

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO “O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”

Nicole Rinaldi de Barcellos

APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL
DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Porto Alegre
2014

NICOLE RINALDI DE BARCELLOS

**APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL
DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Internacional, desenvolvido durante o curso de especialização “O Novo Direito Internacional: Direito Público e Privado e Direito da Integração” na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre
2014

CIP – Catalogação na Publicação

Barcellos, Nicole Rinaldi de
Aplicação Extraterritorial Unilateral do Direito da
Concorrência / Nicole Rinaldi de Barcellos. -- 2014.
86 f.

Orientador: Augusto Jaeger Junior.

Trabalho de conclusão de curso (Especialização) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de
Direito, Curso de Especialização "O Novo Direito
Internacional", Porto Alegre, BR-RS, 2014.

1. Direito internacional da concorrência. 2. Defesa da
concorrência. 3. Extraterritorialidade do direito da
concorrência. 4. Jurisdição extraterritorial. I. Jaeger Junior,
Augusto, orient. II. Título.

NICOLE RINALDI DE BARCELLOS

**APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL
DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Internacional, desenvolvido durante o curso de especialização “O Novo Direito Internacional: Direito Público e Privado e Direito da Integração” na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Aprovada em _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Professor Dr. Augusto Jaeger Junior, por ter me acolhido como orientanda no curso de especialização em direito internacional, demonstrando-se incansável ao transmitir os seus extensos conhecimentos, que muito transbordam o direito internacional da concorrência, e por ter me concedido, posteriormente, a oportunidade única de ser sua orientanda no mestrado acadêmico junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Seus constantes incentivos para a construção de uma pesquisa comprometida foram determinantes aos crescentes anseios de amadurecimento na trajetória acadêmica, que apenas começa.

Agradeço a todos os professores da especialização “O Novo Direito Internacional” pelo comprometimento e pelos valiosos ensinamentos que trouxeram aos encontros, junto às importantes discussões desenvolvidas no âmbito do direito internacional.

Agradeço, também, à equipe administrativa do curso de especialização, em especial à secretária Ades Teresa Sanchez, pela dedicação em aclarar as constantes dúvidas e pela presteza em proporcionar a organização do curso.

Agradeço aos meus pais, Norberto e Sônia, verdadeiros companheiros nessa linda trajetória, pelo conforto e pelas palavras de incentivo, fazendo com que a ausência e a distância pareçam irrisórias em face do amor que me transmitem diariamente.

Por fim, agradeço ao Augusto Bidinotto pelos sonhos que dividimos no decorrer da vida e que ora vemos transformarem-se em uma caminhada acadêmica compartilhada, mas, principalmente, pela cumplicidade e pelo amor.

Designamos a garantia da paz perpétua como nada menos do que esse grande artista chamado natureza – *natura daedala rerum*. Em seu curso mecânico intuimos visivelmente determinada finalidade, que introduz nas dissensões humanas, ainda que contra a vontade do homem, harmonia e concórdia. A essa força conglobadora chamamos por vezes de Destino, se a considerarmos como resultado de causas cujas leis de ação desconhecemos; outras vezes de Providência, se nos fixarmos na finalidade que ostenta no curso do mundo, como sabedoria profunda de uma causa suprema, dirigida para realizar o fim, último objetivo da humanidade, predeterminando a marcha do Universo.

(KANT, Immanuel. Rumo à Paz Perpétua, p. 67)

RESUMO

A evolução da aplicação extraterritorial do direito da concorrência é resultado da crescente internacionalização das atividades econômicas. O presente trabalho examina a aplicação extraterritorial unilateral do direito da concorrência, tendo como objetivo investigar se esta é uma medida adequada a ser adotada pelos países e blocos econômicos, no intuito de preservação da concorrência internacional. O primeiro capítulo aborda os fundamentos da aplicação extraterritorial unilateral do direito e a sua extensão ao direito da concorrência, mediante a análise dos modelos de aplicação da legislação concorrencial, baseados no princípio da territorialidade estrita, no princípio da pseudo-territorialidade, na teoria dos efeitos, ou no princípio da ponderação. O segundo capítulo centra-se no estudo dos sistemas de aplicação unilateral do direito da concorrência dos Estados Unidos da América, da União Europeia, e do Brasil. Para tal, salienta-se o desenvolvimento avançado do sistema norte-americano, que precedeu a adoção da extraterritorialidade do direito da concorrência em relação aos demais ordenamentos jurídicos, mediante a teoria dos efeitos. Por fim, o terceiro capítulo do trabalho aborda as reações internacionais e as críticas sofridas pelos países quando optantes pela aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Elas se configuram em reações diplomáticas e governamentais, reações legislativas e reações judiciais, bem como em críticas fundamentadas nos princípios do direito internacional e nas relações internacionais. A conclusão é que a aplicação extraterritorial do direito da concorrência não é uma medida adequada a ser adotada pelos países e blocos econômicos no intuito de preservação da concorrência internacional, porquanto frequentemente provoca o acirramento dos conflitos entre os Estados. Na doutrina e na jurisprudência, destaca-se a questão dos efeitos e a validade da utilização deste critério, como elemento de conexão sob o prisma do direito internacional. Diante disso, propõe-se, por fim, que os Estados adotem acordos bilaterais de cooperação internacional, ou que promovam a regulação multilateral, visando a uma legislação internacional sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito internacional da concorrência – Defesa da concorrência – Jurisdição extraterritorial – Extraterritorialidade do direito da concorrência.

ABSTRACT

The evolution of extraterritorial application of competition law is a result of the increasing internationalization of economic activities. This paper examines the unilateral extraterritorial application of competition law, aiming to investigate whether this is an appropriate measure to be adopted by countries and economic blocs in order to preserve the international competition. The first chapter discusses the fundamentals of unilateral extraterritorial application of the law and its extension to competition law, through the analysis of models of application of competition legislation, based on the principle of strict territoriality, the principle of pseudo-territoriality, the theory of the effects, or the principle of weighting. The second chapter focuses on the study of unilateral application of competition law in the United States, European Union and Brazil systems. For such, we highlight the advanced development of the American system, which preceded the adoption of the extraterritoriality of competition law in relation to other jurisdictions, enacting the effects doctrine. Finally, the third section of the paper discusses international reactions and criticisms suffered by countries when opting for the extraterritorial application of competition law. They are configured in diplomatic and government reactions, legislative reactions and judicial reactions, and the critics are based on the principles of international law and international relations. The conclusion is that extraterritorial application of competition law is not an adequate measure to be adopted by countries and economic blocs in order to preserve the international competition, because often causes the intensification of conflicts between states. In doctrine and cases, the questions related to the effects and the validity of using this criterion as a link from the perspective of international law are highlighted. Therefore, it is proposed, finally, that the States adopt bilateral international cooperation, and to promote multilateral regulation, aiming at an international regulation on the subject.

Keywords: International competition law – Defense of competition – Extraterritorial jurisdiction – Extraterritoriality of competition law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL DO DIREITO E SUA EXTENSÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	13
1.1. Fundamentos da Aplicação Extraterritorial do Direito no Âmbito Internacional	14
1.2. Fundamentos da Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência	23
2. SISTEMAS DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	38
2.1. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência nos Estados Unidos da América.....	39
2.2. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência na União Europeia.....	51
2.3. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência no Brasil	62
3. REAÇÕES E CRÍTICAS À APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	68
3.1. Reações dos Estados à Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência	69
3.2. Críticas Doutrinárias à Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

O amadurecimento do processo de globalização econômica, fenômeno caracterizado pelo aumento dos fluxos de comércio, de serviços financeiros, de comunicação e de pessoas¹, resulta na necessidade de adequação da comunidade global a novas questões econômicas e comerciais no âmbito internacional.

Sendo assim, a partir dos anos 80, o comércio internacional assumiu uma postura inédita, abandonando a ideia da simples liberalização econômica, para adotar a concorrência internacional como garantia da eficiência dos mercados². É importante salientar que na realidade atual demonstra-se ser impossível a condução da economia embasada apenas no livre mercado, sem resguardar a possibilidade de criação de instrumentos de institucionalização³.

Os aspectos econômicos supramencionados repercutem no campo das relações jurídicas, porquanto o direito concorrencial é fundamental para a defesa do processo competitivo, atuando como técnica disponível ao Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a *repressão do abuso do poder econômico* e a *tutela da livre concorrência*⁴.

Nos últimos anos, houve uma proliferação de novas legislações de concorrência, principalmente em países latino-americanos e naqueles situados no leste europeu e no sudeste asiático⁵. Trata-se de medida fundamental durante o estabelecimento de uma economia voltada para o mercado, e, ainda, para o estabelecimento de uma política cooperativa com outros países.

¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138.

² NUSDEO, 2002, p. 142.

³ Demonstra-se necessária a institucionalização de meios ao combate das práticas que imponham restrições à livre concorrência. Conforme admitido por Richard Posner, economista integrante da Escola de Chicago, em entrevista concedida em 2010 a John Cassidy, colunista do jornal *The New Yorker* nos Estados Unidos da América, *a capitalist system cannot consist just on free markets*. (Disponível em <http://www.newyorker.com/online/blogs/johncassidy/2010/01/interview-with-richard-posner.html>. Acesso em 26 de outubro de 2013).

⁴ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6. ed. atual. e amp. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

⁵ BOTTA, Marco. The Cooperation between the Competition Authorities of Developing Countries: Why does it not Work? Case study on Argentina and Brazil. **The Competition Law Review**, v. 5, n. 2, 2009, p. 153-178.

Foi neste cenário que ocorreu a evolução da aplicação extraterritorial da legislação do direito da concorrência, destacando-se a questão dos efeitos e da validade como elementos de conexão com o direito nacional, sob o prisma do direito internacional, público ou privado⁶. Diante disso, o presente trabalho dedica-se a analisar a aplicação extraterritorial da legislação antitruste, no intuito de melhor conhecer seus fundamentos, seus efeitos, seus âmbitos de aplicação, e, além disso, as críticas doutrinárias que sobre ela pairam. No trabalho, o termo direito antitruste é utilizado como sinônimo de direito da concorrência.

A escolha da aplicação extraterritorial do direito da concorrência como temática de pesquisa iniciou em virtude dos estudos realizados para participação no grupo de pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, “Direito da Concorrência Internacional”, sob a orientação do Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior. É importante mencionar a relação do tema com o futuro desenvolvimento de dissertação de mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação da UFRGS, intitulada provisoriamente de “A Cooperação Jurídica Internacional no Âmbito do Direito da Concorrência: Inovações para a Realidade Brasileira”.

O problema de pesquisa consiste na investigação acerca da pergunta: a aplicação extraterritorial do direito da concorrência é uma medida adequada a ser adotada pelos países e blocos econômicos, no intuito de preservação da concorrência internacional?

O método de abordagem teórica da pesquisa é o dedutivo, porquanto será analisada a aplicação extraterritorial do direito da concorrência passando-se, posteriormente, ao estudo dos sistemas dos Estados Unidos da América, da União Europeia e do Mercosul, que se utilizam da aplicação unilateral do direito em suas legislações. Por fim, serão abordadas as reações internacionais e as relacionadas ao tema críticas doutrinárias.

O método de procedimento utilizado é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, trazendo à lume a bibliografia nacional e internacional que trate do assunto, conforme as doutrinas de Augusto Jaeger Junior, Frederico da Valle Magalhães Marques, José Carlos Magalhães, Leonardo Arquimino de Carvalho, Valéria Guimarães de Lima e Silva e Jean-Gabriel Castel, de modo a demonstrar com clareza quais as possibilidades e as limitações da aplicação extraterritorial do direito, no âmbito do direito da concorrência.

⁶ CASELLA, Paulo Borba. **Extraterritorialidade e proteção da livre-concorrência**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, jan. 2001, p. 501-519.

Para tal, o primeiro capítulo aborda a aplicação extraterritorial unilateral do direito da concorrência, de modo a situar o leitor em conceitos preliminares sobre jurisdição estatal e soberania, trazendo uma abordagem principiológica sobre os fundamentos da aplicação extraterritorial do direito. Na segunda parte do capítulo, estuda-se a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, mediante a análise dos modelos de aplicação da legislação concorrencial, baseados no princípio da territorialidade estrita, no princípio da pseudo-territorialidade, na teoria dos efeitos, ou, ainda, no princípio da ponderação.

O segundo capítulo traz uma abordagem prática, que consiste na análise dos sistemas de aplicação unilateral do direito da concorrência mais relevantes, quais sejam, o dos Estados Unidos da América, por ser o primeiro sistema existente, o da União Europeia, por ser um modelo de legislação concorrencial regional, e o do Brasil, por ser o modelo no qual estamos inseridos. Analisa-se a evolução histórica do instituto nos referidos países, partindo-se para o estudo da legislação atual aplicável ao direito da concorrência, bem como, quando pertinente, faz-se uma explanação da jurisprudência a ele relacionada.

Por fim, o terceiro capítulo do trabalho aborda as reações internacionais e as críticas sofridas pelos países quando optantes pela aplicação extraterritorial do direito da concorrência. São demonstradas as reações diplomáticas e governamentais, as reações legislativas e, ainda, as reações judiciais. Quanto às críticas sofridas pelo instituto, é citada a doutrina brasileira, analisando-se as críticas fundamentadas nos princípios do direito internacional, e as críticas fundamentadas nas relações internacionais.

A aplicação extraterritorial do direito da concorrência frequentemente provoca o acirramento dos conflitos entre os Estados e as empresas, de modo a fazer com que surjam dissídios interestatais. Diante disso, propõe-se, por fim, que os Estados adotem acordos bilaterais de cooperação internacional, ou que promovam a regulação multilateral, visando a uma legislação internacional sobre o assunto.

O presente tema possui profunda relevância para as discussões no âmbito do direito internacional, porquanto representa o ponto de partida de uma procura por soluções mais eficientes e menos agressivas aos Estados, do que a mera aplicação unilateral do direito interno, com vistas a alcançar territórios alienígenas.

1. FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL DO DIREITO E SUA EXTENSÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A aplicação extraterritorial unilateral do direito é assegurada pelos Estados mediante a edição de normas que possibilitem a submissão ao seu poder jurisdicional de qualquer fato que seja pertinente aos seus interesses estatais. Essa prerrogativa, ainda que ampla dentro dos limites de cada país ou região, não alcança efetividade a menos que os demais membros da comunidade internacional aceitem uma colaboração jurisdicional⁷.

Diante disso, incumbe a cada Estado o estabelecimento dos limites do alcance do ordenamento jurídico nacional no âmbito interno e no âmbito internacional, observando-se que os princípios internacionais são elementos limitadores fundamentais que devem ser observados pelos Estados no momento em que editadas e aplicadas regras que prevejam uma competência internacional. Sobre o tema, dispõe o doutrinador Enrico Tullio Liebman,

Qualquer forma de autolimitação de cada país na extensão que atribui à própria jurisdição é o pressuposto da possibilidade de reconhecer o exercício das jurisdições estrangeiras. Daí admitir em certas condições, no seio do próprio ordenamento, a eficácia das sentenças pronunciadas pelos tribunais estrangeiros⁸.

Diante disso, a aplicação extraterritorial unilateral do direito pode ser identificada *sempre que houver algum elemento alienígena como nexa causal que justifique a aplicação da legislação nacional*⁹. O exercício dessa prerrogativa pelos Estados ocorre em virtude da interpretação ampliativa do princípio da territorialidade, segundo o qual a legislação nacional é aplicada a fatos ocorridos nos limites de um Estado.

É importante salientar que embora existam elementos do direito internacional a coibirem a aplicação extraterritorial das normas de direito, não há, ainda, limitação para que um Estado legisle ou julgue acerca de normas a serem aplicadas extraterritorialmente.

⁷ CASTEL, Jean-Gabriel. The extraterritorial effects of antitrust laws. **Recueil des Cours**. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1983, t. 179, p. 21.

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 16.

⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e Silva. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1 ed. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 13.

Por fim, é importante mencionar que preliminarmente ao estudo dos fundamentos da aplicação extraterritorial do direito da concorrência, é imperativo o esclarecimento sobre a terminologia adequada. A doutrina ressalta que o termo “jurisdição extraterritorial” é controverso e impreciso¹⁰, entretanto, este traduz a pretensão de um governo estatal de aplicar suas normas a fatos exteriores aos seus limites territoriais. Ou seja, é uma competência internacional para aplicação extraterritorial das normas¹¹.

1.1. Fundamentos da Aplicação Extraterritorial do Direito no Âmbito Internacional

A definição de jurisdição estatal representa elemento essencial para a compreensão da aplicação extraterritorial do direito, porquanto corresponde à competência do Estado para tomar medidas materiais em relação às suas normas e decisões, efetivando-se, assim, a imposição do direito por ele produzido¹².

A ideia da substitutividade é inerente ao conceito clássico de jurisdição, no qual o Estado, exercendo seu poder soberano, ao substituir as partes, faz atuar a vontade concreta da lei¹³. Nesse âmbito, as autoridades estatais poderão desempenhá-la em relação aos indivíduos ou às matérias que se encontram submetidos a vínculo significativo com seu território¹⁴.

No entanto, há práticas que embora realizadas no território de um Estado, passam a ter influência nos limites de outro, resultando na aplicação da *legislação nacional a fatos ocorridos no exterior*¹⁵. O conjunto desses fatos acabou por resultar na criação de legislações e produção de jurisprudência que ensejam a aplicação extraterritorial das normas de direito da concorrência.

¹⁰ Sobre o tema, SILVA, 2010, p. 42.

¹¹ Conforme a doutrina de Leonardo Arquimimo de Carvalho, a expressão ‘jurisdição internacional’ não parece de todo adequada para definir a atuação de um Estado frente a fatos que têm algum elemento de estraneidade e que ao mesmo tempo possuem elementos de conexão que a sua legislação aponta como relevantes, mandando atuar a lei nacional. Sendo assim, dispõe o autor que a jurisdição internacional mais parece atinente à determinados órgãos, como a Corte Internacional de Justiça, porquanto os Estados aceitam e reconhecem o seu poder. CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 51.

¹² JAEGER JUNIOR, **Direito Internacional da Concorrência – Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 67.

¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência: exposição didática, área do direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 3-9.

¹⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 52.

Diante disso, a aplicação extraterritorial do direito tem estreita relação com o conceito de soberania, considerando a *igualdade formal absoluta*¹⁶ dos Estados, em virtude da formação da sociedade internacional por Estados soberanos, dentre os quais não existe relação de hierarquia. Os Estados possuem delimitação territorial, e dessa forma, a aplicação da lei concorrencial fora de suas jurisdições é capaz de gerar inúmeros atritos.

Veja-se que a Carta da Organização das Nações Unidas proclama, no artigo 1º, que as relações entre os Estados devem ser desenvolvidas sob o prisma da igualdade soberana de direitos entre eles, defendendo, ainda, em seu artigo 2º, que o princípio da igualdade soberana é necessário para a consecução dos objetivos da Carta¹⁷.

Com efeito, o direito internacional, em decorrência dos princípios da soberania e da igualdade, apresenta a territorialidade como um dos seus princípios informadores, no entanto, apenas excepcionalmente, admite a extraterritorialidade como resultado da extensão de uma jurisdição.

Isto porque os Estados apresentam limites jurisdicionais, por eles estabelecidos mediante a denominada autolimitação ou da abrangência espacial do Estado¹⁸, em razão do direito de regular, exclusivamente, qualquer acontecimento ocorrido dentro de suas fronteiras, não podendo sofrer interferências de outros Estados no referido processo.

Entretanto, por vezes, em oposição à supracitada regra, a limitação pode resultar proveniente de outro sistema legal, identificando-se a heterolimitação espacial, na qual há interferência, por parte de uma estrutura normativa, que pode ser considerada superior à estatal, passando a *intervir no poder soberano* de um Estado¹⁹.

¹⁶ SILVA, 2010, p. 54.

¹⁷ Artigo 1º [...] 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; [...] e Artigo 2º. 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros. [...].

¹⁸ Segundo Leonardo Arquimimo de Carvalho, cabe a cada Estado a determinação da amplitude e das limitações do seu ordenamento jurídico, nos âmbitos espaciais internos e externos, dispondo o autor que *esse limite é dado geralmente pela circunscrição territorial de um dado estado porém, de modo absoluto, os limites são informados pela legislação interna de cada país. A jurisdição como vontade concreta da lei, é uma das manifestações do poder estatal soberano, portanto, um fim do Estado. Assim, cada Estado fará atuar sua jurisdição nos limites da sua legislação interna.* CARVALHO, 2001, p. 44-45.

