FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A Barganha Coletiva no Direito da Concorrência

Marcel Medon Santos

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP
Versão: 6 de julho de 2022

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

Grande parte das investigações de condutas anticoncorrenciais historicamente em trâmite nas autoridades concorrenciais brasileiras e de outras jurisdições decorrem de problemas relacionados ao embate ou disputa econômica entre agentes econômicos posicionados em elos opostos de uma cadeia produtiva quando há presença de poder de mercado ao menos em um deles, ou as formas pelas quais os agentes econômicos sob essa disposição se organizam para equilibrar a relação.

Os setores econômicos onde ocorrem esses fenômenos são os mais variados – do mercado de saúde ao automotivo, do mercado de empregados industriais ao de produtos agrícolas. Alguns deles são caracterizados pela presença de poder no lado da venda de produtos (monopólio ou oligopólio), outros, no lado da compra (monopsônio ou oligopsônio) e, ainda, em outros, em ambos os lados (monopólio bilateral). Em muitos casos, o desequilíbrio de poder entre tais elos leva os agentes econômicos a adotar medidas – às vezes não legítimas – que ocasionam problemas antitruste.

No entanto, verifica-se ausência de tratamento uniforme ou sistematizado a esse problema, ao menos no Brasil. Por outro lado, esse mesmo fenômeno, quando envolve o Direito do Trabalho, acerca de matéria exclusivamente trabalhista, possui regulação específica, sem questionamentos de fundo concorrencial até o momento.

No Brasil, é mais frequente o foco da autoridade concorrencial sobre problemas decorrentes de concentração no lado da venda e uma menor atenção aos problemas do lado da compra. Em anos recentes, algum desenvolvimento doutrinário tem havido no Brasil acerca do poder do lado comprador. Porém, há pouca aplicabilidade prática do conceito em decisões do Órgão Concorrencial e menor abordagem ainda, e aqui de modo geral, acerca do tormentoso fenômeno do monopólio bilateral. Nesse contexto, também não se lida suficientemente com o fato de o mesmo fenômeno ser corriqueiro e protegido no âmbito do Direito Trabalhista, o que poderia trazer lições para o Direito Antitruste ou vice-versa.

Procuraremos desenvolver o trabalho proposto na modalidade exploratória, tendo em vista a inexistência de um tratamento uniforme à questão e a necessidade de analisar as diferentes formas com que as legislações brasileira e internacional tratam o tema, para, então, propor eventuais maneiras de abordagem que possam conferir maior segurança jurídica.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

O trabalho deverá ser altamente interdisciplinar. Utilizaremos como fontes a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei 12.529/2011), a legislação e jurisprudência concorrencial, mas também relacionada ao Direito Trabalhista, em especial no que concerne a negociações coletivas, e ao Direito Civil e Tributário, referentes às figuras de isenção e imunidade.

Para todos esses temas, deveremos pesquisar fontes doutrinárias no Direito, mas também, com alguma intensidade, na Economia, em especial, na Microeconomia, mas também na Economia Comportamental e sua ramificação aplicável ao Direito Concorrencial, *Behavioral Antitrust*.

Deveremos recorrer, também, ao Direito Comparado, em doutrina e jurisprudência estrangeiras, uma vez que o fenômeno pesquisado encontra tratamentos não necessariamente uniformes em jurisdições estrangeiras.

As fontes de Consulta serão: artigos e livros nacionais e estrangeiros, legislação estrangeira sobre a matéria e decisões de autoridades nacionais e estrangeiras, relatórios e anuários de autoridades nacionais e estrangeiras, etc. Serão realizadas pesquisas pela Internet e, se houver necessidade, entrevistas com praticantes nas jurisdições estrangeiras citadas.

Contextualização fática:

[Q1] No que consiste barganha coletiva?
[F1] Será analisado o fenômeno inicialmente de modo amplo, buscando-se exemplos práticos, alertando ao leitor que o fenômeno possui tratamentos diversos pela legislação a depender da área do Direito que o analisa.

[Q2] Qual a importância do tema e recorrência de casos com essa problemática no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE?
[F2] Procuraremos pesquisar os dados e estatísticas do CADE onde grande parte dos casos analisados contiveram esse fenômeno e evidenciar a possível falta de compreensão holística do tema pelas autoridades.

Referencial teórico normativo:

[Q1] Qual a legislação aplicável à disciplina da barganha coletiva em suas várias dimensões?
[F1] Será realizada uma análise legislativa referente aos ramos do Direito que tratam esse fenômeno, em especial antitruste e trabalhista.

