sido idealizado. Agradeço a ele também por ter revisto algumas das questões econômicas aqui tratadas.

Em quarto lugar, a todos os integrantes de Mundie e Advogados, que sempre compreenderam a importância do desenvolvimento acadêmico, a despeito das urgências do cotidiano profissional. Em especial, aos membros da equipe de Regulatório e Concorrencial.

Por fim, agradeço a meu orientador, Professor Doutor José Marcelo Martins Proença. Além da oportunidade que me conferiu, sou especialmente grato por todos os preciosos debates travados ao longo destes anos, permitindo a evolução constante desta dissertação, bem como pelo conhecimento e ensinamento transmitidos.

RESUMO

O problema que o presente estudo visa a esmiuçar é se a aplicação das normas de defesa da concorrência deve ou não ser flexibilizada em tempos de crises econômicas e financeiras. Mais especificamente, propõe-se a investigar se, durante crises, as autoridades concorrenciais devem ou não adotar uma abordagem mais leniente com relação aos princípios tradicionais e fundamentais do antitruste, (i) aprovando concentrações excessivas a partir de uma aplicação leniente da *Failing Firm Defense*, e/ou (ii) permitindo a coordenação de agentes econômicos mediante a formação de acordos colusivos sob os argumentos dos cartéis de crise. O Capítulo 1 apresenta uma breve descrição acerca da evolução do Direito Concorrencial nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil, de forma a se verificar que a política antitruste é influenciada pelas condições econômicas vigentes em cada país. Ademais, tal discussão serve para contextualizar a análise conduzida ao longo do trabalho. Posteriormente, fez-se imprescindível entender o que são as crises econômicas e financeiras, buscando-se definições doutrinárias e mostrar que tais fenômenos ocorrem frequentemente no capitalismo. Finaliza-se tal capítulo com uma sucinta análise de duas das principais crises da história do capitalismo moderno, é saber, a Crise de 1929 e a recente crise do *sub-prime*. Já o Capítulo 3 trata efetivamente da relação entre o Direito Concorrencial e as crises econômicas e financeiras, tendo-se analisado a suspensão do antitruste nos Estados Unidos após a Crise de 1929, e investigado, por meio da análise de doutrina, legislação e jurisprudência estrangeiras, a necessidade ou não de se suavizar a aplicação das normas de defesa da concorrência em tempos de crise econômica, tanto no que diz respeito ao controle de estruturas, como ao controle de condutas. O Capítulo 4 destina-se a tratar da realidade brasileira, verificando, diante dos resultados encontrados ao longo do estudo, bem como das particularidades do ordenamento jurídico pátrio e da jurisprudência dos órgãos de defesa da concorrência, em que medida os resultados encontrados se aplicam no Brasil. Por fim, apresentam-se as conclusões.

Palavras-chaves: Direito Concorrencial; Crises econômicas e financeiras; cartéis de crise; *Failing Firm Defense*

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to assess whether antitrust enforcement should be mitigated in times of economic and financial crisis. Specifically, it is investigated if, during crisis, competition authorities should adopt a more lenient approach regarding the traditional and fundamental principles of Antitrust Law by (i) approving problematic mergers by softening the Failing Firm Defense criteria, and/or (ii) allowing competitors to coordinate their activities through collusive agreements under the arguments of crisis cartels. Chapter 1 provides a brief description about the development of Competition Law in the United States, European Union and Brazil. The purpose of such analysis is to verify that antitrust policy is influenced by the economic conditions in force in each country. Besides, the discussion is useful to contextualize further analysis carried out throughout the dissertation. After that, it was indispensable to understand what are economic and financial crisis and to show that such situations occur frequently in a capitalist economy. This chapter is concluded with a brief analysis of two of the main crisis in the history of modern capitalism: the Crash of 1929 and the recent subprime crisis. Chapter 3 address the relationship between Antitrust Law and economic and financial crisis. Firstly, the American experience of suspending Competition Law after the 1929 Crash was analyzed. Additionally, the dissertation reviewed theoretical arguments and foreign laws and case law in order to assess whether antitrust (merger control and fight against anticompetitive practices) should be mitigated in times of economic and financial crisis. Chapter 4 deals with the Brazilian reality, assessing if the results found throughout the dissertation are applicable, considering the peculiarities of the national legislation and the case law of the Brazilian antitrust authorities. At the end, the conclusions are presented.