¹⁹ Sobre o tema, impende salientar que a heterolimitação da jurisdição estatal resulta das regras de Direito Internacional que tenham por base elementos que limitam a *ação livre do poder soberano* dos Estados. Como exemplo, cita o autor Leonardo Arquimimo de Carvalho, as fontes do Direito Internacional moderno, como o

Os países, nesse âmbito, possuem a sua jurisdição limitada pelos princípios do direito internacional e pela soberania estatal como forma de proporcionar um equilíbrio entre os Estados. Sobre o tema, a doutrina apresenta o questionamento acerca de quais limites o direito internacional ofereceria ao exercício da jurisdição extraterritorial, por parte de um estado, e assim responde:

Esses limites devem ser encontrados através de um raciocínio inverso, qual seja, a busca de quais direitos dos Estados estão consagrados pelo direito internacional. Em verdade, o direito internacional consagra uma série de direitos que são decorrentes da própria existência dos Estados, e da sua necessidade de consciência com os seus demais pares. Em uma lista não exaustiva poderiam ser citados os direitos de autopreservação, igualdade, liberdade, independência, supremacia territorial e um que é primordial para esse estudo, que é o de não receber interferências externas, decorrente do princípio da não-intervenção de uns Estados nos assuntos internos dos outros²⁰.

Em face da internacionalização dos mercados, a soberania passa por uma nova fase, de relativização, em razão da expansão da sociedade internacional e da interdependência econômica dos Estados, a caracterizar a mudança das legislações produzidas nesse âmbito²¹, para solucionar os problemas atinentes ao novo panorama mundial.

A primeira referência de uma situação envolvendo a aplicação extraterritorial do direito, conforme apontado pela doutrina²², é o caso *France v. Turkey* (S.S. Lotus), julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1927²³. Trata-se de uma embarcação,

Estatuto da Corte Internacional de Justiça; as fontes consuetudinárias e convencionais; os acordos multilaterais, citando como exemplo o Convenio de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961; ou, os acordos bilaterais, como o da Itaipu Binacional. CARVALHO, 2001, p. 46.

²⁰ Citação extraída de JAEGER JUNIOR, 2008, p. 55. Na obra o autor refere que o mesmo questionamento foi relizado em NEREP, Erik. **Extraterritorial Control of Competition under International Law: with special regard to US Antitrust Law**. Stockolm: Norsdedt & Söners Förlag, 1983.

²¹ Segundo Frederico do Vale Magalhães Marques, *na medida em que o comércio internacional se desenvolve e toma corpo, também aumentam as necessidades e exigências dos países no que diz respeito à regulamentação do direito da concorrência, em âmbito nacional e internacional*”, referindo que *as práticas privadas restritivas ao comércio e contrárias à livre concorrência podem ser proibidas e regulamentadas por normas nacionais (nas quais então abrangidas as regras de aplicação extraterritorial), regionais e internacionais*. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7-8.

²² JAEGER JUNIOR, 2008, p. 56; OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 338; FARIA, José Ângelo Estrella de. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 105, 1990, p. 23.

²³ Caso *France v. Turkey* (S.S. Lotus), Recueil des Arrêts, série A, n. 10, 1927. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>. Acesso em: 02 de março de 2014.

denominada Lotus, de nacionalidade francesa, que colidiu em alto-mar com um cargueiro, de nacionalidade turca, denominado Boz-Kourt, em 02 de agosto de 1926. A colisão resultou na morte de oito marinheiros e tripulantes, pertencentes ao cargueiro turco, sendo que a embarcação Lotus realizou o resgate dos sobreviventes, incluindo o capitão de nacionalidade turca, aportando, em decorrência disso, em Istambul.

Após a prisão de ambos os comandantes, o capitão francês argumentou que o tribunal turco não detinha a competência para julgar o acidente, o que foi denegado pela justiça da Turquia. Em decorrência disso, a França formalmente protestou junto ao país, de modo que ambos os Estados concordaram em submeter a lide à Corte Internacional de Justiça, em 10 de outubro de 1926.

Os argumentos da França consistiram na obrigatoriedade de comprovação, por parte da Turquia, da competência para o exercício de jurisdição com base no direito internacional. Por outro lado, as alegações turcas partiam da premissa de que o exercício de jurisdição encontrava limitação apenas quando este não conflitasse com os princípios do direito internacional.

Sobre o tema, a doutrina apresenta dois motivos para que os Estados, de um modo geral, expandam de sua jurisdição a territórios alienígenas, quais sejam, (i) a necessidade de regulação das atividades das empresas multinacionais no exterior, que repercutam em território nacional; e, (ii) a inexistência de quaisquer mecanismos internacionais capazes de exercer uma função regulatória²⁴, legitimando sua conduta na ausência de alternativas viáveis²⁵

No que tange a definição dos princípios informadores da extraterritorialidade do direito, é importante mencionar que o exercício da jurisdição em territórios que extrapolam as fronteiras dos países encontra-se restrito, tradicionalmente, ao direito penal, somente podendo ser utilizado quando nos limites dos parâmetros estabelecidos pelos princípios do Direito Internacional²⁶.

²⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 68.

²⁵ SILVA, 2010, p. 39.

²⁶ SILVA, 2010, p. 55.

A cautela dos Estados, em se tratando da aplicação da extraterritorialidade do direito, encontra embasamento no conflito de competências e de leis, que pode afetar a harmonia e o equilíbrio internacionais²⁷, porquanto passível de ocasionar desentendimentos políticos entre os Estados.

O primeiro país a desconsiderar as barreiras territoriais para impor a jurisdição de suas normas, em relação a matérias alheias ao direito penal, foram os Estados Unidos da América²⁸, quando, de forma pioneira, tratou-se da questão da extraterritorialidade no âmbito do direito antitruste, no julgamento *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, em 1909²⁹. Nesse caso, a *American Banana Company* sustentava que a *United Fruit Company* atuava junto a uma milícia de nacionalidade costarriquenha, monopolizando a produção e exportação de bananas da América Central para os Estados Unidos da América. Ademais, a demandada realizou condutas no intuito de evitar a concorrência, controlando e monopolizando o mercado de bananas³⁰.

No caso, a decisão da Suprema Corte norte-americana determinou que nas regiões que não estivessem submetidas a nenhum soberano, como, por exemplo, o alto-mar, haveria a possibilidade de aplicação do direito nacional, sustentando que a jurisdição poderia ir além dos seus limites³¹.

Em que pese o reconhecimento da extraterritorialidade das normas, à época, a aplicação restrita do direito da concorrência em um território ainda era regra, sendo que o posicionamento dos tribunais pedia para a preservação do princípio da soberania estatal³².

²⁷ OLIVEIRA e RODAS, 2013, p. 344.

²⁸ Sobre o tema, dispõe o autor Leonardo Arquimimo de Carvalho que *não obstante objetivasse proteger valores dentro do território dos EUA, a legislação antitruste passou a ter efeitos extraterritoriais ao alcançar acordos fora dos EUA, envolvendo empresas americanas e não-americanas. Ao persistir nessa postura, as autoridades norte-americanas, invadindo competências alheias, deram nascimento a conflitos de competências com outros países.* CARVALHO, 2001, p. 98.

²⁹ ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 33, n. 1, 1992, p. 7; Caso *American Banana Co. v. United Fruit Com.*, 213 U.S. 347 (2nd Cir. 1909). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/347/case.html>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

³⁰ Impende salientar que no caso, os atos de monopolização do comércio consistiram na compra, por parte da companhia demandada, de ações controladoras de outras companhias, bem como, de negócios dos mais importantes concorrentes da demandante, obrigando a imposição de preços abusivos aos produtos. Compeliu, ainda, os produtores a aderir às suas condições de mercado.

³¹ CARVALHO, 2001, p. 100.

³² Conforme conclui o doutrinador Roger Alford, *the Court interpreted U.S. antitrust law 'as intended to be confined in its operation and effect to the territorial limits over which the lawmaker has general and legitimate*

O principal marco jurisprudencial relativo à aplicação extraterritorial das normas do direito da concorrência encontra-se disposto no caso *United States v. Aluminium Co. of America* (ALCOA), em 1947³³, quando foi aplicada a *teoria dos efeitos*, em virtude de uma nova interpretação, ora consideravelmente mais extensiva, do princípio da territorialidade³⁴.

O embasamento teórico para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, utilizado largamente no supracitado caso, permanece como argumento mais utilizado para fundamentar a expansão unilateral das esferas jurisdicionais dos países, nas mais diversas áreas, como seguros, comércio, finanças, entre outros. A *teoria dos efeitos*, nesse âmbito, acaba por afetar o ordenamento jurídico dos Estados, ofendendo, muitas vezes, os princípios do direito internacional, sendo, conseqüentemente, alvo de severas críticas por parte dos Estados³⁵.

Diante do impasse, em matéria penal, relativamente aos princípios informadores do exercício de jurisdição legislativa, a Faculdade de Direito de Harvard desenvolveu uma pesquisa destinada à sua identificação, em se tratando dos princípios aceitos pela maioria das nações, denominada *Research in International Law – Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime*, publicada no *The American Journal of International Law*, em 1935³⁶.

power. *The clear inference of American Banana was that U.S. antitrust laws could not be applied to conduct occurring outside the United States.* ALFORD, 1992, p. 7.

³³ Caso *United States v. Aluminium Corp. of America* (Alcoa), 148 F.2d. 416 (2nd Circ. 1976). Disponível em: <<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014; Sobre o caso, uma análise detalhada encontra-se disposta em HOVENKAMP, Herbert J. e HOVENKAMP, Erik N. *The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims.* **Arizona Law Review**, Tucson, v. 51, n. 2, 2009, p. 273-277.

³⁴ Segundo doutrina Roger Alford, esse foi o passo decisivo, no sentido da fundamentação da moderna teoria dos efeitos, quando a demandada, empresa estrangeira, foi acusada de violar o *Sherman Act* (lei americana regulatória da concorrência), pelo ato de acordar e executar um cartel internacional de alumínio fora das fronteiras norte-americanas. ALFORD, 1992, p. 8.

³⁵ Nesse mesmo sentido, salienta Roger Alford, em que pese a doutrina tenha recebido boa aceitação nos Estados Unidos da América, ela foi criticada em outros países, sustentando que *the Alcoa 'effects doctrine' rapidly gained acceptance in the United States. 4 7 But Alcoa generally was met with disapproval from abroad. It was frequently criticized by foreign governments and scholars for its failure to consider international comity concerns and the potential interference with foreign sovereignty interests.* ALFORD, 1992, p. 9.

³⁶ Para a realização da pesquisa, foi analisado o Direito Internacional Privado dos Estados, nos quais foram extraídos os princípios informadores da jurisdição, em matéria penal, de modo a identificar os princípios que são aceitos de um modo geral pelas nações; SILVA, 2010, p. 55.

Na pesquisa, foram identificados os seguintes princípios: princípio da nacionalidade, princípio da proteção do Estado, princípio da universalidade e princípio da territorialidade³⁷. Eles foram inicialmente estabelecidos para aplicação única no direito penal, o que, posteriormente, foi modificado, por iniciativa da sociedade internacional ou por aplicação dos Estados, ampliando-se o seu alcance para outras matérias.

Primeiramente, o *princípio da nacionalidade* encontra fundamento no próprio conceito de nacionalidade, que, segundo Pontes de Miranda, é tido como *o vínculo político-jurídico de Direito Público Interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado*³⁸. Ou seja, é o Estado que estabelece os direitos e deveres dos seus nacionais, ainda que estes estejam no exterior, sendo que o exercício de sua jurisdição, nesses casos, não pode ir de encontro às jurisdições de outros Estados.

Os Estados, diante da nacionalidade ativa, possuem jurisdição sobre os atos de nacionais de seus países, independentemente do local em que praticados, resultando na competência de um Estado, de submeter às leis internas, o nacional que as infringiu.

Ocorre, entretanto, que parte da doutrina defende a existência da nacionalidade passiva, identificada quando uma pessoa é vítima de uma violação de lei de seu país de nacionalidade³⁹. Esse princípio é visto, usualmente, como forma de excessivo exercício da jurisdição, e sua adoção gera controvérsias, não sendo considerado princípio de direito internacional.

Em segundo lugar, o *princípio da proteção ou da segurança do Estado* tem o condão de justificar a jurisdição extraterritorial do Estado sobre os atos praticados em local alheio ao seu território, e que representem prejuízo à sua *segurança, independência política* ou *integridade territorial*⁴⁰.

³⁷ Segundo José Ângelo Estrella de Faria, apenas dois princípios do direito penal são adotados, no que tange à jurisdição, quais sejam, o princípio da territorialidade e do bem juridicamente protegido. Entretanto, no presente trabalho, os princípios foram adotados por uma perspectiva mais abrangente. FARIA, 1990, p. 24.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936, p. 53.

³⁹ O Brasil, no artigo 7º, parágrafo 3º, do Código Penal, adota o princípio em matéria penal. Sobre o tema, ainda, insta frisar que os Estados Unidos utilizam-se do princípio da nacionalidade passiva para justificar a aplicação de sua jurisdição a atos que eles julgam prejudicar seus nacionais, ainda que sejam praticados no exterior.

⁴⁰ SILVA, 2010, p. 57.

No caso, considera-se apenas a natureza do delito, que represente um atentado aos interesses primordiais do Estado, sem que, no entanto, estes estejam bem delimitados quanto à sua amplitude, possibilitando a sua desfiguração por algumas nações⁴¹.

O *princípio da universalidade*, por sua vez, consiste na repressão dos crimes com base no caráter universal de sua rejeição, repercutindo nos princípios éticos mais importantes à sociedade internacional. Sendo assim, determinados crimes, como o tráfico de escravos, mulheres ou crianças, o genocídio, a prática de tortura, entre outros, são considerados de gravidade extrema, não podendo ser aceitos por quaisquer nações.

A título de exemplo, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, vigente, internacionalmente, desde junho de 1987⁴², determina que seja obrigatório o estabelecimento da jurisdição universal pelos Estados, para o julgamento do crime de tortura⁴³.

No entanto, em se tratando do direito da concorrência, incabível a aplicação deste princípio do direito internacional, porquanto sua natureza pertence ao âmbito do direito interno dos Estados, e ainda, pela divergência entre os países no que tange ao tratamento adequado a ser dado à matéria.

Por fim, apresenta-se o *princípio da territorialidade objetiva e subjetiva*, que é considerado o mais aceito dentre os princípios citados, tendo em vista o seu elemento de conexão, qual seja, o território. Ele significa que os países têm competência exclusiva para

⁴¹ Segundo Valéria Guimarães de Lima e Silva, os Estados Unidos da América, por exemplo, buscaram legitimar a sua jurisdição extraterritorial em questões econômicas a partir do princípio da proteção ou segurança do Estado, sendo alvo de críticas por outras nações. O país foi obrigado, dessa forma, a rever sua posição. SILVA, 2010, p. 58.

⁴² A Convenção, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1984, foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. O texto integral foi publicado no Decreto nº 40, de 15 de Fevereiro de 1991, data da sua promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acessado em: 15 de fevereiro de 2014.

⁴³ Artigo 5º. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no Artigo 4º nos seguintes casos: [...] 2. Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não extradite de acordo com o Artigo 8º para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente Artigo. 3. Esta Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno.

exercer jurisdição sobre os fatos ocorridos dentro dos limites de sua fronteira, em decorrência dos princípios da soberania e da igualdade⁴⁴.

A territorialidade subjetiva deve ser entendida como o direito de o Estado exercer sua jurisdição prescritiva em relação àqueles crimes que tiveram início em seu território, em que pese tenham sido consumados no exterior. Por outro lado, a territorialidade objetiva pode ser identificada quando o crime, praticado no exterior, acaba por ser consumado dentro do território do Estado.

Insta frisar que ambos os aspectos da territorialidade são complementares, sendo que é necessário que um dos elementos essenciais ocorra dentro do território nacional. Dessa forma, a aplicação a jurisdição territorial pode ser justificada quando um crime é cometido, no todo, ou em parte, dentro dos limites fronteiriços de um Estado.

Ademais, na ocorrência de conflitos entre os demais princípios informadores da extraterritorialidade e o princípio da territorialidade, este prevalece, tendo em vista a sua importância primária e o seu caráter fundamental⁴⁵.

Por fim, impende frisar que a doutrina critica a transposição dos princípios do direito penal ao direito da concorrência, sustentando que a exaustividade do catálogo de princípios somente não resultou em críticas, por parte dos Estados, por estar em consonância com os seus interesses⁴⁶. Ademais, sustenta-se que, em que pese o direito da concorrência apresente elementos do direito penal, a transposição dos princípios deve observar a finalidade perseguida pelo legislador no momento de criação da norma, porquanto a aplicação das bases principiológicas constantes do direito penal poderia resultar numa coibição insatisfatória das práticas anticoncorrenciais.

⁴⁴ Conforme dispõe Mann, *since in the present world sovereignty is undoubtedly territorial in character, in assessing the extent of jurisdiction the starting point must necessarily be its territoriality such as it was developed over the centuries and defined by Huber-Storyan maxims: as a rule jurisdiction extends (and is limited) to everybody and everything within the sovereign's territory and to his national wherever they may be.* MANN, Frederik Alexander. *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years.* **Recueil des Cours.** La Haye: Académie de Droit International de La Haye, t. III, v. 186, 1984, p. 20.

⁴⁵ SILVA, 2006, p. 61.

⁴⁶ A crítica feita por José Ângelo Estrella de Faria encontra-se substanciada em considerações de *lege ferenda*, dizendo o autor que a transposição de legislação [...] quando, porém, em consonância com o método teleológico de interpretação, são levados em consideração também os fins perseguidos pelo legislador, então deveria ser rejeitada a transposição de princípios de um ramo de direito a outro, quando tais princípios mostram-se inúteis à consecução dos objetivos do legislados para o ramo ao qual eles deveriam ser transpostos. FARIA, 1990, p. 28.

1.2. Fundamentos da Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência

A concorrência, como fundamento da economia de mercado, é definida por Frederico do Valle Magalhães Marques como a grande impulsionadora da competição existente entre os agentes atuantes em um mesmo mercado, fazendo com que coexistam de forma sadia, na busca pelo consumidor⁴⁷. Nesse âmbito, acrescenta o doutrinador, o direito da concorrência fornece o *aparato necessário para manter esta disputa em níveis razoáveis, impedindo, assim, o desenvolvimento da denominada concorrência predatória*⁴⁸.

Entretanto, é sabido que a concorrência, tradicionalmente reconhecida à luz do conceito clássico de mercado como a competição por oportunidades, quando existente uma pluralidade de interessados⁴⁹, remonta à antiguidade, adquirindo conotação econômica somente após o século XVI⁵⁰.

Constatada a substancial evolução do fenômeno da concorrência⁵¹, importante reconhecer que a disciplina contemporânea do direito da concorrência, e a sua regulação, possuem inspiração liberal, baseando-se no dinamismo da iniciativa privada e no jogo das forças do mercado⁵².

Sob esse prisma, Augusto Jaeger Junior salienta que a doutrina dispõe que existem três modelos econômicos, segundo os quais é possível a definição da concorrência⁵³: o primeiro visa a maior liberdade de ação das empresas, e a maior liberdade de ação dos consumidores; o segundo tem interesse na proteção e reconstituição de uma concorrência pura e perfeita; e o

⁴⁷ MARQUES, 2006, p. 108.

⁴⁸ MARQUES, 2006, p. 108.

⁴⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 419.

⁵⁰ DENNIS, Kenneth G. **“Competition” in the history of economic thought**. New York: Arno Press, 1977 *apud* FORGIONI, 2013, p. 35.

⁵¹ Nesse sentido, Paula Forgioni, na obra *Os Fundamentos do Antitruste*, supracitada, realiza o estudo da evolução histórica da disciplina da concorrência, afirmando que “(...) no antitruste, uma fase de desenvolvimento não supera a precedente, de forma que, hoje, os vetores que passamos a expor convivem no seio desta disciplina”. FORGIONI, 2013, p. 36.

⁵² JAEGER JUNIOR, 2008, p. 286.

⁵³ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 287.

terceiro, por outro lado, não corrobora a tese da concorrência pura e perfeita, devendo esta ser vista de forma evolutiva e aberta a adaptações⁵⁴.

Logo, o interesse da disciplina antitruste é a preservação de uma concorrência praticável, ou seja, o seu regime é operado no intuito de preservar a liberdade de *concorrência entre os desiguais*⁵⁵, em razão das assimetrias encontradas entre os agentes sob a égide do liberalismo econômico.