[Q2] Como o Direito Brasileiro lida com isenção e imunidade e em que circunstâncias essas figuras poderiam se aplicar ao fenômeno da barganha coletiva, se aplicáveis?
[F2] Será realizada uma análise doutrinária e legislativa referente aos ramos do Direito que tratam as figuras da isenção e imunidade, em especial cível e tributária, e sua aplicabilidade para formas de negociações coletivas reguladas pela legislação à luz do Direito Antitruste e Trabalhista.

Abordagem analítica:

[Q1] Como o CADE e autoridades de outros países têm lidado com o fenômeno da barganha coletiva?
[F1] Será realizada pesquisa jurisprudencial do CADE e de outros países com relação ao tema.

[Q2] Quais visões e técnicas analíticas nos campos jurídico e econômico são e podem ser aplicáveis ao fenômeno?
[F2] Procuraremos agregar à análise Antitruste o instrumental econômico, especialmente microeconômico, mas também baseado em Economia Comportamental, ou sua subsegmentação, *Behavioral Antitrust*, e o Direito Trabalhista e Direito Cível relacionados.

Recomendações finais:

[Q1] Como lidar de forma mais efetiva com conflitos concorrenciais decorrentes da barganha coletiva de uma maneira preventiva, contenciosa e regulatória, inclusive de *lege ferenda*, se for o caso?
[F2] Procuraremos propor formas de abordagem prática dos problemas a partir de toda análise realizada, em especial para autoridades concorrenciais, mas também para advogados atuantes no Direito Concorrencial. A abordagem pode ter como resultado, por exemplo, inspirar a confecção de soft law, ou Guia de Análise pela Autoridade Concorrencial.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O assunto tem relevância prática e caráter inovador, uma vez que não se conhecem obras que tenham tratado do tema de modo abrangente e consolidada no Brasil, com as particularidades do sistema legal nacional apontadas (i.e., âmbitos trabalhista *versus* antitruste). No âmbito concorrencial, que será o foco do trabalho, muito já se escreveu a respeito da formação e exercício e abuso de poder no lado da venda. Recentemente, algumas poucas obras tocam o tema da formação, exercício e abuso de poder no lado da compra.

O presente trabalho procurará completar o caminho, analisando a dinâmica e tratamento jurídico do monopólio bilateral, quando há poder do lado da venda e também do lado da venda, aliando as óticas antitruste e trabalhista, observando-se regulações especificas no âmbito trabalhista no Brasil e em outras jurisdições, bem como regulações sobre o tema não necessariamente relacionados ao âmbito trabalhista. No direito comparado, doutrinas da *State Action* e *Pervasive Power* poderão auxiliar na análise.

Além disso, provavelmente a maior parte das investigações de condutas anticompetitivas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, historicamente, sejam resultado de problemas desse tipo.

Também terá potencial de impacto à medida que pode servir de referência para autoridades concorrenciais formularem Guias de Análise (soft law) e advogados terem ferramental holístico referente à questão para a construç!ao de argumentos e orientação a clientes em Processos Adminsitrativos, Judiciais e Atos de Concentração.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Atuo na área de Direito Concorrencial há 22 anos. Especialmente, como ex-Coordenador Geral de Assuntos Jurídicos da antiga Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ, onde trabalhei por 6 anos (2001-2007), tive oportunidade privilegiada de perceber padrão recorrente de conduta relativa ao problema que será abordado junto aos Órgãos Concorrenciais nacionais e aparente ausência de solução ou tratamento jurídico satisfatório.

5. Bibliografia preliminar

AUSTRÁLIA. ACCC. https://www.accc.gov.au/

BANCO MUNDIAL, OCDE. *Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*, São Paulo: Editora Singular, 2003.

BECKER, Bruno Bastos. "In the Middle of the Shelf Antitrust Blindness to Non-Typical Behavioral Economics' Monopolization Strategies". *International Workshop on Advances in Competition Policy Analysis*. CRESSE & GDEC/IE/UERJ. Draft October 1, 2017. Disponível em: https://15336660-a342-4872-b93a-7a6bbb30cc08.filesusr.com/ugd/74b215_89360a4dfc3a486a9d4a592a55b9a799.pdf.

BRASIL. CADE. www.gov.br/cade

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, 1ª edição, 2ª tiragem, p. São Paulo: Editora RT, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

CHEPAITIS, Daniel J. "The National Labor Relations Act, Non-Paralleled Competition, and Market Power". *California Law Review*. July, 1997. 85 Calif. L. Ver. 769

DOBSON, Paul; WATERSON, Michael and CHU, Alex. *The welfare consequences of the exercise of buyer power*, Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 16, London, September 1998. Disponível em http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/9A4F0B82-1514-4344-9C1F-39621912E9DE/0/oft239.pdf

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª ed., trad. de João Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. USDOJ. https://www.justice.gov/atr

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FTC. https://www.ftc.gov/

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência*, São Paulo: Singular, 2003.