Keywords: Antitrust Law; Economic and financial crisis; crisis cartels; Failing Firm Defense

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

CAPÍTULO 1. A EVOLUÇÃO DO ANTITRUSTE – UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E NO MUNDO 13

1. O nascimento do antitruste no mundo: a tradição americana 13

2. A política de defesa da concorrência como instrumento para consolidar o mercado comum: a tradição europeia 22

3. A construção de uma tradição: o antitruste brasileiro 29

CAPÍTULO 2. AS CRISES ECONÔMICAS E FINANCEIRAS 44

1. Definições e crises como fenômeno recorrente no sistema capitalista 44

2. Análise das duas maiores crises da história do capitalismo 51

2.1. A Crise de 1929 51

2.2. A crise de 2007/2008 61

a) As três forças de RAJAN (2005) e a alteração da estrutura de incentivos na indústria financeira americana – o alerta da crise 62

b) O que aconteceu nos Estados Unidos? 68

c) O advento da crise e a quebra do Lehman Brothers 78

CAPÍTULO 3. O DIREITO CONCORRENCIAL E CRISES 83

1. O Direito Concorrencial norte-americano durante a Crise de 1929 – a experiência de Roosevelt 84

1.1. Os anos antecedentes à suspensão do antitruste 84

1.2. O *New Deal* e a suspensão do antitruste nos Estados Unidos 91

1.3. O fracasso do NIRA 99

1.4. Os efeitos do NIRA 101

2. Impactos das crises sobre o antitruste – o que geralmente está em debate? 105

2.1. Controle de atos de concentração e crises 105

2.1.1. A Teoria da *Failing Firm Defense* 107

2.1.1.1. A experiência internacional com a aplicação da FFD 111

a) Estados Unidos 112

b) União Europeia 126

c) Reino Unido 132

d) Alemanha 134
e) Canadá 135
f) Dinamarca 139
g) Japão 142
h) Coréia do Sul 145
i) Nova Zelândia 146
j) Bélgica 149
k) Chile 151
l) Irlanda 153
m) Polônia 155
n) Suíça 157
o) Turquia 159
p) Israel 160
q) Rússia 161
r) África do Sul 162
s) Taiwan 163
t) Outros 164
2.1.1.2) Um balanço da experiência internacional sobre a FFD 165
2.2. Combate a condutas anticompetitivas e crises – os cartéis de crise 166
2.2.1. Apresentação do problema 166
2.2.2. Os cartéis de crise em debate 169
2.2.3. A experiência internacional com cartéis de crise 173
a) Estados Unidos 174
b) União Europeia 176
c) Alemanha 184
d) Reino Unido 194
e) Japão 194
f) Croácia 196
g) Bulgária 196
h) Colômbia 197
i) Taiwan (Chinese Taipei) 198
j) Grécia 200
k) Irlanda 201
l) Jordânia 202
m) Coréia do Sul 203
n) Mongólia 204

o) Noruega 204
p) Peru 205
q) Filipinas 205
r) Senegal 206
s) Rússia 206
t) Cingapura 206
u) África do Sul 207
v) Zâmbia 208
2.3. A pergunta fundamental: deve o *enforcement* antitruste ser flexibilizado em tempos de crise? 208
3. Resultados encontrados 218

CAPÍTULO 4. APLICAÇÃO DOS RESULTADOS À REALIDADE BRASILEIRA 224
1. O Direito Concorrencial e crises no Brasil – análise da experiência nacional 224
1.1. O controle de atos de concentração e crises – a FFD no Brasil 225
1.2. Os cartéis de crise 244

CONCLUSÕES 278

REFERÊNCIAS 292