O doutrinador Calixto Salomão Filho, por sua vez, assevera que a concorrência tem sido vista como único e principal objetivo da regulação econômica, resultando numa premissa equivocada. Sustenta, então, que a ideia de concorrência deve ser compreendida em uma perspectiva *institucional*, para poder ter *eficácia real e legitimidade constitucional*⁵⁶.

O direito da concorrência, dessa forma, é tido como o direito que protege o exercício da liberdade de concorrência⁵⁷, podendo ser definido como o conjunto de regras mínimas para a organização da esfera privada, promovendo maior liberdade de escolha e precisão das informações transmitidas a seus agentes⁵⁸.

Ademais, esse regramento trata de uma ordem pública, pois:

[...] protege um bem jurídico de interesse público. Ele consiste num conjunto de leis que têm por escopo a proteção do mercado contra restrições à concorrência, imputáveis a comportamentos isolados dos sujeitos econômicos ou coligados de grupos de empresas, independentemente de sua forma jurídica. Visa, ainda, à proteção do mercado quanto ao exercício abusivo de posições de domínio por parte de uma empresa ou de empresas preponderantes no mercado e, bem assim, o exercício abusivo de controle das operações de concentração⁵⁹.

⁵⁴ O autor José de Jesus Ferreira Alves salienta que *a política da concorrência deve assegurar a mais larga difusão do poder económico. As empresas devem ter a maior liberdade de acção e os consumidores a maior liberdade de escolha. No outro extremo, a política da concorrência deve proteger ou reconstruir uma concorrência pura e perfeita (...). Para uma terceira via, mais realista, não há concorrência pura e perfeita. A noção de concorrência não é abstracta. Deve ser vista numa forma evolutiva, aberta a adaptações*. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas comunidades europeias**. 2. ed. actual. e ampl. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 65.

⁵⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 287.

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11.

⁵⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 290.

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 66-67.

⁵⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 290.

Segundo Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, o direito da concorrência é entendido, ainda, como um conjunto de regras jurídicas disponíveis, destinadas a *apurar, reprimir e prevenir as modalidades de abuso do poder econômico*, com o escopo de evitar a *monopolização dos mercados e beneficiar a livre iniciativa*, favorecendo a coletividade⁶⁰.

No entanto, é de suma importância ressaltar que o escopo do direito da concorrência varia em virtude dos diferentes sistemas jurídicos e econômicos e do período histórico em que é estudado⁶¹.

Nesse mote, é necessário o reconhecimento das necessidades econômicas, sociais e culturais diversas que influenciam e separam os ordenamentos, partindo do pressuposto de que cada qual possui princípios que o embasam, conforme informa a doutrina nacional. Para Paula Forgioni:

A Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos. Discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que sejam referidos o país, a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis⁶².

O direito internacional da concorrência, surgido do intenso processo de internacionalização das relações comerciais⁶³, é um ramo do direito de recente desenvolvimento e que sofre constante amadurecimento, em razão da globalização econômica e social.

Conforme a doutrina de Augusto Jaeger Junior é necessária a internacionalização do direito da concorrência, no intuito de superar o conflito entre a manutenção das soberanias nacionais e a abertura dos mercados, promovido por empresas com atuação

⁶⁰ OLIVEIRA e RODAS, 2013, p. 44.

⁶¹ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Desenvolvimento e Concorrência. *In*: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005, p. 193.

⁶² FORGIONI, 2013, p. 160-161.

⁶³ SILVA, 2010, p. 26.

multijurisdicional⁶⁴. Conclui o autor, dessa forma, *que problemas internacionais clamam por soluções internacionais*⁶⁵.

O resultado da internacionalização das relações e da interdependência econômica dos países culmina, segundo Valéria Guimarães de Lima e Silva, na aplicação das leis concorrenciais submetidas a duas finalidades: regulação das *condutas dos agentes econômicos no mercado nacional*, e, ainda, ampliação da *capacidade competitiva das empresas nacionais face às estrangeiras*⁶⁶.

À medida que o comércio internacional se desenvolve, os países apresentam maior demanda na regulamentação do direito da concorrência⁶⁷. Desde a Carta de Havana para Organização Internacional do Comércio, de 24 de março de 1948, a comunidade internacional demonstra crescentes esforços para a elaboração de regras mínimas multilaterais⁶⁸, no intuito da manutenção de um ambiente internacional de comércio permeado pela livre concorrência.

Nesse sentido, diversas autoridades internacionais desenvolveram trabalhos importantes no âmbito do desenvolvimento do direito da concorrência, podendo ser destacadas a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento e a Rede Internacional da Concorrência⁶⁹.

No entanto, em que pese a existência de inúmeras tentativas de uniformização da matéria⁷⁰, com o fito do aprimoramento do Direito Internacional da Concorrência como um

⁶⁴ Salienta o autor que a atualidade dessas discussões ficou evidenciada em razão dos embates transnacionais ocorridos, desde o princípio dos anos 90, dispondo: *O caráter internacional da ambição de um direito válido no universo faz com que esse primeiro passo seja difícil, mas ele também não é muito mais que o mais difícil. A sociedade internacional precisa ter coragem para dá-lo.* JAEGER JUNIOR, 2008, p. 30.

⁶⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 29.

⁶⁶ SILVA, 2010, p. 25-26.

⁶⁷ MARQUES, 2006, p. 7.

⁶⁸ WEBBER, Marianne Mendes. Perspectiva unilateral do Direito Internacional da Concorrência: a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência. *In*: MENEZES, Wagner (Org.). **Estudos de Direito Internacional: anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 240.

⁶⁹ WEBBER, 2011, p. 280.

⁷⁰ Nesse ponto, importante frisar que os esforços para uniformização do direito da concorrência remontam ao pós-Primeira Guerra Mundial, que restaram renovados após a Segunda Guerra Mundial, com a edição da Carta de Havana para uma Organização Internacional do Comércio em 1948. Posteriormente, apresentam-se as iniciativas do Conselho Europeu, e, ainda, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT. Apresentam-se, também, as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, e no âmbito da Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD. Situado no âmbito acadêmico, foi proposto por especialistas um Código Internacional Antitrust, em

*elo entre o desenvolvimento do comércio internacional e a proteção e defesa dos direitos e necessidades dos agentes econômicos e dos indivíduos*⁷¹, não é possível afirmar que existe um regramento global sobre a matéria⁷².

Sendo assim, atualmente, o direito internacional da concorrência é estudado no âmbito de quatro perspectivas, apresentadas pela doutrina como unilateral, bilateral, multilateral e regional⁷³. A primeira aponta para a aplicação das legislações nacionais unilateralmente pelas autoridades competentes, sendo, dessa forma, de aplicação limitada. A segunda trata da celebração de acordos bilaterais pelos diversos países, em razão da internacionalização das atividades negociais e da desterritorialização das atividades econômicas⁷⁴. A terceira trata das políticas e instrumentos de grande valia para convergência internacional da matéria⁷⁵. A quarta pode ser traduzida pelas normas editadas nas diversas organizações do desenvolvimento econômico, podendo-se citar a União Europeia como o modelo mais avançado⁷⁶.

Diante dessa classificação, e da limitação das legislações concorrenciais nacionais, a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, situada no âmbito da sua perspectiva unilateral, foi uma alternativa encontrada pelos Estados para enfrentar os problemas atinentes à internacionalização dos atos empresariais, em detrimento da lacuna legislativa ocasionada pela inexistência de regramento internacional da matéria.

A aplicação extraterritorial do direito, antes exclusiva ao direito penal, passou, com o tempo, a ser utilizada pelos Estados, com a intenção de regulação das atividades das multinacionais que possuíssem caráter global. Dessa forma, os Estados Unidos da América, e,

1993. Tratando-se da Organização Mundial do Comércio, destaca-se a criação de um grupo de trabalho para tratar da matéria. Em 2001, destaca-se a constituição da Rede Internacional da Concorrência – ICN. JAEGER JUNIOR, 2008, p. 27 – 28.

⁷¹ MARQUES, 2006, p. 13.

⁷² JAEGER JUNIOR, 2008, p. 29.

⁷³ A presente classificação foi apresentada por Augusto Jaeger Junior, na obra *O Direito Internacional da Concorrência – Perspectivas Unilaterais, Bilaterais, Multilaterais e Regionais*, supracitada, inspirada na brochura de Ulrich Immenga, em combinação com outra tese relacionada ao alcance de um direito internacional da concorrência, de Jürgen Basedow.

⁷⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 150.

⁷⁵ MARQUES, 2006, p. 13.

⁷⁶ Nesse sentido, ensina Augusto Jaeger Junior que: *O Tratado da Comunidade Europeia assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proibem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras essas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas para que envolvam os monopólios do Estado*. JAEGER JUNIOR, 2008, p. 260.

posteriormente, a União Europeia, trouxeram novos fundamentos à extraterritorialidade de sua jurisdição.

Primeiramente, cita-se o *princípio da proteção*, aplicado pelos Estados quando verificada alguma ameaça ao poder econômico. Ocorre que esse princípio é amplamente utilizado nos casos de ameaça à segurança nacional, em se tratando do direito penal, mas largamente criticado quando aplicado ao direito da concorrência.

A Corte Internacional de Justiça, constatada a inadequação da aplicação do princípio da proteção no que tange à ordem econômica nacional, afastou, no caso *Barcelona Traction*⁷⁷, a sua utilização, quando da alegação, pela Bélgica, de que os investimentos realizados por seus nacionais, no exterior, representavam uma parcela dos recursos econômicos do país, envolvendo o interesse econômico do Estado como um todo.

No supracitado caso, a Corte fundamentou a rejeição do argumento na hipótese de que não cabe ao Estado que atua como captador dos investimentos garantir o retorno destes, e, tampouco, a riqueza nacional, porquanto qualquer investimento envolve riscos.

Por outro lado, a *International Law Association* concorda com a aplicação do princípio da proteção ao direito da concorrência, limitando a sua utilização aos casos em que verificada ameaça à segurança nacional ou nas situações relativas às operações governamentais, quando em condições excepcionais⁷⁸.

⁷⁷ Corte Internacional de Justiça. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment of 24 July 1964. Na jurisprudência, a empresa *Barcelona Traction*, que possuía sede no Canadá, era composta por capital, em sua maioria, de nacionalidade belga, tendo sua falência decretada pelos tribunais espanhóis, com venda do acervo a um grupo da Espanha que era seu credor. A Bélgica diante disso, ajuizou ação perante a Corte Internacional de Justiça, em defesa dos acionistas de sua nacionalidade, sustentando a incompetência da Espanha para decretar a falência da empresa, sendo nulos os atos do Tribunal espanhol, requerendo, ainda, o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da cessação das atividades na Espanha. O Canadá, por sua vez, por ter participado das negociações como o governo espanhol, que restaram infrutíferas, não tomou nenhuma nova providência para proteger os interesses do *Barcelona Traction*. A CIJ, na decisão, *considerou que os interesses e a personalidade jurídica da empresa não poderiam ser confundidas*, de modo que a Bélgica não poderia exercer proteção diplomática da empresa, tendo por fundamento a proteção dos interesses de seus acionistas majoritários. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5343.pdf>>. Acesso em: 2 de março de 2014; MANN, 1984, p. 27.

⁷⁸ SILVA, 2010, p. 64.

Entretanto, a ampla rejeição internacional ao princípio da proteção fez com que os Estados aplicassem a extraterritorialidade com base em dois outros princípios, o da nacionalidade e o da territorialidade, a seguir analisados.

O *princípio da nacionalidade*, ora analisado à luz do direito internacional da concorrência, resulta na aplicação da lei concorrencial dos países onde estiverem sediadas as empresas que participarem das práticas anticoncorrenciais, ou, ainda, na hipótese de participação de pessoas físicas, aplicam-se as leis do país de sua nacionalidade⁷⁹. Sendo assim, cada estado tem soberania para organizar a sua ordem econômica nacional, a qual se sujeitam todos os dela participantes, independente de sua nacionalidade e seu domicílio.

O referido preceito traz à baila, ainda, a necessidade de determinação da nacionalidade da pessoa jurídica, porquanto passível de gerar divergências entre os Estados, em razão da discricionariedade que possuem para a determinação dessas normas⁸⁰.

Sendo assim, há dois critérios definidos pelo Direito Internacional, para o reconhecimento da nacionalidade a determinada pessoa jurídica, quais sejam, a sede estatutária da empresa, nos países em que o direito possui tradição romano-germânica e, por outro lado, o critério de incorporação, adotado pelos países da *common law*⁸¹.

Ocorre que com a finalidade da aplicação extraterritorial do direito da concorrência, as empresas transnacionais são consideradas como uma unidade econômica, devendo ser julgadas a partir dos efeitos, ou do impacto dos atos das empresas que a compõe, no território nacional, independente da sua real nacionalidade⁸².

Por último, o *princípio da territorialidade*, que representa o princípio mais básico da jurisdição estatal, foi amplamente empregado para legitimar a aplicação das normas do direito

⁷⁹ FORGIONI, 2013, p. 428.

⁸⁰ Sobre o tema, João Grandino Rodas disserta sobre a nacionalidade das pessoas jurídicas, na perspectiva do direito comparado. RODAS, João Grandino. **Sociedade Comercial e Estado**. São Paulo: Editora Unesp, 1995, p. 26.

⁸¹ Há um terceiro critério, ainda, utilizado minoritariamente e em casos específicos, que diz respeito à vinculação da pessoa jurídica ao país da nacionalidade dos acionistas majoritários, quando da ocorrência de investimentos estrangeiros, ao confisco de bens inimigos. Tal critério foi eliminado pela Corte Internacional de Justiça, não encontrando embasamento no Direito Internacional. SILVA, 2010, p. 66.

⁸² Sobre o tema, dispõe Alford: *For example, under the 'nationality principle' a state may pass legislation concerning the conduct of its nationals, whether natural or legal persons, regardless of whether their activities occurred at home or abroad*. ALFORD, 1992, p. 4.

da concorrência, perante o Direito Internacional Público⁸³. Ele representa o mais importante princípio, e o menos controverso, tendo em vista que encontra fundamentação no conceito da soberania do Estado em exercer sua jurisdição sobre seu próprio território.

Nesse âmbito, todo Estado é independente em relação aos demais, possuindo supremacia no que tange aos seus nacionais e aos estrangeiros que se encontrem em seu território. A lei nacional de cada país deverá ser aplicada aos fatos e às pessoas que estiverem nos limites de seu território.

Ocorre que o referido princípio sofreu, ao longo dos anos, interpretações de diversas ordens, que resultaram na extensão unilateral de sua aplicação. Segundo Valéria Guimarães de Lima e Silva, a leitura feita pelos países ainda é *incerta e duvidosa*⁸⁴ em relação Direito Internacional, referindo a autora que:

Se coube aos Estados Unidos a formulação da teoria dos efeitos, crença na debilidade de seus fundamentos perante o Direito Internacional foi suficiente para levar a Comunidade Europeia a optar por aplicar, em um primeiro momento, a teoria da unidade econômica, e, em segundo momento, a teoria da localização do ato concorrencial, a qual lhe propiciou uma expansão de sua jurisdição extraterritorial comparável àquela obtida pela teoria dos efeitos⁸⁵.

Diante do vínculo criado pelo princípio da territorialidade, os Estados desenvolveram modelos que justificassem o nexa causal entre prática do ato violador do direito da concorrência e o território do Estado. Esses modelos apresentam os critérios utilizados pelas legislações, com a finalidade de determinação da lei aplicável, que passarão a ser analisados.

A determinação da jurisdição sobre determinada prática anticoncorrencial pode ser analisada sob o aspecto de quatro modelos de âmbitos de aplicação da legislação de defesa da concorrência, utilizados no mundo, conforme a definição de Augusto Jaeger Junior⁸⁶, sendo

⁸³ SILVA, 2010, p. 72.

⁸⁴ SILVA, 2010, p. 74.

⁸⁵ SILVA, 2010, p. 74.

⁸⁶ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 61-67.

eles baseados (i) no princípio da territorialidade estrita; (ii) no princípio da pseudo-territorialidade; (iii) na teoria dos efeitos; ou, ainda, (iv) no princípio da ponderação⁸⁷.

É importante salientar que esses modelos não são utilizados pelos países de forma isolada, sendo comum a cumulação de formas de determinação de jurisdição, como maneira de os Estados assegurarem a aplicação de sua lei interna e o seu poder jurisdicional⁸⁸.

O *princípio da territorialidade estrita* representa o primeiro modelo no âmbito da aplicação das legislações do direito da concorrência, segundo o qual a lei nacional deve ser aplicada em face dos fatos que possuam relação com práticas limitadoras da concorrência perpetradas nos limites territoriais nacionais, bem como, relacionadas ao mercado de determinado país.

As legislações nacionais que utilizarem esse modelo de aplicação da legislação concorrencial usualmente prevêm a obrigatoriedade de comunicação às autoridades, de todos os acordos que envolvam duas ou mais empresas atuantes no comércio no âmbito dos seus territórios.

Com efeito, é necessário o reconhecimento da atividade comercial de uma empresa nacional, de forma permanente, nos limites territoriais de um Estado e submetidas ao seu direito. As legislações concorrenciais que optarem pela utilização desse modelo não podem ser aplicadas às atividades comerciais das empresas não realizadas dentro do seu próprio território, o que pode ser considerado uma falha na execução das legislações⁸⁹.

Esse modelo de aplicação da legislação concorrencial, com fundamento no princípio da territorialidade estrita pode ser identificado no ordenamento jurídico da Inglaterra - que

⁸⁷ No ponto, frise-se que a doutrinadora Valéria Guimarães de Lima e Silva apresenta uma classificação distinta, que abrange somente a União Europeia, conforme segue: (i) a teoria dos efeitos, (ii) a teoria da unidade econômica, e, (iii) a teoria da localização do comportamento anticoncorrencial. SILVA, 2010, p. 74-75. Em que pese a referida classificação nos seja cara, optamos por adotar aquela disposta na doutrina de Jaeger Junior, porquanto acompanha a doutrina majoritária, conforme citado pelo autor. JAEGER JUNIOR, 2008, p. 61.

⁸⁸ FORGIONI, 2013, p. 425-426.

⁸⁹ Conforme dispõe o doutrinador Augusto Jaeger Junior, *acordos que exclusivamente se relacionem com mercados exteriores escapam do âmbito da aplicação da legislação. Em função dessa característica, a doutrina chama atenção ao flanco que pode estar aberto para as empresas multinacionais. Essas, com suas práticas promovidas no exterior, podem gerar limitações à concorrência em outros mercados nacionais e não poderem ser submetidas às legislações, pois essas são de aplicação estritamente territorial. Isso representa, muitas vezes, um déficit de execução para as legislações.* JAEGER JUNIOR, 2008, p. 62.

tende a adequar a sua legislação à União Europeia⁹⁰ -, do Paquistão e da Índia⁹¹. Os países integrantes da *Commonwealth*, e optantes pela aplicação do princípio da territorialidade estrita, não sofrem sanções ou protestos, provenientes de outros Estados, porquanto agem em estrito cumprimento dos preceitos do Direito Internacional.

O *princípio da pseudo-territorialidade* representa um modelo intermediário no âmbito da aplicação das legislações de direito da concorrência, na tentativa de conciliar os benefícios da extensão do âmbito de aplicação de legislações, previsto pela teoria dos efeitos, e, ainda, a distância dos conflitos internacionais que é apresentada pelo modelo baseado na territorialidade estrita⁹².

Esse princípio encontra vinculação à teoria da unidade econômica da empresa, que foi desenvolvida no âmbito do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como uma alternativa mais branda à teoria dos efeitos. Conforme dispõe Silva,

A teoria da unidade economia tem fundamento na jurisdição territorial, considerando a unidade econômica e de ação multinacional para ampliar o alcance da jurisdição comunitária, de modo a submeter a empresa matriz localizada no exterior em decorrência do comportamento anticoncorrencial praticado por sua controlada dentro do ‘território’ comunitário. O nexo causal que induz à competência territorial é, portanto, o comportamento praticado no interior do mercado comunitário que estenda a jurisdição da Comunidade às empresas estrangeiras, quando a análise apontar para a existência de unidade comportamental entre estas e a empresa do mesmo grupo encontrada no interior da Comunidade⁹³.

Dessa forma, uma empresa que seja matriz econômica, ainda que localizada em território estrangeiro, em decorrência de comportamento limitador da concorrência praticado por uma de suas controladas, dentro do território da União Europeia, pode ser sancionada por tal fato, em razão de ser a possível idealizadora deste.

⁹⁰ FARIA, 1990, p. 40.

⁹¹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 62.