FAGUNDES, Jorge; PONDÉ; João Luiz e POSSAS, Mario Luiz. *Defesa da Concorrência e Regulação* in Série "Textos para discussão", 1998, Instituto de Economia da UFRJ, texto nº 420.

FERGUSON, C. E. *Microeconomia*, 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo: Editora RT, 1998.

FRANKE, Walmor. *Direito das Sociedades Cooperativas*. Editora Saraiva – USP, 1973.

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, West Group, St. Paul, Minn., 1999.

HUTT, W.H. Trade *Unions: The Private Use of Coercive Power. The Review of Austrian Economics*, Vol. 3, 1988.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEOPARDI MELLO, Maria Tereza e POSSAS, Mario Luiz, "Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas", in *Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência*, São Paulo: Singular, 2002.

LESLIE, Christopher. *Rationality Analysis in Antitrust*, 158 U. Pa. L. Rev. 261 (2010). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol158/iss2/1

LOBO, Julio. *Sindicalismo e Negociação*. São Paulo: José Olympio, 1985.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho -Direito Coletivo do Trabalho*. volume 3.

MARTINS, Sério Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Cooperativas de Trabalho*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Evaristo Filho. *O Problema do Sindicato Único no Brasil.* Rio de Janeiro, 1952.

MORGAN, Thomas D. *Modern Antitrust Laws and its Origins.* West Group St. Paul, Minn., 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 11ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

NAYLOR, Robin A. *Labour Supply, Efficient Bargains and Countervailing Power*. University of Warwick. Março, 2002.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *A Reforma Institucional dos Planos de Saúde: Uma Proposta para Criação de Benchmarks*. Texto para discussão 1075. Instituto de Pesquisas Econômicas Avançadas. Março, 2005.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, São Paulo: Makron Books do Brasil Editora, 1994.

PONTES DE MIRANDA, F. P. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I.

REEVES, Amanda e STUCKE, Maurice. "Behavioral Antitrust". *Indiana Law Journal* 86, no. 4 (Fall 2011): 1527-1586

REUTER, Walter P. *Sindicalismo Moderno*. Trad. Brasileira. Rio de Janeiro, 1961.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito Sindical Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Brasília, 1976.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998

_____. *Direito Concorrencial – As Condutas*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003

SANTACRUZ, Ruy. "Antitruste, Eficiência Econômica, Curvas, Triângulos e Retângulos", *Revista do IBRAC* volume 9, nº 5, 2002

SANTOS, Marcel Medon. "A Regra-Matriz de Incidência Antitruste para Condutas Anticoncorrenciais". *Revista Direito GV* 4(1), São Paulo, p. 065-096, Jan-Jun 2008. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35171/33976.

SANTOS, Marcel Medon. *Eficiência, poder de mercado e poder de monopsônio*. Trabalho submetido como fechamento do 1º semestre ao Curso de Pós-Graduação em Direito Concorrencial pela FGV-SP (2004) – sem publicação.

SCHUARTZ, Luis Fernando, “Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes” in POSSAS, Mario Luiz [et. al.], *Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência*, São Paulo: Singular, 2002

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: RT, 1966.

STUCKE, Maurice E., “Am I a Price-Fixer? A Behavioral Economics Analysis of Cartels” (January 12, 2010). *Criminalising Cartels: A Critical Interdisciplinary Study Of An International Regulatory Movement*, 2010, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 97, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1535720

SUNSTEIN, Cass R. JOLLS, Christine & THALER, Richard H. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, 50 *Stanford Law Review* 1471, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho.* 21ª edição, Vols 1 e 2. São Paulo, 2004.

THALER, Richard H. *Misbehaving: A Construção da Economia Comportamental*. Trad. George Schlesinger. 1ª edição. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019

THALER, Richard H. and SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. New York, NY: Penguin, 2009.

VARIAN, Hal L. *Microeconomia: princípios básicos*, 3ª tiragem, tradução da 5ª edição americana, Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VIANA, Oliveira. *Problemas de Direito Sindical*. Rio de Janeiro, Max Limonad.

VIANNA, Segadas. *Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1972.

WELLER, Charles D. *Antitrust and Health Care: Provider Controlled Health Plans and the Maricopa Decision.* Boston University School of Law, 1982.

6. Cronograma de execução

	2022				2023												
Atividade	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Horas
Revisão bibliográfica																	100
Coleta de decisões																	50
Reuniões com orientador																	20
Entrevistas																	10
Estruturação do Sumário																	30
Redação																	200
Revisão																	50
Total																	460