⁹² Nos termos de Augusto Jaeger Junior, esse modelo se mostra eficiente para aqueles países que não quiserem pagar o caro preço das opções extremadas. JAEGER JUNIOR, 2008, p. 63.

⁹³ SILVA, 2010, p. 75.

Este princípio encontra-se, ainda, vinculado à teoria da implementação do comportamento limitador da concorrência, criada para ultrapassar as limitações apresentadas pela teoria da unidade econômica⁹⁴. Nessa senda, a presente teoria, idealizada pela hoje União Europeia, possui o escopo de diferenciar os efeitos do comportamento, e o comportamento *per se*, de modo que o local da implementação do comportamento seja suficiente para a caracterização do elemento de conexão⁹⁵.

Esse modelo de aplicação da legislação concorrencial, com fundamento no princípio da territorialidade estrita pode ser identificado no ordenamento jurídico da União Europeia, que ampliou os seus limites extraterritoriais, alcançando empresas estrangeiras que não possuem qualquer controlada no território europeu⁹⁶, a partir do desenvolvimento das teorias da unidade econômica da empresa e da implementação do comportamento limitador da concorrência.

A *teoria dos efeitos*, por sua vez, consiste no terceiro modelo do âmbito de aplicação das legislações de defesa da concorrência, sendo resultante da construção jurisprudencial norte-americana⁹⁷, tendo por base uma interpretação mais abrangente do princípio da territorialidade. Ela foi aplicada pela primeira vez no já mencionado caso *United States v. Aluminium Corp. Of America* (Alcoa), em 1945, julgado nos Estados Unidos da América⁹⁸, entendimento que é constantemente reafirmado pela Suprema Corte do país⁹⁹.

⁹⁴ Segundo Valéria Guimarães de Lima e Silva, a teoria da unidade econômica possui duas sérias limitações, que restringem o seu alcance extraterritorial: (i) não estão submetidas a ela quaisquer empresas situadas no exterior que não possuam nenhuma subordinada dentro do seu território; (ii) estão fora de sua jurisdição, ainda quaisquer matrizes estrangeiras que tenham controladas localizadas dentro do território da União Europeia, que não tenham contribuído para a consecução do comportamento. SILVA, 2006, p. 75-76.

⁹⁵ Teoria defendida pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no caso Wood Pulp, em 1988, quando foi aplicado o direito da Comunidade Europeia a uma prática limitadora da concorrência com efeitos no Mercado Comum, mas que teve início no exterior. Caso Patê de Bois (Wood Pulp) (A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities). EuGH, Slg. 1988. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-89/85&language=en>>. Acesso em: 12 de maio de 2014; JAEGER JUNIOR, 2008, p. 64.

⁹⁶ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 64-65.

⁹⁷ SILVA, 2010, p. 74.

⁹⁸ Nesse caso, diversos produtores de alumínio de diversas nacionalidades haviam acertado um cartel de cotas na Suíça. Ocorre que a empresa norte-americana não participou diretamente do cartel, mas sim sua controlada de nacionalidade canadense. Sendo assim, ainda que a conduta relevante tenha se consumado integralmente em território estrangeiro, excluindo a aplicação do princípio da territorialidade, o Tribunal norte-americano entendeu pela aplicação da teria dos efeitos. Caso *United States v. Aluminium Corp. of America* (Alcoa), 148 F.2d. 416 (2nd Circ. 1976). Disponível em: <<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>>. Acesso em: 02 de março de 2014.

⁹⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 65.

Segundo essa teoria, o Estado possui jurisdição sobre todos os atos praticados no exterior, que produzam, ou possam produzir efeitos no território nacional, de modo que *os efeitos do ato danoso carregam consigo os seus autores*¹⁰⁰. Sendo assim, os atos, que, embora praticados fisicamente no exterior, tem seus agentes considerados como presentes no local onde são produzidos seus efeitos, pouco importando a sua nacionalidade ou o seu domicílio.

De efeito, as legislações embasadas nesse princípio devem proteger os mercados nacionais contra as práticas de atos ocorridas em território estrangeiro¹⁰¹, influenciando gravemente na soberania dos países, sob o prisma dos princípios do direito internacional¹⁰². Entretanto, com o supracitado fundamento, o princípio da teoria dos efeitos foi incorporado a diversas legislações, e ainda, é presente na prática de alguns Estados, que não possuem esse direito positivado¹⁰³.

Esse modelo de aplicação da legislação concorrencial com fundamento no princípio da teoria dos efeitos pode ser identificado nas legislações da Alemanha, que acabou por influenciar diversas legislações europeias, e, ainda, da Suíça¹⁰⁴. Salienta-se que a teoria teve ampla aceitação em muitos países da América Latina, como o Brasil e a Argentina¹⁰⁵. Ela pode ser encontrada, ainda, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e nos sistemas norte-americano e brasileiro, sendo o mais comum dos elementos de conexão¹⁰⁶.

Por fim, as limitações da teoria dos efeitos não podem ser olvidadas, tendo em vista que o alargamento da jurisdição para a aplicação do direito da concorrência afeta, *os interesses das empresas provocadoras dos efeitos e das instituições de defesa da concorrência dos Estados onde essas empresas tenham sede*¹⁰⁷. Ademais, é importante a

¹⁰⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial das leis nacionais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 66, 1983, p. 170.

¹⁰¹ Segundo José Carlos de Magalhães, as práticas podem consistir na “[...] interferência no comportamento de preços, na restrição de importações ou exportações, enfim, na economia americana e, mais do que isso, nos princípios que governam o sistema competitivo daquele país serve de fundamento para que, em defesa disso, seus tribunais submetem os seus responsáveis às leis locais”. MAGALHÃES, 1983, p. 171.

¹⁰² FARIA, 1990, p. 27.

¹⁰³ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 65.

¹⁰⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 65-66.

¹⁰⁵ BOTTA, 2005, p. 153-178.

¹⁰⁶ FORGIONI, 2013, p. 427.

¹⁰⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 66.

verificação da afetação da soberania dos Estados¹⁰⁸, sendo que a União Europeia, por essa razão, ainda resiste na sua previsão expressa.

Ainda que positivamente previsto em algumas legislações, como na legislação brasileira, o princípio da teoria dos efeitos é aplicado com parcimônia pelos tribunais nacionais e pelos órgãos administrativos encarregados da tutela das práticas anticoncorrenciais. Isso ocorre em razão da limitação de execução das leis, bem como, da tentativa de evitar conflitos entre os governos.

Por último, o *princípio da ponderação* encontra-se classificado como modelo de aplicação da legislação concorrencial, que surgiu como alternativa das autoridades e tribunais à aplicação da teoria dos efeitos, no intuito de *evitar a intromissão nas questões internas os seus Estados e também outros princípios do direito internacional reconhecidos pela sociedade internacional*¹⁰⁹.

Esse princípio encontra-se vinculado à doutrina da cortesia internacional – *comitas gentium* – de modo que considera os interesses relevantes dos Estados, aplicando o direito estrangeiro, ou não, pela amabilidade internacional ou pela necessidade de ordem prática¹¹⁰, resultado da tendência contrária à aplicação da teoria dos efeitos.

O reconhecimento desse princípio da ponderação encontrou ampla aceitação na jurisprudência norte-americana, como no caso *Timbarlane Lumber Co. v. Bank of America*, de 1976¹¹¹, em que o tribunal revisou elementos anteriormente tidos como irrelevantes.

¹⁰⁸ “Por isso que o exercício da competência extraterritorial a eventos ocorridos no exterior, amparados por leis locais, somente se justifica se princípio internacionalmente aceito for violado. Ou seja, se o Estado, com a aplicação de suas leis, persegue objetivo colimado pela comunidade internacional, sua competência pode estar justificada, pois está atuando como órgão descentralizado dessa mesma comunidade.” MAGALHÃES, 1984, p. 174.

¹⁰⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 66.

¹¹⁰ PEREIRA, Jose Edgard de Amorim. A doutrina holandesa do “Comitas Gentium”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, 1963, p. 82.

¹¹¹ Neste caso, a empresa norte-americana Timberlane, possuía como principal mercado a compra de madeira no exterior, para revenda nos EUA, e alegava que o Bank of America, por meio de diversas manobras, prejudicou a obtenção de madeira por parte da empresa em Honduras, requerendo, assim, sua condenação nos termos da lei norte-americana. No julgamento, o tribunal considerou incompleta a teoria dos efeitos, tendo em vista que não considerava os interesses das demais nações, adotando um modelo para determinar se um país deveria exercer sua jurisdição extraterritorialmente, que continha os seguintes requisitos (i) o ato deve gerar algum efeito no comércio do país, (ii) o ato deve causar violação evidente ao Sherman Act, e (iii) os interesses dos Estados Unidos devem ser suficientemente fortes diante dos interesses das demais nações, como forma de preservação do princípio da cortesia internacional. *Timbarlane Lumber Co. v. Bank of America*. 549 F. 2d 597 (1976).

O princípio da ponderação encontrou reforço, ainda, em 1982, com a edição *do Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, pelo Congresso dos Estados Unidos da América, que entende que somente poderá haver exercício extraterritorial da jurisdição em matéria do direito da concorrência, quando determinada conduta estrangeira tiver gerado efeito direto, significativo e razoavelmente previsível - *direct, substantial, and reasonably foreseeable effect* - no comércio dos Estados Unidos.

Em 1987, com a edição *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, foi determinado que os Estados Unidos da América possuem jurisdição sobre acordos concluídos no exterior, quando estes tiverem como objetivo principal interferir no comércio interno norte-americano e se gerarem algum efeito no mercado.

Ademais, o princípio da ponderação restou reconhecido nas *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* que foram editadas pelo Ministério da Justiça norte-americano e pela *Federal Trade Commission*, no ano de 1995¹¹².

No presente capítulo foram abordados os conceitos preliminares relativos à aplicação extraterritorial do direito, estudando-se questões relacionadas à jurisdição estatal e limites jurisdicionais dos Estados. Em um segundo momento, analisou-se a extensão da aplicação unilateral do direito à matéria da concorrência, apresentando-se sua evolução e os quatro principais modelos de âmbitos de aplicação das legislações de defesa da concorrência, que representam as bases da aplicação extraterritorial do direito da concorrência nos Estados Unidos da América, na União Europeia e no Mercosul.

Por fim, após ter sido realizado um levantamento sobre os fundamentos da aplicação extraterritorial do direito e a sua relação com o direito da concorrência, importante salientar a uma conclusão parcial do presente trabalho, alcançada com o desenvolvimento do primeiro capítulo.

Disponível em: <http://sitemaker.umich.edu/drwcasebook/files/timberlane_v_bank_of_america.pdf>. Acesso em: 2 de março de 2014.

¹¹² Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>. Acesso em: 2 de março de 2014.

Retomando o problema de pesquisa apresentado na introdução desta monografia, que consiste na investigação sobre a adequação da aplicação extraterritorial do direito da concorrência como medida de preservação da concorrência internacional, chega-se a uma resposta parcial de que existem diversas tentativas dos Estados na fundamentação de sua competência jurisdicional extraterritorial, mediante princípios e modelos de aplicação legislativa. Entretanto, esta se mostra uma medida extremamente controversa no plano internacional, encontrando limitações relacionadas à soberania dos Estados, à legitimidade de aplicação de normas e decisões e aos princípios do direito internacional.

Apresentados os fundamentos para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, bem como uma conclusão parcial do presente estudo, necessário se mostra a sua análise à luz dos ordenamentos jurídicos da União Europeia, dos Estados Unidos da América e do Brasil.

2. SISTEMAS DE APLICAÇÃO UNILATERAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A proliferação de legislações da concorrência e o crescimento vertiginoso de casos com inclinação multijurisdicional no direito antitruste fizeram com que o direito internacional da concorrência assumisse uma posição de destaque, garantindo que sejam coibidas as modalidades de mitigação da liberdade concorrencial, evitando a monopolização dos mercados e beneficiando a livre iniciativa, em favor da coletividade.

Ocorre que o direito da concorrência consiste num instrumento de cada Estado, como forma de consecução dos objetivos estatais, que se encontram vinculados às políticas públicas adotadas por cada um¹¹³, com o fito de repreender os abusos dos agentes econômicos pela manipulação das leis do mercado em detrimento de concorrentes e consumidores.

Nesse sentido, salienta Frederico do Valle Magalhães Marques que,

[...] cada vez mais, numa perspectiva internacional – regional e/ou global – e a adoção por diversos Estados, de uma legislação nacional sobre direito da concorrência, o que tem ocasionado inúmeros problemas para os atores internacionais, uma vez que passam a lidar com normas e procedimentos no âmbito do direito da concorrência diversos daqueles por ele conhecidos, ou mesmo terem que se submeter à decisões de alguns dos órgãos nacionais de concorrência que extrapolam os limites geográficos de determinado Estado¹¹⁴.

Sendo assim, a política de defesa da concorrência pode ser direcionada aos interesses nacionais ou regionais, mediante a qual poderão ser combatidas as práticas privadas que constem como restritivas do comércio, proporcionando segurança jurídica para que os agentes econômicos se desenvolvam, bem como, a sociedade possa se beneficiar da livre concorrência¹¹⁵.

¹¹³ SILVA, 2010, p. 31.

¹¹⁴ MARQUES, 2006, p. 204.

¹¹⁵ Muito interessante destacar o crescimento do interesse, dos países em desenvolvimento, de adotar legislações da concorrência, ao longo das décadas, conforme exposto na tabela nº 3, do anexo 1, da obra de Frederico do Vale Magalhães Marques. MARQUES, 2006, p. 413.

Essa política da concorrência, além das diferenças interpretativas e teleológicas dos sistemas de cada país ou região, quando da sua adoção, encontra dificuldades na determinação conceitual de suas bases teóricas, e, até mesmo, da própria natureza outorgada ao direito antitruste, e dos procedimentos válidos para coibir as práticas anticoncorrenciais.

Diante do exposto, ainda que as legislações de defesa da concorrência tenham sofrido a influência do sistema norte-americano, cada Estado ou região tende a criar as suas normas adaptando-as à sua realidade e de acordo com as suas necessidades e pretensões, que encontram variáveis de acordo com o desenvolvimento do comércio internacional¹¹⁶.

2.1. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência nos Estados Unidos da América

A base para o exercício da jurisdição extraterritorial do direito da concorrência consiste na teoria dos efeitos, que se desenvolveu no seio da jurisprudência dos Estados Unidos da América¹¹⁷. Não se pode olvidar que este país é o fundador da *moderna ideia em torno da legitimidade do processo de concorrência*, bem como da *necessidade de limitar a livre atuação dos agentes econômicos do mercado*¹¹⁸.

Com efeito, a legislação de defesa da concorrência, nos Estados Unidos da América, atuou, ao longo dos anos, como resposta aos monopólios que atravancavam a economia do país, com a formação de centros paralelos de poder aptos a influenciar na inflação ou na estagnação econômica¹¹⁹.

Esses fatores resultaram na promulgação de uma norma, em 1890, que possuía o fito de evitar o poder dos monopolistas e defender a livre-concorrência, denominado de *Sherman*

¹¹⁶ FORGIONI, 2013, p. 160-161.

¹¹⁷ OLIVEIRA E RODAS, 2013, p. 338.

¹¹⁸ CARVALHO, 2001, p. 95.

¹¹⁹ O doutrinador Calixto Salomão Filho elenca três fatores que influenciavam o desenvolvimento econômico e social norte-americano, a saber: (i) o fortalecimento do parque industrial, sobretudo na região nordeste do país, em consequência da Guerra Civil. Diante dos altos impostos, os industriais eram estimulados a concentrar as suas atividades, como uma fórmula eficiente para dar continuidade às suas atividades; (ii) o setor agrário, diante dos monopólios ferroviários, na construção das estradas de ferro, financiados direta ou indiretamente pelos agricultores, sentiu que tinha seus interesses prejudicados; e, (iii) a transformação sofrida pela economia dos Estados Unidos, a partir de 1865, que passou, de uma economia sustentada pela pequena empresa e pelos empresariado individual, para uma economia de concentração de capitais, com necessidade de investimentos fixos elevados, limitando o número de novas empresas no mercado. Salienta o doutrinador, que, ainda, que, em meados de 1866, a famosa companhia de telégrafos Western Union já havia adquirido a quase totalidade do controle do setor de telégrafos nos Estados Unidos da América. SALOMÃO FILHO, 2013, p. 19-35.

Act, que consiste na primeira legislação antitruste. Entretanto, antes da promulgação da supracitada lei o país já era pioneiro *na formulação e aplicação de princípios concorrenciais*¹²⁰.

A promulgação do *Sherman Act*, em 1890, decorreu da necessidade de defesa do princípio da livre concorrência, como forma de proteção do pequeno empresário, que, como visto, se encontrava prejudicado pelos grandes monopólios que afetavam a vida econômica dos Estados Unidos da América¹²¹. A referida legislação não consiste em uma reação ao liberalismo econômico, tendo em vista que tem o intuito de corrigir as distorções inerentes ao sistema liberal, como forma de coibir atos que mitiguem a livre concorrência¹²².

Impende frisar que a livre concorrência desde a promulgação da legislação era considerada valor essencial para a promoção do bem-estar na sociedade norte-americana, tendo em vista que causa a *dispersão do poder mercadológico entre os agentes econômicos*¹²³. Dessa forma, o *Sherman Act* declarou a ilegalidade de todos os contratos, combinações e conluíus, na forma de truste, ou de qualquer outra modalidade restritiva do comércio (artigo 1º)¹²⁴, bem como os monopólios, e as tentativas de monopolização do mercado (artigo 2º)¹²⁵.

Com efeito, em termos muito vagos¹²⁶, o artigo primeiro está voltado à proibição das práticas restritivas à concorrência que sejam engendradas por empresas, enquanto o artigo

¹²⁰ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 69; MAGALHÃES, José Carlos de. As leis da concorrência e a globalização: a competência extraterritorial do CADE. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 113, 1999, p. 20-44; e SILVA, 2010, p. 77-78.

¹²¹ JAEGER JUNIOR, 2008, p.70

¹²² FORGIONI, 2013, p. 423

¹²³ SILVA, 2010, p. 81.

¹²⁴ *Sherman Act*, Section 1: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding ten million dollars if a corporation, or, if any other person, three hundred and fifty thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

¹²⁵ *Sherman Act*, Section 2: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding ten million dollars if a corporation, or, if any other person, three hundred and fifty thousand dollars or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

¹²⁶ MAGALHÃES, 1990, p. 89.

segundo encontra-se forjado na finalidade de proteção ao abuso da posição dominante, estabelecendo, para ambos os atos, penas de multa e de prisão.

Criticado pela sua rigidez¹²⁷, o *Sherman Act* estava voltado à punição dos ilícitos em si, independente da análise de eventuais benefícios econômicos que poderiam decorrer da prática colusória como forma de exclusão da punibilidade. Por essa razão, nas primeiras duas décadas de vigência, ele teve pouca efetividade¹²⁸.

Soma-se a isso a tentativa, por parte das Cortes Federais norte-americanas, de interpretar o *Sherman Act* de acordo com a *common law* desenvolvida antes de sua criação, que era mais tolerante, bem como a extrema *vagueza* e *generalidade* dos termos nele contidos¹²⁹.

Em que pese as limitações à legislação, supramencionadas, nada impediu que o *Sherman Act* tivesse angariado aceitação, ao longo dos anos, de modo que serviu às finalidades a que era proposto. Ademais, as lacunas deixadas pelo legislador foram preenchidas, nos casos concretos, pelos juízes, que tiveram seus entendimentos modificados conforme o contexto político e econômico dos Estados Unidos da América¹³⁰.

A inflexibilidade do *Sherman Act*, que, por exemplo, impunha a ilegalidade de qualquer contrato fundado em atos restritivos ao comércio, recebeu diversas críticas, tanto no plano político, quanto no jurídico, de modo que ao longo dos anos foi modificada a forma interpretativa inicialmente estabelecida pelas Cortes norte-americanas, reduzindo a sua rigidez.

A interpretação, antes literal, foi substituída pela regra da razão, proclamada pela primeira vez no caso *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*¹³¹, que determinou que

¹²⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 70 e SILVA, 2010, p. 82.

¹²⁸ SILVA, 2010, p. 82.

¹²⁹ HOVENKAMP, Herbert. The Federal Trade Commission and the Sherman Act. **Florida Law Review**, Gainesville, v. 62, 2010, p. 1-23.

¹³⁰ SILVA, 2010, p. 83.

¹³¹ No caso, as companhias Standard Oil Trust e Standar Oil Company of New Jersey foram acusadas de monopolizar o comércio de petróleo e derivados nos Estados Unidos, por meio de inúmeras ações, como repartição de mercados, uso de concorrência desleal contra oleodutos e se controle. Como decisão, o Tribunal dissolveu a combinação, determinando a venda de ações da empresa. Caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>>. Acesso em: 03 de marco de 2014.

a legislação somente proibiria as condutas que representassem restrições não razoáveis ao comércio¹³².

Diante desse precedente, foi criada uma exceção judicial, e não prevista pelo legislador, aos contratos que não restringissem o comércio de maneira não razoável, conferindo aos tribunais a discricionariedade de determinar a licitude dos atos e possibilitando a tomada de decisões com base em distintos entendimentos políticos e econômicos.

Nesse cenário, em 1914, foi promulgado o *Clayton Act*, voltado à repressão dos preços discriminatórios, às vendas casadas e outras práticas, tendo como fito a introdução de importantes conceitos e o aumento das punições já previstas no *Sherman Act*¹³³. Inovando, a nova legislação trouxe a previsão de que as práticas por ela elencadas somente deveriam ser consideradas ilegais nos casos em que seus efeitos fossem a redução da concorrência de forma substancial, ou tendesse a criar um monopólio no mercado¹³⁴.

Com efeito, após a promulgação da nova legislação, a avaliação da ilegalidade dos atos passou a ser realizada casuisticamente¹³⁵, possibilitando uma flexibilização do conjunto legal e, ainda, aumentando a incerteza jurídica diante da possibilidade de interpretação da lei.

No mesmo ano, foi promulgado o *Federal Trade Commission Act*, por meio do qual foi criado o instituto da Comissão Federal do Comércio, no intuito de identificar e condenar métodos para a persecução da concorrência desleal¹³⁶. Essa comissão possui autoridade, ainda, para reforçar a aplicação do *Clayton Act*, por meio de provisões proibitórias de condutas e acordos anticompetitivos, preços predatórios e fusões.

Ocorre que a Comissão Federal do Comércio, em seu estatuto, não possui autoridade explícita para reforçar o *Sherman Act*, considerada a legislação norte-americana mais

¹³² SILVA, 2010, p. 83-84.

¹³³ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 425-426.

¹³⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 71.

¹³⁵ SILVA, 2010, p. 85.

¹³⁶ Segundo Hovenkamp, *The Federal Trade Commission was created in 1914 with the authority to identify and condemn '[u]nfair methods of competition.'* *The FTC, originally referred to as an 'interstate trade commission, 'was part of President Woodrow Wilson's progressive campaign promise against big business, and much of its support came from, frankly, anti-big-business interest groups.* HOVENKAMP, 2010, p. 10.

importante na defesa do direito da concorrência¹³⁷. Entretanto, este é o órgão investido de poderes para impedir a prática de atos que mitiguem o direito da concorrência, como a expedição de ordens para a cessação de condutas e, ainda, a investigação de indivíduos e empresas que afetem o comércio.

Em que pese a tentativa de criação de novos instrumentos legislativos com a finalidade de coibir as práticas que violem o direito da concorrência, não houve, ao longo dos anos, um aumento proporcional na repressão das condutas¹³⁸. O período de 1915 a 1928 foi marcado pelo declínio da política de concorrência, em virtude da 1ª Guerra Mundial, sendo que, apenas com a Grande Depressão, iniciada pela Quebra da Bolsa de Nova York, houve uma mudança nesse panorama.

Somente em meados de 1929, mediante a condução direta do governo norte-americano da recuperação econômica do país, pelo combate dos oligopólios, e, após, a partir de 1930, com as atenções voltadas às concentrações industriais, houve uma mudança nesse panorama. Sendo assim no período do *New Deal* foram reforçadas as disposições do *Clayton Act*, fazendo com que o direito da concorrência, antes esquecido, voltasse a atuar como promotor do equilíbrio das relações entre os competidores.

Diante das legislações da concorrência supracitadas, resta claro que os Estados Unidos da América não tiveram problemas na ampliação dos limites de sua jurisdição para territórios alienígenas. Sendo assim, conforme visto, este foi o Estado a aplicar, pela primeira vez, as suas leis nacionais de forma extraterritorial¹³⁹. A aplicação extraterritorial do direito da concorrência, nesse âmbito, restou embasada na Teoria dos Efeitos, ou princípio dos efeitos (*effects doctrine*), na qual fica determinada a incidência da legislação do Estado em que se verificarem as consequências de uma prática restritiva¹⁴⁰.

¹³⁷ Sobre o tema, importante citar o disposto no Relatório da Conferência da Comissão Federal do Comércio norte-americana, no que tange à definição de condutas que violem do direito da concorrência, a saber: *It is impossible to frame definitions which embrace all unfair practices. There is no limit to human inventiveness in this field. . . . It is also practically impossible to define unfair practices so that the definition will fit business of every sort in every part of this country. Whether competition is unfair or not generally depends upon the surrounding circumstances of the particular case. What is harmful under certain circumstances may be beneficial under different circumstances.* H.R. REP. NO. 63-1142, at 19 (1914) (Conf. Rep.).

¹³⁸ SILVA, 2010, p. 86

¹³⁹ CARVALHO, 2001, p. 97-98 e JAEGER JUNIOR, 2008, p. 71.

¹⁴⁰ FORGIONI, 2013, p. 427.

Salienta-se que, ainda que a doutrina norte-americana tenha sido construída sobre a aplicação extraterritorial das leis, o *Sherman Act* em seu texto original não previa a existência de um critério que autorizasse a jurisdição extraterritorial em direito da concorrência¹⁴¹, modificação que restou implementada posteriormente pelo *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, em 1982. Conforme analisado, por muitos anos essa construção foi inteiramente jurisprudencial.

Por essa razão, inicialmente, os tribunais fundamentavam as suas decisões no princípio da territorialidade estrita, tendo em vista o isolamento geográfico que lhes era característico¹⁴². Foi nesse sentido o julgamento do caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, que demonstrou a rejeição à aplicação do direito norte-americano, dos efeitos extraterritoriais das condutas anticompetitivas, de modo a respeitar a territorialidade jurisdicional¹⁴³ ou a regra do *lex loci delicti commissi*¹⁴⁴.

A mesma Corte, em 1927, julgou o caso *United States v. Sisal Sales Corporation et al.*¹⁴⁵, que realizou uma análise mais profunda ao interpretar a definição do local do delito. Na espécie, discutia-se o monopólio da comercialização do sisal por firmas de nacionalidade norte-americana com sede no México. Ocorre que o tribunal dos Estados Unidos da América identificou que os negociadores da fibra, de nacionalidade norte-americana, invocaram o princípio na territorialidade tradicional, com o fito de encontrar abrigo na legislação mexicana.

O supracitado julgamento *preparou o caminho* para a aceitação da extraterritorialidade¹⁴⁶ como fundamento da aplicação do direito da concorrência, por parte das cortes norte-americanas. Nos termos de Leonardo Arquimimo de Carvalho,

Na medida do tempo, os tribunais foram alterando suas interpretações sobre situações que afetavam seu comércio interno, diante de posturas adotadas fora de atuação jurisdicional. A construção de argumentos teóricos diversos

¹⁴¹ FORGIONI, 2013, p. 428.

¹⁴² MAGALHÃES, 1990, p. 90.

¹⁴³ OLIVEIRA E RODAS, 2013, p. 338.

¹⁴⁴ Caso *American Banana Co. v. United Fruit Com.*, 213 U.S. 347 (2nd Cir. 1909). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/347/case.html>>. Acesso em: -3 de março de 2014.

¹⁴⁵ Caso *United States v. Sisal Sales Corporation*, 274 U.S. 268 (Supreme Court 1927). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/268>>. Acesso em: 03 de março de 2013.

¹⁴⁶ OLIVEIRA E RODAS, 2013, p. 339.

manifestava em cada período histórico um entendimento dos tribunais em relação à ingerência na esfera jurisdicional alheia¹⁴⁷.

Diante do exposto, com a evolução da jurisprudência nos Estados Unidos da América, o princípio da territorialidade passou a deixar de ser um argumento plausível para os seus tribunais, como forma de se escusar da aplicação das leis¹⁴⁸.

Em decorrência dessa construção, em 1945, a Corte do Segundo Circuito norte-americana julgou o caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*¹⁴⁹ com base na teoria dos efeitos, rompendo com o princípio da territorialidade estrita, antes definitivo para a apreciação dos casos relacionados ao direito da concorrência. Na espécie, foi apreciada a divisão do mercado mundial, levada a efeito por um grupo produtor de lingotes de alumínio, que possuía sede fora dos Estados Unidos da América.

Nesse âmbito, o juiz relator do processo determinou que qualquer Estado pode impor penalidades, ainda que para pessoas que se encontrem fora de seu território ou em razão de condutas praticadas no exterior, nos casos em que o ato dê origem a consequências dentro dos limites de seu território¹⁵⁰.

Com efeito, assente-se que a teoria dos efeitos consiste em uma ficção jurídica, criada pelo próprio Estado, na qual este passa a tutelar fatos ocorridos fora de seu território, submetendo-os a sua própria apreciação jurisdicional, tendo em vista os efeitos danosos produzidos em seu território¹⁵¹.

Nos períodos subsequentes ao caso *Alcoa*, em razão da adoção pelas decisões que o sucederam, quaisquer possíveis indivíduos ou empresas que tivessem o interesse de atuar no mercado norte-americano, deveriam avaliar as consequências de suas atividades, não somente nos locais de desenvolvimento desta, mas, ainda, onde essas atividades poderiam causar impactos, como uma forma de interpretação extensiva da jurisdição do país¹⁵².

¹⁴⁷ CARVALHO, 2001, p. 99.

¹⁴⁸ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 72-73.

¹⁴⁹ Caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, 148 F.2d. 416 (2nd Circ. 1976). Disponível em: <<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

¹⁵⁰ OLIVEIRA E RODAS, 2013, p. 339.

¹⁵¹ CARVALHO, 2001, p. 104.

¹⁵² JAEGER JUNIOR, 2008, p. 73 e CARVALHO, 2001, p. 105.

Os Estados Unidos da América passaram a influenciar nas legislações de outros países, que eram legitimados para exercer essa jurisdição, com base no princípio da territorialidade¹⁵³, e, conseqüentemente, estes tiveram sua jurisdição afetada sem poder influenciar.

A doutrina da teoria dos efeitos encontrou grande aceitação dentro dos Estados Unidos da América, tendo, entretanto, sofrido desaprovação por parte dos países estrangeiros que tiveram a sua soberania afetada¹⁵⁴. Essa construção deu origem, ainda, a diversas legislações que incorporaram a teoria dos efeitos, na mesma medida em que estimulou a criação de leis de bloqueio, dificultando a efetivação das legislações.

No que tange à evolução do direito da concorrência aplicado com base na teoria dos efeitos, é importante mencionar que direito da concorrência, aplicado sob a ótica da teoria dos efeitos sofreu uma intensa reação internacional, em virtude de potenciais embates diplomáticos e violações ao princípio da soberania estatal, trazendo a lume, ainda, a fragilidade das legislações nacionais no controle das condutas anticompetitivas¹⁵⁵.

Com vistas nas reações internacionais à teoria dos efeitos, os Estados Unidos da América conceberam diversas formas de redução unilateral dos conflitos, a saber, a doutrina da cortesia, o *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, de 1982, e, o *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*¹⁵⁶.

A primeira dessas medidas foi a adoção, por parte dos Estados Unidos da América, da *doutrina da cortesia*, que possui a finalidade de equilibrar os interesses estrangeiros envolvidos no caso concreto, com o ato ilícito *per se*, para que o tribunal tenha a discricionariedade de optar pela aplicação extraterritorial do direito da concorrência.

Essas considerações encontram severas dificuldades, se colocadas sob o prisma da supremacia de interesses norte-americanos sobre os das outras nações¹⁵⁷. Fundamental

¹⁵³ SILVA, 2010, p. 171.

¹⁵⁴ ALFORD, 1992, P. 9.

¹⁵⁵ CARVALHO, 2001, p. 99.

¹⁵⁶ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 77.

¹⁵⁷ SILVA, 2010, p. 141.

mencionar, ainda, a multiplicidade de interpretações que foram conferidas a essa doutrina, bem como o fato de ela precisar ser acompanhada de análises políticas, diplomáticas e de ordem econômica.

A doutrina da cortesia, e a sua aplicação pelos Estados Unidos, pode ser melhor compreendida diante do caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*¹⁵⁸, de 1976, que foi a primeira jurisprudência que tomou por consideração os relevantes interesses estrangeiros, estendendo os requisitos para a aplicação extraterritorial do direito.

Se realizado um exame preliminar, os tribunais norte-americanos não possuíam competência para julgar e decidir o caso, contudo, à época, o juiz relator do processo entendeu que o assunto era relacionado à extraterritorialidade¹⁵⁹. Sendo assim, no intuito de superar os conflitos decorrentes da teoria dos efeitos, conciliando a prática já estabelecida pela jurisprudência com o caso concreto, foi criada a doutrina da *tripartite jurisdictional rule of reason test*¹⁶⁰, que seria utilizada para afastar a competência dos tribunais dos Estados Unidos da América quando houvesse um embate potencialmente extraterritorial¹⁶¹.

Diante dessa inovação jurisprudencial, o caso, num primeiro momento, teve intensa repercussão nas decisões subsequentes¹⁶², fazendo, entretanto, com que os tribunais tivessem dificuldade na análise dos complexos interesses envolvidos. Ademais, estes não entraram em um consenso quanto à utilização da doutrina da cortesia, tendo como exemplo o caso *Laker Airways Ltd v. Sabena Belgian World Airways*, de 1984¹⁶³.

¹⁵⁸ Caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 579 (5th Cir. 1976). Disponível em: < <https://www.casetext.com/case/timberlane-lumber-co-v-bank-of-america#UxXZLNxbTwI>>. Acesso em: 04 de março de 2014.

¹⁵⁹ CARVALHO, 2001, p. 106.

¹⁶⁰ As três perguntas, que formaram o teste tripartite da *jurisdictional rule of reason*, foram: (i) se a alegada restrição afetara ou tinha a intenção de afetar o comércio exterior dos Estados Unidos; (ii) se tal afetação era de tal magnitude que poderia ser conhecida como violação do *Sherman Act*; e, por fim, tratando-se de assunto de cunho jurisdicional, se a jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos deveria ser afirmada sobre tal situação. CARVALHO, 2001, p. 106 - 107.

¹⁶¹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 78.

¹⁶² CARVALHO, 2001, p. 108.

¹⁶³ No caso, o D. C. Circuit rejeitou a utilização das regras de equilíbrio no caso *Laker Airways*, por considerar que os tribunais norte-americanos não possuíam capacidade de determinar quais os interesses nacionais vitais dos EUA ou de outras nações deveriam prevalecer. Caso *Laker Airways Ltd v. Sabena Belgian World Airways*, 731 F.2d 909 (DC Cir. 1984). Disponível em: < <http://www.uniset.ca/other/cs4/731F2d909.html>>. Acesso em: 04 de março de 2014.

Em face dos aspectos mencionados, a utilização da doutrina da cortesia foi enfraquecida com o tempo, tendo em vista o seu significado *maleável* e *dúbio*, que restou nela imprimido pelas cortes dos Estados Unidos da América ao longo do tempo¹⁶⁴, provocando o surgimento de novas formas de coibição dos atos multijurisdicionais que violassem a concorrência, para que fossem minimizadas a posição unilateral ou o imperialismo legal do país¹⁶⁵.

A segunda medida unilateral norte-americana, para redução dos conflitos resultantes da teoria dos efeitos foi a promulgação, pelo Congresso Nacional, em 1982, do *Foreign Trade Antitrust Improvement Act - FTAIA*. Foi introduzido, mediante essa lei, o artigo 6 (a) no *Sherman Act*, que determinou que ele não possui jurisdição sobre as práticas que envolvam o comércio com países estrangeiros, exceto nos casos em que estas tenha efeitos diretos, substanciais e razoavelmente possíveis no mercado doméstico, ou, no caso das importações e exportações, caso o negócio tenha sido contratado pelos Estados Unidos da América¹⁶⁶.

Ocorre que esta lei foi interpretada de maneira inversa, expandindo a jurisdição norte-americana, em matéria da concorrência, às exportações que produzissem efeitos no comércio do país e exonerando a aplicação das leis domésticas, quando da ocorrência de atos estrangeiros que não tivessem efeito nos Estados Unidos da América, mediante a realização do chamado *FTAIA test*, para a identificação da jurisdição.

Essa legislação modificou de forma significativa a teoria dos efeitos, que se apresentava de uma maneira mitigada¹⁶⁷, de modo que o teste sugerido pelo ato não poderia

¹⁶⁴ SILVA, 2010, p. 141 – 146.

¹⁶⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 79.

¹⁶⁶ Segundo o texto literal do FTAIA: *Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless— (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect— (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section. If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States". Foreign Trade Antitrust Improvement Act. 15 U.S. Code § 6a - Conduct involving trade or commerce with foreign nations. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/6a>>. Acesso em: 4 de março de 2014.*

¹⁶⁷ SILVA, 2010, p. 169.

ser aplicado, por exemplo, para coibir ações de cartéis de exportações formados em territórios estrangeiros, que possuam o objetivo de atuar no comércio dos Estados Unidos da América¹⁶⁸.

Com o passar dos anos, a mutação da teoria dos efeitos não se mostrou muito eficiente¹⁶⁹. No período compreendido entre 2001 e 2003, o *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* foi interpretado tanto restritivamente, quanto extensivamente pelos tribunais dos Estados Unidos¹⁷⁰, gerando, mais uma vez, inseguranças quanto a sua aplicação¹⁷¹. Ademais, o teste sugerido sofreu severas críticas, por não considerar os interesses da comunidade internacional¹⁷².

Tendo em vista as dificuldades sofridas pelas medidas anteriores, tanto advindas do poder judiciário, quando do poder legislativo, houve uma nova medida, ora apresentada pelo poder executivo norte-americano, em 1995, que consistiu na *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*¹⁷³.

Esse documento, editado pelo *U.S. Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission*, traz, na sua constituição, a lista de diversos conjuntos normativos e os diversos momentos em que a legislação norte-americana enfrentou problemas de aplicação extraterritorial do direito antitruste.

Dando sequência às diretrizes emitidas pelos mesmos órgãos, em 1977 e 1988, que determinavam que o governo respeitasse o princípio da cortesia, e, ainda, que o Departamento de Justiça verificasse a existência de políticas e interesses relevantes estrangeiros¹⁷⁴ diante de uma prática limitadora da concorrência, o novo documento buscava assegurar a participação das empresas norte-americanas no mercado internacional, bem como determinava a aplicação extraterritorial das leis do país.

¹⁶⁸ CARVALHO, 2001, p. 113.

¹⁶⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 80.

¹⁷⁰ Casos *Den Norske Stats Oljeskap AS v. Heeremac vof*, 241 F.3d 420 (5th Cir. 2001), *Kruman v. Christie's International Plc*, 284 F.3d 384 (2d Cir. 2002) e *Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004); JAEGER JUNIOR, 2008, p. 80.

¹⁷¹ SILVA, 2010, p. 169.

¹⁷² CARVALHO, 2001, p. 115.

¹⁷³ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST ENFORCEMENT GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS. April 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>. Acesso em: 4 de março de 2014.

¹⁷⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 81.

Essas novas diretrizes foram criticadas, tendo, ainda, sido contestadas por outros governos¹⁷⁵. Ademais, o diploma instituiu a primazia da teoria dos efeitos, em detrimento dos princípios do direito internacional, causando conflitos nas relações comerciais e diplomáticas¹⁷⁶.

A política adotada pelo governo norte-americano a partir das diretrizes dispostas em 1995, reforçando veementemente a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, teve aceitação na jurisprudência. Importante citar o caso *United States v. Nippon Paper Industries Co.*¹⁷⁷, de 1997, no qual o governo optou por processar uma empresa criminalmente em razão de uma prática anticoncorrencial, demonstrando o seu desejo de expandir o exercício de sua jurisdição extraterritorial à matéria penal.

A decisão foi criticada pela doutrina, tendo em vista que representou uma extrapolação, pelos tribunais norte-americanos, de mais um limite jurisdicional internacionalmente estabelecido¹⁷⁸, pois não possui fundamento na cortesia e, tampouco, nos princípios de direito internacional.

Os Estados Unidos da América, no decorrer de sua história, se apresentaram incapazes de equilibrar os seus direitos com os de outras nações, e de aplicar as suas leis respeitando o direito internacional. Segundo Valéria Guimarães de Lima e Silva,

O unilateralismo agressivo adotado pelo país não condiz com a atual ordem internacional, na qual a interdependência econômica entre os Estados os compele a preservarem ao máximo as boas relações entre si, uma vez que suas possibilidades de desenvolvimento mútuo dependem de sua capacidade de somar os interesses internos aos externos de todas as partes envolvidas e não mais comportam atitudes isolacionistas sem que estas revertam em seu próprio prejuízo¹⁷⁹.

¹⁷⁵ O Japão, para quem supostamente o documento era direcionado, criticou severamente o *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*.

¹⁷⁶ SILVA, 2006, p. 175.

¹⁷⁷ Caso *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997). Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f0900/0953.htm>>. Acesso em 3 de março de 2014.

¹⁷⁸ Segundo Valéria Guimarães de Lima e Silva, essa decisão representa a [...] a extrapolação, pelos tribunais norte-americanos, de mais um limite jurisdicional internacionalmente estabelecido sem qualquer preocupação com o respeito aos princípios jurisdicionais gerais e às leis dos outros Estados, tendo sido amplamente criticada pelos países e pela doutrina. SILVA, 2010, p. 180.

¹⁷⁹ SILVA, 2010, p. 182.

Ainda que exista a necessidade de estabelecimento de um controle sobre as práticas das empresas e dos indivíduos, lacuna que persiste no Direito Internacional, a inexistência de bloqueios diretos à aplicação extraterritorial das leis de concorrência e o fracasso das tentativas de aprimoramento de regras multilaterais favorecem a continuidade da prática pelos Estados Unidos da América¹⁸⁰.

Ademais, no decurso da recente história dos países, outros Estados e blocos econômicos optaram por adotar a aplicação extraterritorial das normas de direito da concorrência em suas legislações, com base na teoria dos efeitos, como será visto a seguir.

2.2. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência na União Europeia

O direito comunitário da concorrência, embora surgido no bojo da legislação norte-americana, não possuindo, portanto, longa tradição¹⁸¹, adquiriu ao longo de seu desenvolvimento características próprias. Dentre elas, é importante citar o caráter instrumental do direito da concorrência europeu, a inexistência de ações penais privadas e, ainda, a instauração do contencioso na esfera administrativa¹⁸².

Os países europeus, formadores da União Europeia, ao contrário dos Estados Unidos da América não possuíam legislações concorrenciais próprias até o princípio do século XX, corroborando com a tese de ausência de tradição. Sendo assim, até o ano de 1927, somente em dois desses países havia legislações concorrenciais, a saber, a Alemanha (1923) e a Noruega (1927)¹⁸³. Os demais países condenavam a prática de atos anticoncorrenciais mediante institutos tradicionais do direito.

No ano de 1957, juntamente com a criação da Comunidade Europeia, pelo Tratado de Roma, foram estabelecidos os artigos 81 a 89 do TCE, atuais artigos 101 a 109 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, que constituem, ainda hoje, as regras primordiais do direito concorrencial comunitário. Com a proposição dessas normas, desde o princípio do

¹⁸⁰ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 86.

¹⁸¹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 86.

¹⁸² SILVA, 2010, p. 183.

¹⁸³ SILVA, 2010, p. 184.

processo de integração europeu os legisladores deixaram claro o papel de destaque que o direito da concorrência ocupa¹⁸⁴.

Os fundamentos do direito comunitário da concorrência são encontrados no pensamento ordoliberal da Escola de Freiburg, surgida na década de 1930, na Alemanha, sendo, atualmente, a mais importante corrente doutrinária a se opor ao liberalismo extremo da Escola de Chicago. Segundo seus defensores, a garantia da competição no mercado é fundamental para o funcionamento eficiente da economia¹⁸⁵.

O pensamento ordoliberal fez como que o direito comunitário da concorrência não se alinhasse à sistemática norte-americana do *Sherman Act*, tendo em vista que a União Europeia optou se filiar à teoria do abuso¹⁸⁶. Ademais, os objetivos da política industrial, na aplicação do direito da concorrência, possuem fundamento expresso na redistribuição dos benefícios aos consumidores e na realização dos objetivos dessa própria política¹⁸⁷.

A primeira fase de desenvolvimento do direito comunitário da concorrência é relativa ao período compreendido entre a promulgação da primeira legislação concorrencial comunitária – Tratado de Roma, em 1957 – até a promulgação, pela Comissão Europeia, do Regulamento 67/67, que trata das isenções em grupo para acordos de distribuição exclusiva.

Este período pode ser definido como um estágio de maturação, exclusivo para a elaboração de regulamentos que viabilizassem a aplicação futura das regras de concorrência na esfera comunitária. Foi, sobretudo, a fase das primeiras decisões da Comissão e do Tribunal de Justiça que estabeleceram fundamentos até hoje aplicados para a eliminação das barreiras interestaduais no então mercado comum.

¹⁸⁴ Sobre o tema, ver JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, p. 237-299. Na obra, o autor apresenta a liberdade de concorrência como uma quinta liberdade fundamental do Mercado Comum Europeu, juntamente às liberdades de circulação de produtos e mercadorias, de serviços, de pessoas e trabalhadores e de capital; JAEGER JUNIOR, 2008, p. 87.

¹⁸⁵ Para pensamento ordoliberal, o excesso de iniciativa pública poderia destruir a liberdade econômica tanto quanto o excesso de poder econômico privado, de modo que necessárias as medidas preventivas de eventuais abusos e o controle das concentrações. SALOMÃO FILHO, 2013, p. 42-44; Sobre o desenvolvimento do pensamento norte-americano e alemão na análise econômica do direito, ver GRECHENIG, Kristofeffel e GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. *In*: SALAMA, Bruno Meyehof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325-394.

¹⁸⁶ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 88.

¹⁸⁷ SILVA, 2010, p. 193.

O Tratado de Roma estabelecia, em seu preâmbulo, a necessidade de observância da lealdade concorrencial para a eliminação de obstáculos ao comércio no mercado comum. No mesmo sentido, previa, em seus artigos 2º e 3º, a promoção de um alto grau de competitividade como uma das finalidades da Comunidade e estabelecia a necessidade de um regime que resguardasse o espaço comunitário contra a distorção da concorrência, com a finalidade de consolidação do mercado comum¹⁸⁸.

O processo de evolução das regras de concorrência possui papel fundamental na modificação das estruturas de mercado, como forma de amparar a evolução da integração europeia, contribuindo, ainda, para o aumento no nível de empregos, à inserção das pequenas empresas no processo competitivo, à proteção dos consumidores, ao equilíbrio ao comércio entre os Estados-Membros e à integração do mercado comunitário¹⁸⁹.

Sendo assim, insta afirmar que a importância do direito concorrencial para a consecução dos objetivos da União Europeia e para a consolidação do processo de integração denota o caráter instrumental da concorrência, reconhecendo o seu papel, diante de um objetivo maior.

Os artigos 101 a 106 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) contêm as normas do direito da concorrência aplicáveis às empresas, que correspondem aos antigos artigos 81 a 86 do TCE como forma de estabelecimento de uma política concorrencial.

É importante destacar que os artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia possuem grande relevância no estudo das normas direcionadas às empresas, porquanto apresentam parâmetros substantivos e jurisdicionais de incidência da lei, em que pese o legislador comunitário tenha optado por não esclarecer os conceitos adotados. Sendo assim, a tarefa de determinação e delimitação de conceitos recai sobre as diretivas e a jurisprudência.

¹⁸⁸ GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

¹⁸⁹ NUSDEO, 2002, p. 97-107.

O artigo 101 do TFUE disciplina a proibição dos cartéis no âmbito da União Europeia, proibindo acordos anticoncorrenciais, ou seja, todos os acordos que restrinjam a concorrência, independentemente da intenção das partes¹⁹⁰.

Primeiramente, o artigo 101 do TFUE, proíbe acordos anticoncorrenciais entre empresas, como, por exemplo, cartéis ou acordos de repartição do mercado. Esses processos relativos aos cartéis são iniciados após a apresentação de um pedido por uma empresa, que reconhece a sua atuação predatória e pretende obter imunidade em matéria de multas pecuniárias ou a redução do seu montante, aderindo à política de clemência.

O artigo 101.1, nesse âmbito, delimita as condutas que são incompatíveis com o mercado interno, e proíbe todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, e que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

O artigo 101.2 do TFUE, determina, expressamente, que são nulos os acordos ou decisões proibidos pelo 101.1 do TFUE.

O artigo 101.3, por sua vez, dispõe que as disposições previstas no número 1 do artigo podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis (i) a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, (ii) a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e (iii) a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso

¹⁹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Compreender as políticas da União Europeia: CONCORRÊNCIA. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: < http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/competition_pt.pdf>. Acessado em 09 de março de 2014.

técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

As regras do direito comunitário da concorrência aplicáveis aos acordos anticoncorrenciais encontram previsão em diversos regulamentos, que possuem como objetos comportamentos específicos de alguns setores do comércio¹⁹¹. Tais regulamentos definem, ainda, quais os poderes da Comissão Europeia para investigar e realizar inspeções nas empresas, em busca de provas.

Por sua vez o artigo 102 do TFUE contém a disciplina legal para os casos de abuso da posição, proibindo as empresas que detêm uma posição dominante num mercado de terem um comportamento abusivo, como, por exemplo, a venda casada, que obriga os consumidores a adquirirem em pacote de produtos que poderiam ser vendidos separadamente, ou, concluindo acordos de exclusividade para eliminar os concorrentes do mercado.

Diante disso, nos termos exatos do artigo 102 do TFUE, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

¹⁹¹ Por exemplo, o Regulamento CE 139/2004 (para o controle de propostas de fusões, de aquisições e de *joint-ventures*, quando envolverem empresas que têm um certo volume de negócios na UE/EEE).

Na Comissão Europeia, a principal responsável pela aplicação das regras de direito da concorrência é a Direção Geral da Concorrência – DG Concorrência, que possui competências específicas e perfeitamente delimitadas, conforme exposto:

[...] só pode intervir se tiver provas do não respeito das regras da concorrência e as suas decisões podem ser objecto de de recurso junto do Tribunal de Justiça da União Europeia. A DG Concorrência difere da maior parte dos outros serviços da Comissão na medida em que a maior parte do seu trabalho não consiste em propor legislação mas em tratar de casos em que há suspeita de violação das regras da concorrência por parte de empresas ou de Estados-membros¹⁹².

As regras processuais aplicáveis às empresas, regulamentadas pelo direito comunitário derivado, são fundamentais para a aplicação das regras materiais contidas nos artigos 101 e 102 do TFUE. Elas se encontram disciplinadas no artigo 103 do mesmo tratado.

Nos termos do artigo 103, os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101 e 102 serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu, seguindo que os regulamentos e as diretivas têm por finalidade, designadamente: a) Garantir o respeito das proibições referidas no n° 1 do artigo 101 e no artigo 102, pela cominação de multas e adstrições; b) Determinar as modalidades de aplicação do n° 3 do artigo 101, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controle administrativo; c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 101 e 102, relativamente aos diversos setores econômicos; d) Definir as funções respetivas da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia; e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da seção do TFUE sobre o direito da concorrência.

No âmbito da reforma do sistema concorrencial comunitário, o Regulamento n° 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101° e 102° do TFUE, substituiu o Regulamento n° 17/62.

¹⁹² COMISSÃO EUROPEIA. Compreender as políticas da União Europeia: CONCORRÊNCIA. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: < http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/competition_pt.pdf>. Acessado em 09 de marco de 2014.

O Regulamento nº 17/62 foi o primeiro regulamento de execução do direito da concorrência da União Europeia¹⁹³. Ele instituiu um sistema de controle centralizado, que determinava que os acordos que poderiam restringir ou afetar o comércio entre os Estados-membros da União Europeia, para se beneficiarem de uma isenção, deveriam ser notificados à Comissão. Diante da notificação, a Comissão aplicava suas decisões caso a caso, determinando isenções por categorias, emitindo certificados negativos e emitindo *comfort letters*¹⁹⁴.

Ocorre que esse sistema centralizado de notificações, com o tempo, passou a apresentar severas limitações, que culminaram na emissão do Regulamento 1/2003, que revogou o artigo na matéria de execução das regras de concorrência dos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. A nova norma procurou assegurar a aplicação mais efetiva das normas comunitárias do direito da concorrência, resultando na diminuição das burocracias aplicáveis às empresas¹⁹⁵.

O novo regulamento, ao suprimir o sistema centralizado de notificação e autorização de acordos relativos à concorrência, permitiu que a isenção fosse diretamente invocada aos tribunais e autoridades nacionais de concorrência, fazendo com que, além da Comissão, os Estados-Membros pudessem tomar para si a análise sobre a legalidade de determinado acordo, decisão ou prática anticoncorrencial que produzisse efeitos negativos no mercado comunitário.

O Regulamento 1/2003, além de impor a aplicabilidade direta a mais regras do direito da concorrência, determinou um maior comprometimento dos países da União Europeia com o tema, visando à descentralização. Segundo o doutrinador Augusto Jaeger Junior:

Os princípios e pilares do atual sistema são descentralização, aplicabilidade direta, cooperação, maior poder de investigação

¹⁹³ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 90.

¹⁹⁴ Nesse âmbito, nos casos em que as práticas das empresas era incompatíveis, mas tinha aspectos positivos e preenchia as condições legais do artigo 81.3 do TCE, atual artigo 103.3 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, a Comissão dispunha de decisões singulares; de regulamentos de isenção por categorias; de certificados negativos, quando o acordo não apresentasse nenhuma infração e fosse compatível com o Tratado; e, de *comfort letters*, que representam uma espécie de alvará que a prática contábil da empresa é sólida, utilizado na maioria das vezes.

¹⁹⁵ SILVA, 2010, p. 213.

da Comissão, concentração da atuação em violações relevantes, aumento da participação das instâncias nacionais, supressão do sistema de notificação e autorização, transferência às empresas da tarefa de averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do art. 81, n. 1, ou se o acordo apresenta os requisitos do art. 81, n. 3 do TCE, e deslocamento dos direitos nacionais, por força do chamado princípio desalojador fático¹⁹⁶.

Essa legislação, no âmbito da União Europeia, teve positivos efeitos nas legislações nacionais, de modo que muitos Estados reformaram seus direitos nela inspirados, com legislações de caráter moderno de descentralização, evidenciando a europeização do direito¹⁹⁷.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia contém disposições expressas sobre as regras materiais e processuais aplicáveis aos Estados-membros nos seus artigos 107 e 108. Com efeito, os auxílios promovidos pelos Estados produzem efeitos negativos na concorrência e na consecução dos objetivos da União Europeia, motivo pelo qual foram proibidos.

Sendo assim, o Tratado, ao invés de prover uma proibição total dos auxílios estatais, promove uma regulação destes, à vista de que alguns auxílios podem trazer vantagens econômicas, em razão de sua capacidade reguladora e quando vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico.

Sendo assim, conforme dispõe o artigo 107.1 do TFUE, salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

¹⁹⁶ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 93.

¹⁹⁷ BASEDOW, Jürgen. The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts. *Texas International Law Journal*, Austin, v. 42, 2007, p. 429-439.

Nesse âmbito, podem ser identificadas três espécies de auxílios públicos que podem ser analisados à luz do Tratado, listados como auxílios de natureza regional, auxílios de natureza setorial e auxílios de caráter geral¹⁹⁸. As regras processuais aplicadas aos auxílios públicos encontram-se dispostas no artigo 108 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, que dispõe que a Comissão procederá, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados.

No que tange à recepção da Teoria dos Efeitos no direito comunitário da concorrência, é importante mencionar que a primeira vez em que foi defendida a aplicação dessa teoria no âmbito da União Europeia, foi no caso *Imperial Chemical Industries Ltd. (Dyestuffs, Matières Colorantes)*, em 1972¹⁹⁹, que envolveu empresas produtoras de corantes que se encontravam situadas dentro e fora do território da então Comunidade, e que adotaram práticas que resultaram no aumento dos preços do mercado comum, evidenciando a formação de cartéis. Sendo assim, o Tribunal de Justiça optou pela utilização do argumento da teoria da unidade econômica da empresa, aplicando extraterritorialmente o direito concorrencial comunitário²⁰⁰.

O direito da União Europeia, mediante suas regras de direito material²⁰¹, adota, para o direito da concorrência o princípio do efeito incidente²⁰², de modo que o seu direito material pode ser aplicável às práticas restritivas à concorrência realizadas integralmente por países

¹⁹⁸ Determina, assim, o artigo 107.2 do supracitado Tratado, que são compatíveis com o mercado interno a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários; c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, poderia adotar uma decisão que revogasse a presente alínea. E, ainda, dispõe o artigo 107.3., do Tratado, que, podem ser considerados compatíveis com o mercado interno: a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social; b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum; e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

¹⁹⁹ Caso *Imperial Chemical Industries Ltd. c Commission of the European Communities*, EuGH, Slg. 1972. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=28590:cs&lang=en&list=28590:cs,28589:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=>>> Acesso em: 9 de março de 2014.

²⁰⁰ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 107.

²⁰¹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 102.

²⁰² JAEGER JUNIOR, 2008, p. 102.

estrangeiros, por empresas de países estrangeiros, a caracterizar a aplicação extraterritorial do direito comunitário

Diante disso, em 1988, com o caso *Wood Pulp*²⁰³, a Comissão Europeia reafirmou a sua competência para aplicação das regras contidas no ex-artigo 81 do TCE, ora artigo 101 do TFUE, às concentrações de empresas realizadas fora do território, por entidades nele não estabelecidas.

Ocorre que as empresas que praticaram os atos anticoncorrenciais devem estar representadas no território europeu. A maioria dos acordos realizados entre empresas envolvem filiais que se estabeleceram no mercado comunitário, de modo que estas empresas agem diretamente na União Europeia, não caracterizando a extraterritorialidade em si.

Dessa forma, mecanismos foram criados para ampliação da competência comunitária na aplicação das suas normas de direito da concorrência, como a teoria da unidade econômica da empresa. No caso *Wood Pulp*, por exemplo, foi aplicada a teoria do local da implementação da prática restritiva.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, além de conter as regras materiais e processuais sobre o direito da concorrência, estabelece a competência jurisdicional da União Europeia, ao dispor, no artigo 101, sobre a proibição de todos os acordos que afetem o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Ademais, no artigo 102, o Tratado proíbe o fato de uma ou mais empresas abusarem da sua posição dominante no mercado interno.

Diante disso, entende-se que os efeitos são suficientes para ensejar a competência jurisdicional da União Europeia sobre os fatos relativos ao direito da concorrência, resultando na sua aplicação extraterritorial, sendo esses efeitos previsíveis, diretos e sensíveis. Salienta-se, ainda, que a aplicação da teoria, no âmbito unional, ocorre de uma maneira moderada,

²⁰³ No caso, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias condenou os fabricantes de celulose finlandeses, suecos, canadenses e norte-americanos por formação de cartel que havia prejudicado o comércio comunitário. As empresas haviam recorrido da decisão da Comissão ao TJCE sustentando que a União Europeia não teria jurisdição sobre eles, configurando-se uma violação do dever de não-intervenção previsto no direito internacional público.

baseada, sobretudo, na proteção do comércio no mercado interno e na ampliação do comércio exterior²⁰⁴.

A adoção da teoria dos efeitos no âmbito da União Europeia fez com que a doutrina adotasse critérios para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, como forma de respaldar a extensão de sua jurisdição em argumentos sólidos. Sendo assim, ao longo dos anos, surgiram a teoria da unidade econômica da empresa e a teoria do local da implementação do comportamento.

Conforme dispõe a *Teoria da Unidade Econômica da Empresa*²⁰⁵, o comportamento possui uma base mais concreta que os seus próprios efeitos, de modo que este deve ser praticado nos limites territoriais da União Europeia, por uma empresa efetivamente nela situada, mas com matriz estrangeira.

A conduta praticada fora do âmbito comunitário é territorializada, não sendo relevantes a nacionalidade da empresa, ou os locais em que ela exerça os seus negócios²⁰⁶. Ocorre, entretanto, que esta teoria apresentou limitações à medida que alcança somente fatos específicos praticados por empresas com alguma ligação territorial com a União Europeia, de modo a ensejar uma ampliação.

Diante da insuficiência supracitada, criou-se a *Teoria do Local de Implementação do Comportamento*, com o julgamento do já mencionado caso Wood Pulp, de 1988. Segundo ela, as empresas não precisam ter qualquer vínculo dentro da União Europeia, sendo o comportamento interpretado de forma que o destinatário e consumidor do bem ou serviço esteja estabelecido nos limites territoriais do bloco, para que seja considerado que a conduta ali foi executada.

A competência jurisdicional das normas de direito da concorrência dispostas nos tratados europeus, nesse âmbito, são aplicadas às empresas alienígenas que atuem em violação a esse direito, diretamente do local em que se encontrem.

²⁰⁴ SILVA, 2006, p. 202-266.

²⁰⁵ SILVA, 2005, p. 248-256.

²⁰⁶ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 107.

Importante mencionar, por fim, que os trabalhos da Comissão Europeia demonstram uma preocupação muito grande da União Europeia na observância dos princípios informadores do direito internacional. Entretanto, a violação de soberanias estatais, bem como do princípio da não intervenção, fazem com que deva ser buscada uma solução internacional à aplicação das normas de direito da concorrência.

2.3. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência no Brasil

O Brasil não possui longa tradição na proteção do direito da concorrência. Pode-se dizer que, por muito tempo, as normas à disposição funcionavam como um controle governamental sobre a distribuição de produtos e preços, mais do que à coibição da concentração econômica e do abuso da posição dominante²⁰⁷.

É importante mencionar que a economia brasileira, ao longo de sua história, restou caracterizada pela regulação da indústria privada, alta concentração de empresas e pela utilização da concorrência como mecanismo de controle²⁰⁸. Segundo Augusto Jaeger Junior,

[...] a criação e a manutenção de monopólios controlados pelo Estado, os fomentos governamentais à industrialização e à substituição de importações e o estímulo a algumas práticas concentracionistas, com vistas a competir contra importações e adquirir economia de escala, podem ser tidos como fatores limitadores e corrosivos do alcance de um nível de competitividade desejável²⁰⁹.

Ocorre, contudo, que, com o advento da redemocratização, a criação da lei concorrencial de 1994 e, principalmente, com a Constituição Federal de 1988, foram adotadas medidas de liberação comercial, privatizações e desregulamentações, provocando profundas mudanças na economia brasileira²¹⁰.

²⁰⁷ FARIA, 1990, p. 40.

²⁰⁸ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 19.

²⁰⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 116.

²¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 15 de abril de 2014.

A regulamentação da concorrência no Brasil encontra-se dividida pela doutrina em quatro fases²¹¹. A primeira é caracterizada pelas Constituições de 1824 e de 1891, que tratam de um mercado livre de interferências estatais²¹².

A segunda fase é capitaneada pelo Estado como um garantidor da livre atuação das empresas no mercado, de modo que a Constituição de 1934 trazia preocupações relacionadas à liberdade econômica²¹³, refletindo a falta de uma real economia de mercado²¹⁴. A Constituição de 1937, por sua vez, determinava que o Estado possuía a atribuição de coordenação dos fatores de produção.

Na terceira fase, o Estado toma a posição de agente de equilíbrio e participe do mercado, quando da criação de diversas empresas estatais²¹⁵. Nesse contexto, foi promulgado o Decreto-Lei nº 7.666 de 1945, conhecido com *Lei Malaia*, que previa os atos contrários à moral e à ordem econômica, estabelecendo uma repressão administrativa aos cartéis e a todas as combinações que pretendessem dominar o mercado nacional. Foi criada, assim, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, que precedeu o atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A Constituição de 1946, por sua vez, ao revogar a *Lei Malaia* devido às severas críticas que sofria, introduziu, em seu artigo 148, o conceito de abuso do poder econômico²¹⁶. Ocorre, contudo, que a economia brasileira apenas tomou o rumo da economia de mercado no final da década de 50.

A primeira legislação considerada como verdadeiramente voltada ao antitruste, que obteve inspiração no *Sherman Act* norte-americano, foi promulgada em 1962, sendo conhecida como *Lei Agamenom Magalhães*²¹⁷. Essa lei criou, ainda, o Conselho

²¹¹ FORGIONI, 2013, p. 85-126; CARVALHO, 2001, p. 118-126.

²¹² OLIVEIRA e RODAS, 2006, p. 17.

²¹³ CARVALHO, 2001, p. 118.

²¹⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 116.

²¹⁵ FORGIONI, 2013, p. 102.

²¹⁶ No texto literal da Constituição: *Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.* BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

²¹⁷ GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 751.

Administrativo de Defesa Econômica, estando este condicionado a fiscalizar e apurar as infrações cometidas contra a ordem econômica, aplicando, ainda, sanções para esses atos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o quadro legislativo anterior foi fortemente modificado, porquanto esta prevê a existência de um direito constitucional econômico, fundado no trabalho, na livre-iniciativa, na liberdade de concorrência, na função social da propriedade, na defesa dos consumidores, e na redução das desigualdades regionais²¹⁸. A livre concorrência, nesse âmbito, foi elevada à categoria de princípio constitucional, pelo artigo 170, IV, da atual Constituição Federal²¹⁹.

Salienta-se que o objetivo da inclusão da concorrência na Constituição Federal é o da realização da justiça social, sob os quais devem ser compreendidos e harmonizados os princípios expressos²²⁰. Desse modo, a liberdade de concorrer passa a ser associada à possibilidade de autodeterminação, ou seja, à faculdade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento no âmbito concorrencial²²¹.

Sendo assim, a quarta fase do direito concorrencial brasileiro tem lugar com o início dos processos de privatização de empresas e de liberalização da economia, deixando o Estado de ser agente econômico para passar para a função de agente normativo e regulador.

A Lei Federal nº 8.884, de 1994, introduziu, pela primeira vez no direito brasileiro, os padrões legais e administrativos característicos das legislações avançadas²²², disciplinando a atuação dos integrantes do mercado brasileiro. A legislação implementou, dessa forma, o “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, que é formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda e, ainda, pela Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça.

²¹⁸ SILVA, 2010, p. 283.

²¹⁹ No texto literal da Constituição, *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; [...]*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

²²⁰ CARVALHO, Vinicius Marques de e LIMA, Ticiane Nogueira Cruz de. Nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira. Comentários sob uma Perspectiva Histórico-Institucional. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE**, Brasília, n. 19, 2012, p. 9.

²²¹ GRAU, Eros. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 185.

²²² CARVALHO, 2001, p. 124-126.

Considerando os aproximados 20 anos de vigência da Lei nº 8.884/94, e a manifesta evolução da matéria de direito da concorrência no Brasil, Paula Forgioni conclui que os principais pontos a serem destacados são a consolidação dos controles empresariais, a consolidação do controle dos cartéis, o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e o aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste²²³.

Em 2011, foi promulgado novo diploma legal, a Lei Federal nº 12.529, de 2 de junho de 2011²²⁴, que, atualmente, disciplina o direito da concorrência brasileiro. Importante salientar, que, do ponto de vista material, pouco foi alterado em relação à legislação anterior, destacando-se algumas inovações, como a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração, o aumento do poder da Administração Pública, a modificação da forma de cálculo das multas por infração, e, o aumento dos recursos materiais à disposição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência²²⁵.

No que tange à aplicação extraterritorial do direito da concorrência no Brasil, é importante frisar que na legislação brasileira, o critério utilizado para a aplicação das leis concorrenciais é o da extraterritorialidade, que implica na utilização de uma norma vigente no mercado em que verificada a prática que viole o direito da concorrência²²⁶.

Esse preceito encontra-se positivado na nova lei concorrencial brasileira, Lei Federal nº 12.528, de 2011, que prevê, em seu artigo 2º, que *(a)plica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*

²²³ FORGIONI, 2013, p. 123.

²²⁴ BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

²²⁵ FORGIONI, 2013, p. 124-125.

²²⁶ CARVALHO, 2001, p. 134.

Sendo assim, a jurisdição brasileira é competente para apreciar as práticas antitruste que tenham lugar dentro do território nacional²²⁷, concluindo-se que foi adotada, pelo legislador brasileiro, ainda, a teoria dos efeitos para a aplicação das normas da concorrência, tendo em vista que prevê que as práticas que possam surtir efeito em território nacional²²⁸.

Diante disso, o artigo 2º da Lei Federal nº 12.529/11, coíbe, também, as práticas de mercado que possam surtir efeitos no Brasil, ainda que praticadas por empresas que se encontrem no exterior, sendo relevante o impacto produzido no território nacional²²⁹.

Nesse ponto, se faz necessária a identificação de quais efeitos poderão justificar a aplicação extraterritorial do direito da concorrência brasileiro, sendo estes identificados pela doutrina como decorrentes dos atos previstos no artigo 36 da Lei nº 12.529/11. Estes têm caráter complementar, porquanto havendo qualquer suscetibilidade de ocorrência dos efeitos elencados na legislação brasileira, no território nacional, estaria justificada a utilização da legislação nacional²³⁰.

Outro ponto relevante, levantado pela doutrina nacional, diz respeito à suficiência desses efeitos para a aplicação da legislação nacional, às empresas que praticaram o ato ilícito no exterior²³¹. Para isso, aplica-se a jurisdição extraterritorial no direito brasileiro, de modo que é aplicável a legislação brasileira nos casos em que for verificada a presença dos efeitos atos que violem o direito da concorrência no território nacional, dispensando o conhecimento da determinação do domicílio do réu.

De efeito, a verificação da ocorrência dos efeitos *per se* justifica a competência das autoridades brasileiras para a aplicação do direito nacional, a exemplo do ocorrido nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos da América e da União Europeia.

A aplicação extraterritorial do direito da concorrência no Brasil encontra limites similares aos enfrentados por outras nações, que envolvem os princípios do direito internacional e as questões diplomáticas. Ademais, pode-se citar a falta de efetividade de uma

²²⁷ FORGIONI, 2013, p. 427.

²²⁸ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 123.

²²⁹ OLIVEIRA E RODAS, 2013, p. 337.

²³⁰ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 126.

²³¹ SILVA, 2010, p. 331.

sentença proferida no exterior. Diante disso, os problemas enfrentados pela jurisdição brasileira pouco se diferenciam daqueles ocorridos nos outros sistemas jurídicos que aplicam a teoria dos efeitos, já constatados por este trabalho.

O desenvolvimento da aplicação extraterritorial das normas de direito da concorrência encontra-se em fase inicial no sistema brasileiro, de modo que os aplicadores das leis no Brasil acabam por se inspirar em sistemas análogos que se encontram em fases mais avançadas, incorrendo, por vezes, em equívocos quando da aplicação da lei²³².

Estudados os sistemas de direito da concorrência nos Estados Unidos da América, na União Europeia e no Brasil, retoma-se o problema de pesquisa apresentado na introdução do presente trabalho, que pretende investigar se a aplicação extraterritorial do direito da concorrência é uma medida adequada na preservação da concorrência internacional. A conclusão parcial obtida é no sentido de negar a sua adequação como instrumento dos Estados à defesa da concorrência, porquanto representa uma forma agressiva de imposição do poder estatal.

Ademais, como já mencionado, ainda que muitos Estados reconheçam a teoria dos efeitos em suas legislações e decisões, existe um desconforto na aceitação da aplicação do direito da concorrência com base em legislações alienígenas.

Os estudos na área do direito da concorrência devem servir para o desenvolvimento da matéria e mitigação dos efeitos negativos da aplicação extraterritorial do direito da concorrência, mediante a utilização de meios distintos para a reafirmação das normas concorrenciais.

No próximo capítulo, nesse passo, serão abordadas as críticas sofridas pela aplicação extraterritorial do direito da concorrência, bem como as reações dos Estados à sua utilização, que se dividem em protestos diplomáticos, reações legislativas e reações executivas. Ao final apresentam-se, brevemente, alternativas e soluções à aplicação extraterritorial do direito da concorrência.

²³² SILVA, 2010, p. 379.

3. REAÇÕES E CRÍTICAS À APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL UNILATERAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A aplicação extraterritorial do direito da concorrência, ao longo do seu desenvolvimento gerou diversas reações dos Estados, bem como sofreu diversas críticas doutrinárias em razão dos conflitos de interesses por ela afetados.

Com efeito, a maioria dos países não aceita, pacificamente, sofrer influência da aplicação do direito da concorrência com base em legislação alienígena. O repúdio à interferência de outros Estados em suas soberanias fez com que soluções de diversas naturezas fossem buscadas pelos Estados, de modo a coibir a prática do exercício extraterritorial da jurisdição.

Diante disso, podem ser identificadas algumas reações dos Estados à aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência, que consistem em protestos diplomáticos e em reação governamental, reação legislativa e reação judicial. Para o doutrinador Augusto Jaeger Junior, *a reação tomou forma de recusa dos órgãos judiciais em reconhecer a competência estrangeira, protestos e reclamações diplomáticas e medidas legislativas de bloqueio e prescritivas de ações de reembolso*²³³.

Cita-se como exemplo de recusa de colaboração o caso *United States vs. Imperial Chemical Industries et al*²³⁴, julgado em 1951, no qual foi proferida uma decisão sobre a divisão do mercado global de nylon, em um tribunal dos Estados Unidos da América, envolvendo uma empresa norte-americana e outra inglesa. Ocorre que houve recusa expressa da justiça da Inglaterra para implementar o julgamento, que era favorável à empresa de nacionalidade inglesa, pelo fato de não estar sujeita aos tribunais alheios à sua jurisdição²³⁵.

Cita-se, ainda, como exemplo clássico de reação de um Estado o fato ocorrido após o julgamento do caso *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center*²³⁶, em 1955,

²³³ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 134. Sobre o tema é importante destacar também: SILVA, 2006, p. 381-429; FORGIONI, 2013, p. 430-438; e OLIVEIRA e RODAS, 2014, p. 375-418.

²³⁴ Caso *United States v. Imperial Chemical Industries Ltd.*, 100 F. Supp. 504 (S.D.N.Y. 1951). Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/1966939254FSupp685_1799>. Acesso em 07 de maio de 2014.

²³⁵ OLIVEIRA E RODAS, 2013, p. 344.

²³⁶ Caso *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.* 133 F Supp. 40 (S.D.N.Y. 1955). Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/rolex.htm>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

no qual justiça norte-americana julgou a possibilidade de formação de uma associação exportadora de relojoeiros de nacionalidade suíça, que era considerada legítima pela Suíça. Em função de sentença desfavorável, esse país protestou junto ao Departamento de Estado dos Estados Unidos, sendo que, ao final de anos de negociação, outra decisão foi exarada.

Por sua vez, a doutrina de Valéria Guimarães de Lima e Silva expressa, de uma maneira completa, as críticas à aplicação extraterritorial do direito da concorrência, dividindo-as em dois grupos: críticas fundadas em uma violação dos princípios gerais do direito e críticas fundadas em uma suposta quebra do equilíbrio das relações internacionais, classificação que será adotada por este trabalho.

O doutrinador José Carlos de Magalhães também apresenta ponderações relativas à jurisdição extraterritorial, referindo que o exercício da competência internacional somente se justifica quando os eventos ocorridos no exterior e amparados por leis locais não violarem princípios internacionais²³⁷.

Como visto, ainda que os Estados reconheçam a possibilidade de aplicação extraterritorial das leis de concorrência por eles produzida, muitos destes não concordam com a forma pela qual ela é aplicada por outros Estados²³⁸. É necessária uma constante proteção dos Estados da violação de seus interesses em razão da interferência de um terceiro Estado²³⁹ e, para tal, a crítica doutrinária exerce um papel de destaque, porquanto atua na identificação das hipóteses de desrespeito à ordem internacional.

3.1. Reações dos Estados à Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência

Os protestos diplomáticos ou reação governamental encontram-se citados pela doutrina como a primeira forma de reação dos Estados ao exercício da jurisdição extraterritorial do direito da concorrência²⁴⁰. Salienta-se que até 1980, os Estados Unidos da América eram o único país a aplicar as suas leis de defesa da concorrência aos atos praticados no estrangeiro, de modo que os protestos diplomáticos da época eram voltados a este país.

²³⁷ MAGALHÃES, 1983, p. 174.

²³⁸ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 135.

²³⁹ Segundo a doutrina: “De um modo explícito ou tácito os Estados podem valer-se dos mais diversos argumentos para evitar que um terceiro Estado interfira em seus assuntos internos, ou assuntos que, de alguma forma, lhe são afetos”. CARVALHO, 2001, p. 145.

²⁴⁰ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 135; SILVA, 2006, p. 382.

No caso *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center*, já citado neste trabalho, o governo da Suíça protestou junto aos órgãos norte-americanos desde o princípio, primeiramente, advogando em desfavor da instauração do processo pelos Estados Unidos, e, posteriormente, atuando como *amicus curiae* na ação em trâmite. O governo suíço enfatizou que a postura estadunidense, de intervenção na jurisdição de outro país, era inaceitável. Ocorre que seus protestos foram insuficientes para obstar a decisão desfavorável, que conferiu alcance amplo à jurisdição norte-americana.

A situação criada por essa decisão do Tribunal dos Estados Unidos somente se modificou quando a Suíça ameaçou levar o caso à Corte Internacional de Justiça, ocasionando um recuo norte-americano²⁴¹, que decidiu seguir com as negociações diplomáticas, por intermédio do seu Departamento de Estado. Assim, após firmado o acordo entre os Estados, a primeira decisão judicial foi anulada, de modo a ser proferida uma nova pelo tribunal norte-americano, desta vez favorável.

Observe-se que no presente caso foi o teor das negociações diplomáticas entre os Estados que ditou o desfecho da decisão judicial, de modo que restou demonstrado que o poder executivo fez prevalecer a sua vontade e os seus interesses na esfera do judiciário. Este, também, foi um dos únicos casos na história, em que os protestos surtiram efeitos²⁴².

Ocorre que essa maneira de protestar possui limitações, porquanto os Estados, quando admitem a teoria dos efeitos na sua legislação da concorrência, não se sentem confortáveis em impugnar a atuação de Estados outros que também o fazem. Soma-se a isso o fato de que uma empresa atuante no mercado afetado pode sofrer repressões, de modo que esta deve convencer ao seu governo de que o comércio por ela praticado é de interesse nacional.

Tendo em vista a baixa efetividade desta forma de coibição da aplicação extraterritorial do direito da concorrência, os Estados acabaram por adotar medidas suplementares que impediram ou obstaculizaram a intervenção estrangeira em sua jurisdição estatal.

²⁴¹ SILVA, 2010, p. 383.

²⁴² JAEGER JUNIOR, 2008, 135; SILVA, 2006, p. 384-387.

A reação legislativa é uma das maneiras mais eficientes de reação dos países contra a jurisdição extraterritorial, que se concretiza mediante a promulgação de leis de bloqueio e de leis prescritivas de ações de reembolso (leis de bloqueio de terceiro grau). Ou seja, é a atuação do Estado na edição de normas com o objetivo de se subtrair da esfera de atuação de qualquer regra jurídica que não as suas próprias²⁴³.

As leis de bloqueio ou leis prescritivas de ações de reembolso foram um resultado do descontentamento dos países com a aplicação das teorias invasivas à jurisdição estatal, como a teoria dos efeitos, e são conhecidas como *blocking laws*, *blocking through legislation* ou *claw-back provisions*²⁴⁴. A doutrina as classifica como leis de bloqueio de primeiro grau, leis de bloqueio de segundo grau e leis de bloqueio de terceiro grau.

As leis de bloqueio de primeiro grau possuem a finalidade de evitar ou impedir que as empresas ou pessoas físicas nacionais domiciliadas ou residentes em um país cumpram com a determinação de um tribunal estrangeiro, que as obrigue a apresentar um documento que esteja sob sua posse²⁴⁵. A primeira legislação dessa natureza chamou-se *Business Records Protection Act*, e foi promulgada no Canadá, em 1950, em virtude de uma investigação norte-americana para a indústria do papel²⁴⁶.

Posteriormente, o julgamento *In re Uranium Antitrust Litigation*, relativo à investigação sobre o cartel de urânio nos Estados Unidos da América, impulsionou a promulgação de leis de bloqueio em todos os países que participaram da lide, nomeadamente Grã-Bretanha, África do Sul, Austrália e Canadá²⁴⁷.

As supracitadas leis, editadas como forma de reação à forçosa jurisdição norte-americana, visavam a impedir que se localizassem documentos no território desses Estados, a

²⁴³ CARVALHO, 2001, p. 145.

²⁴⁴ Ver CASTEL, 1984, p. 79-91, para melhor verificar e estudar diversas leis de bloqueio no Reino Unido, no Canadá e na Austrália

²⁴⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 137.

²⁴⁶ JENNINGS, Robert Yewdall. Extraterritorial jurisdiction and the United States antitrust laws. *The British Yearbook of International Law*. Oxford, v. 33, 1957, p. 70.

²⁴⁷ Na Grã Bretanha restou publicado o *Protection of Trading Interests Act*, em 1980; na Austrália o *Foreign Proceedings (excess of Jurisdiction) Act*, em 1984; e no Canadá, o *Foreign Extraterritorial Measures Act*, em 1985. CASTEL, 1983, p. 79-91.

proibir a execução de sentença estrangeira e, ainda, a permitir que a ré recuperasse o valor integral a que foi condenada a pagar no foro estrangeiro, mediante ação de reembolso²⁴⁸.

Com efeito, a mais relevante lei de bloqueio foi promulgada em 1980, pelo Parlamento Britânico. Ela é denominada de *United Kingdom's Protection of Trading Interests Act*, e tem o objetivo de defender o Reino Unido contra as políticas de outros países que possuam o fito de executar ações unilaterais de seu interesse²⁴⁹. Essa lei proibiu os cidadãos do Reino Unido de acatarem as ordens estrangeiras, determinando, ainda, que as cortes não poderiam dar execução a julgamentos estrangeiros relativos a perdas e danos ou a práticas concorrenciais²⁵⁰.

A motivação de fundo da referida legislação foi no sentido de dificultar que outros Estados pudessem obter documentos e depoimentos de testemunhas em processos relativos à práticas concorrenciais que estejam sendo conduzidos no exterior. Em outras palavras, o ato britânico minimiza a possibilidade de produção de provas nesses processos.

Nesse âmbito, a União Europeia também promulgou sua própria legislação, através do Regulamento nº 2.271/96, que trata da proteção contra os efeitos da aplicação extraterritorial da legislação de algum país. O referido regulamento determina que as sentenças judiciais e as decisões das autoridades estranhas ao território unional que aplique direta ou indiretamente determinadas legislações não serão reconhecidas ou executadas²⁵¹, arrolando as pessoas as quais ele se destina²⁵², de modo que essas não devam cumprir, direta ou indiretamente, ativamente ou por omissão, qualquer exigência ou proibição da legislação arrolada em seu anexo.

²⁴⁸ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 137.

²⁴⁹ FORGIONI, 2013, p. 436.

²⁵⁰ Protection of Trading Interests Act, 1980. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11/section/1>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

²⁵¹ No texto integral do artigo 4º, do Regulamento nº 2.271/96: “As sentenças de órgãos judiciais e as decisões de autoridades administrativas situados fora do território da Comunidade que apliquem, directa ou indirectamente, a legislação referida no anexo ou as medidas nela baseadas ou dela resultantes, não serão reconhecidas ou executadas.”

²⁵² Nos termos do artigo 11, do Regulamento nº 2.271/96: “O presente regulamento é aplicável a: 1. Todas as pessoas singulares residentes na Comunidade e nacionais de um Estado-membro; 2. Todas as pessoas colectivas registadas na Comunidade; 3. Todas as pessoas singulares ou colectivas referidas no n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 4055/86; 4. Quaisquer outras pessoas singulares residentes na Comunidade, exceptuando as que residam no país de que são nacionais; 5. Quaisquer outras pessoas singulares no território da Comunidade, incluindo as suas águas territoriais e espaço aéreo, bem como aero- naves ou embarcações sob a jurisdição ou o controlo de um Estado-membro, no exercício de uma actividade profissional.”

Por fim, no Brasil, ainda que inexistentem leis de bloqueio específicas, o artigo 181 da Constituição Federal, dispõe que o *atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente*, sendo este artigo classificado pela doutrina especializada como uma lei de bloqueio de primeiro grau²⁵³.

As *leis de bloqueio de segundo grau* são aquelas que se destinam a coibir o reconhecimento de sentenças estrangeiras que estejam em conflito com os interesses nacionais do país de nacionalidade da pessoa constante do polo passivo da ação e com a ordem pública.

Novamente menciona-se a legislação do Reino Unido do *Protection of Trading Interests Act*, que contém regras específicas também para este tipo de bloqueio, tendo em vista que prevê a questão da execução das sentenças estrangeiras com fundamento no exercício extraterritorial da jurisdição pelo outro Estado envolvido.

Pode-se citar, ainda, uma norma de bloqueio brasileira, encontrada na disposição do artigo 6º, da Resolução nº 9, do Superior Tribunal de Justiça, que impede a homologação de sentença estrangeira que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes²⁵⁴.

As *leis de bloqueio de terceiro grau* são as leis prescritivas das ações de reembolso que possuem a finalidade de permitir que as pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou residentes de um país que pretenda recuperar o valor pago em indenizações nos processos estrangeiros. Essas leis são uma resposta à prática norte-americana, na qual são conferidas indenizações triplicadas nos casos de perdas e danos por práticas limitadoras da concorrência²⁵⁵.

²⁵³ FORGIONI, 2013, p. 434.

²⁵⁴ No texto integral do artigo 6º, da Resolução nº 9/2005: *Art. 9º Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução. § 1º Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. § 2º Havendo impugnação às cartas rogatórias decisórias, o processo poderá, por determinação do Presidente, ser distribuído para julgamento pela Corte Especial. § 3º Revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial que será pessoalmente notificado.*

²⁵⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 140.

As ações prescritivas de reembolso foram, ainda, originalmente estabelecidas na legislação do Reino Unido do *Protection of Trading Interests Act*, sendo que elas funcionam como uma medida ofertada pelos Estados que encontrem dificuldades em impedir que as sentenças proferidas pelos tribunais alienígenas sejam executadas dentro de seu território. Ou seja, tal disposição somente é utilizada nos casos em que a coibição pelas leis de bloqueio de primeiro e de segundo grau falharem.

Em que pese a contribuição positiva das medidas legislativas para a proteção da soberania nacional em face da aplicação extraterritorial unilateral das normas antitruste, estas não foram capazes de eliminar definitivamente os conflitos entre os Estados. Sendo assim, há uma terceira alternativa, judicial, que consiste na recusa de reconhecimento de competência estrangeira por órgãos judiciais, a seguir analisada.

Por último, é importante citar a reação judicial como forma de reação dos Estados à aplicação extraterritorial do direito da concorrência. A jurisdição extraterritorial estatal pode ser combatida pelo poder judiciário do país por ela afetado, tomando-se por fundamento a jurisdição territorial dos tribunais. Desse modo, os tribunais envolvidos nos casos multiterritoriais defendem os seus próprios interesses, proferindo sentenças com ordens contrárias, prevalecendo aquela cuja execução possa ser concretizada.

O caso *United States v. Imperial Chemical Industries*, esta uma empresa britânica, julgado em 1951, é a situação mais marcante citada pela doutrina. Na espécie, o embate ocorria entre os governos dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, sendo que este era responsável pelo julgamento de outra demanda entre aquela empresa e a *British Nylon Spinners Ltd.*, proferindo uma decisão antagônica em face da primeira ação. Desse modo, o cumprimento da última decisão citada impediu que a justiça britânica pudesse implementar a sentença proferida pelos Estados Unidos da América²⁵⁶.

As reações abordadas no ponto 3.1 deste capítulo denotam que as leis de bloqueio possuem a finalidade de defesa da aplicação da legislação extraterritorial do direito da concorrência, sem excluí-la totalmente. O princípio da ponderação dos interesses relevantes deve funcionar como uma forma de eliminação dos conflitos entre os Estados mais

²⁵⁶ SILVA, 2010, p. 397-399.

eficiente²⁵⁷, e deve ser fruto de uma construção realizada pelos países, de modo a o incluírem em suas legislações.

Diante de todo o exposto, e com base nas medidas repressivas à aplicação extraterritorial do direito, resta claro que esta encontrou severas críticas na doutrina ao longo de seu desenvolvimento, que serão a seguir analisadas.

3.2. Críticas Doutrinárias à Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência

Ao analisar a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, a doutrina crítica nega que as teorias que a fundamentem possam encontrar qualquer amparo nos princípios tradicionais do direito internacional. Diante disso, salienta a autora Valéria Guimarães de Lima e Silva que ao tentar apontar o caso Lotus, julgado pela Corte Internacional de Justiça, como marco na aplicação da teoria dos efeitos, estaria a doutrina incorrendo em erro, pois salienta que a situação não passou da mera aplicação do princípio da territorialidade objetiva²⁵⁸.

Salienta a autora que no âmbito do direito internacional, sempre deve prevalecer a preservação do interesse geral sobre o interesse particular, ou seja, dos direitos de toda a coletividade sobre aqueles individuais de cada Estado. Sendo assim, caso a jurisdição estatal se submeta primeiramente aos interesses da sociedade internacional, na ausência de normas escritas e julgados internacionais, deve a aplicação extraterritorial do direito ser utilizada com fundamento nos princípios gerais de direito e nos costumes internacionais²⁵⁹.

Ademais, a jurisdição extraterritorial do direito da concorrência, conforme aplicada pelos Estados Unidos da América é considerada pelos demais Estados um desrespeito e uma invasão aos princípios gerais do direito internacional, como o princípio da soberania e o princípio da não intervenção²⁶⁰. Sendo assim, segundo a doutrina, mesmo em face do relativizado conceito de soberania, a maneira como é exercida a jurisdição estatal acaba por inflar o poder soberano dos Estados a que se aplica, em detrimento da soberania dos outros Estados.

²⁵⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 142.

²⁵⁸ SILVA, 2010, p. 404.

²⁵⁹ SILVA, 2010, p. 406.

²⁶⁰ SILVA, 2010, p. 406-411.

A doutrina apresenta, ainda, a hipótese de que a jurisdição extraterritorial no direito da concorrência, quando considerada parte integrante do costume internacional, encontra-se completamente equivocada. O primeiro ponto que se destaca é que diferentes teorias são aplicadas para justificar o exercício da jurisdição extraterritorial, como a teoria dos efeitos, a teoria da implementação, a teoria da unidade econômica, entre outros.

Diante do exposto, a divergência entre os países sobre o tema, identificada principalmente entre a União Europeia e os Estados Unidos da América, acerca dos princípios a serem aplicados nos referidos casos, impedem que seja alcançado um consenso entre as nações. O modo interpretativo amplo, utilizado, por exemplo, pelos Estados Unidos, não é visto com tranquilidade pelos outros países, tampouco aceito.

A teoria dos efeitos, conforme disposto na doutrina crítica, não pode ser classificada como costume internacional. A uma, porque não é adotada pela maioria dos Estados, estando sua aplicação limitada aos trinta e três países que integram a OCDE²⁶¹. A duas, em virtude de sua interpretação ser realizada de maneiras completamente distintas em cada Estado em que é aplicada. A política de concorrência de cada Estado, como citado, é adotada com base nas características de cada país, tomando-se por base os interesses nacionais, influenciados pelos interesses como grau de desenvolvimento econômico, diretrizes políticas e legislações nacionais²⁶².

Diante do exposto, e considerando todos os pontos citados, bem como as reações estatais à desenfreada aplicação extraterritorial do direito da concorrência, sustenta a doutrina que não há falar em formação e complementação do costume internacional mediante a adoção da teoria dos efeitos²⁶³.

A doutrina de Valéria Guimarães de Lima e Silva classifica, também, as críticas fundadas nas relações internacionais, dedicando-se a analisar quais as consequências

²⁶¹ Os países integrantes da OCDE são Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, República Tcheca, Suécia, Suíça, Reino Unido, Turquia. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

²⁶² MARQUES, 2006, p. 145.

²⁶³ SILVA, 2010, p. 414.

provocadas pelo exercício extraterritorial da jurisdição concorrencial, fundada na quebra do equilíbrio das relações formadas entre os Estados.

Diante disso, salienta a autora que a aplicação unilateral da teoria dos efeitos pelos Estados, mesmo que submetida a parâmetros gerais, encontra-se sujeita à interpretação dada em cada país. O caráter subjetivo da doutrina pode fazer com que determinada nação assumam para si ampla jurisdição sobre a matéria.

Tal situação resulta no afastamento da neutralidade dos Estados, que passam a exercer o papel de juízes. Mesmo os parâmetros de substancialidade, previsibilidade e caráter direto e imediato dos efeitos assumem perfis políticos, servindo como instrumentos de imposição de valores, normas e políticas estatais²⁶⁴.

Ambas as condutas encontram-se em descompasso com a jurisdição extraterritorial e com a ordem internacional contemporânea, porquanto revelam uma postura unilateralista de defesa dos interesses individuais dos países. Sendo assim, segundo a supracitada autora, essas atitudes estão inseridas no *antigo contexto de mera coexistência entre os Estados*²⁶⁵. Ocorre que a internacionalização das relações econômicas promoveu o entrelaçamento das diversas economias nacionais, de modo que devem ser buscadas novas soluções para esse casos.

A última questão posta pela doutrina diz respeito à legitimidade da jurisdição extraterritorial como instrumento de imposição do poder estatal, ou seja, a jurisdição abusiva possui origem na pretensão de um Estado de praticar atos de *imperium*, exercendo comandos sobre o território de outro Estado²⁶⁶. Ocorre que esses atos não encontram fundamento no direito internacional, devendo ser evitados, porquanto representam desrespeito à soberania dos outros estados. O artigo 2(1) da Carta da ONU²⁶⁷ contém a previsão do princípio da igualdade entre os países, de modo que o uso da força, independente da espécie, constitui um dos fatores de limitação da soberania estatal.

²⁶⁴ SILVA, 2010, p. 416-419.

²⁶⁵ SILVA, 2010, p. 419.

²⁶⁶ SILVA, 2010, p. 425.

²⁶⁷ Segundo o texto integral do Tratado: *Artigo 2: A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros. [...]*.

Nesse âmbito, é fundamental o consentimento dos Estados para aplicação de ato emanado por outro, não possuindo qualquer efeito para legitimar um ato estatal a utilização do uso da força, imposição dos interesses e das opiniões individuais sobre os demais países. Sendo assim, a legitimidade não diz respeito à instituição elaboradora da norma pela qual pretende conferir dimensão internacional, mas ao consenso dos Estados a respeito da legalidade de determinadas regras ou práticas na esfera internacional.

Conforme disposto por Augusto Jaeger Junior, e já citado por este trabalho: *problemas internacionais clamam por soluções internacionais*²⁶⁸.

Os Estados devem reconhecer que os mecanismos tradicionais de direito interno não são mais suficientes para regular as empresas com atuação multijurisdicional, bem como as economias intrincadas dos países não podem mais ser vistas com base apenas nos direitos nacionais²⁶⁹. Os atuais direitos desconhecem fronteiras e desenvolvem sua própria forma de evoluir.

A expansão do direito e das relações interestatais para a esfera internacional resultou na transformação do direito internacional, que, partindo de meras regras negativas de abstenção de prática de condutas, ora necessita de regras bilaterais ou de tratados internacionais²⁷⁰, e de colaboração entre as autoridades nacionais, aproximando-se do mecanismo multilateral para o tratamento da questão.

Entretanto, os esforços para promover a cooperação e a harmonização das legislações concorrenciais têm variado ao longo dos anos, enfrentando questões políticas e econômicas, ressaltando-se a influência dos aspectos nacionais, industriais e econômicos nesses processos²⁷¹. O combate às práticas anticoncorrenciais encontrou novas frentes, com os

²⁶⁸ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 29.

²⁶⁹ Segundo Silva, *a globalização demanda a ação construtiva dos Estados, de modo a assegurar o equilíbrio e a harmonia das relações interestatais. Não é mais hoje suficiente a transposição de práticas e princípios de soluções de questões jurisdicionais internas para a esfera internacional, sem qualquer preocupação com sua viabilidade. Na medida em que os conflitos se apresentam no direito concorrencial possuem dimensão internacional, os mecanismos tradicionais, sobretudo aqueles de Direito Internacional Privado, mostram-se de todo inaptos a dirimir os conflitos de forma satisfatória e definitiva, e a unidade do Estado torna-se um problema.* SILVA, 2010, p. 420-421.

²⁷⁰ FORGIONI, 2013, p. 440.

²⁷¹ EZRACHI, Ariel e KINDL, Jir˘ I'. Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional (Tradução de Virginia de Melo Dantas). Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v.

acordos entre os entes internacionais, os processos de integração regional e as disposições de *soft law*²⁷².

Diante do exposto, retomando o problema de pesquisa apresentado na introdução desta monografia, que consiste na investigação sobre a adequação da aplicação extraterritorial do direito da concorrência como medida de preservação da concorrência internacional, chega-se à última uma resposta parcial do trabalho, que novamente é negativa. A aplicação unilateral do direito não é uma medida adequada na defesa da concorrência, conforme apontado pelas diversas reações internacionais e reiterado pelas críticas doutrinárias apresentadas.

A aplicação extraterritorial do direito da concorrência carece de legitimidade no que tange à execução de normas e de decisões para além das fronteiras estatais, bem como se encontra em desacordo aos princípios do direito internacional, demonstrando-se necessária a adoção de medidas bilaterais ou multilaterais na defesa da concorrência.

Em que pese a visível conveniência da criação de um sistema internacional de regulação da concorrência, mostra-se difundida a sua aplicação extraterritorial, por um número muito grande de países. Essa lacuna gerada pela ausência de um direito internacional da concorrência e pelo exercício unilateral da jurisdição, demonstra a urgência de implementação de medidas mais eficientes e menos agressivas, com amparo no direito internacional.

1, Maio 2013, p. 149. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/44>>. Acessado em: 10 de abril de 2014.

²⁷² SILVEIRA, Paulo Burnier da e OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 1, Maio 2013, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/43/7>>. Acesso em: 10 de abril de 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu contribuir para a discussão sobre a aplicação extraterritorial do direito da concorrência pelos países. Diante disso, a análise dos mais importantes sistemas de direito da concorrência mundiais, que consistem naqueles dos Estados Unidos e da União Europeia, bem como o estudo do sistema brasileiro, foram fundamentais para chegarmos a uma resposta já apontada pela doutrina nacional e internacional, que é basilar para o tema: a falta de legitimidade da aplicação unilateral do direito.

Diante disso, retoma-se o problema de pesquisa apresentado na introdução desse trabalho, e respondido parcialmente ao longo de seu desenvolvimento, que consiste na pergunta: a aplicação extraterritorial do direito da concorrência é uma medida adequada a ser adotada pelos países e blocos econômicos, no intuito de preservação da concorrência internacional? Considerando a investigação bibliográfica e jurisprudencial realizada ao longo do trabalho, a resposta a que se chegou foi negativa.

A aplicação unilateral do direito da concorrência por um país ou bloco econômico não é uma medida adequada, no que tange à defesa da concorrência. Na doutrina e na jurisprudência, destaca-se a questão dos efeitos e a validade da utilização deste critério, como elemento de conexão sob o prisma do direito internacional.

Com efeito, a prática da aplicação unilateral do direito da concorrência não encontra fundamentos e tampouco suporte no direito internacional, restando marginalizada pela sociedade internacional, porquanto considerada inaceitável. Essa medida acaba por fragilizar as relações diplomáticas entre os Estados e por criar reações por parte de membros da organização internacional, tendo em vista que o unilateralismo, para muitos países, é utilizado de forma completamente abusiva.

Ademais a jurisdição internacional praticada em adequação com o direito internacional demonstra-se, por ora, insuficiente para prevenir as práticas limitadoras da concorrência, pois encontra barreiras na soberania estatal ou na fragilidade dos meios de aplicação.

Dessa maneira, conclui-se que existem algumas soluções viáveis para sanear os problemas surgidos com a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, que são arroladas pela doutrina como os acordos bilaterais de cooperação e o multilateralismo, com a criação de uma autoridade antitruste internacional para solucionar os conflitos entre as nações.

Salienta-se, nesse aspecto, que a colaboração entre as autoridades da concorrência tem sido eficiente na investigação de práticas anticompetitivas que envolvam mais do que um Estado, ou seja, multiterritoriais. Os países podem demonstrar a convergência de interesses entre eles, em detrimento da visível prevalência do interesse individual quando da aplicação unilateral do direito.

Neste prisma de ineficácia do modelo existente, e à luz do amadurecimento do direito internacional da concorrência, surgiram as normas de cooperação e colaboração entre os Estados, de modo a garantir segurança jurídica a eles e aos interesses dos particulares sobre as práticas competitivas, e, também, a diminuir as controvérsias existentes pela aplicação extraterritorial do direito.

Conforme ensina Wagner Menezes, a cooperação tem como pressuposto reciprocidade de assistência entre os Estados, baseada na igualdade entre estes, de forma a enfrentar determinado problema comum²⁷³. Consiste, então, na assistência mútua, como meio de proporcionar o desenvolvimento da comunidade internacional.

A cooperação pode ser identificada no âmbito processual jurídico-formal, sob a forma de tratados, acordos e outros documentos, bem como, no âmbito material, pela justiça social, saúde, direitos humanos e outros²⁷⁴. Sendo assim, a cooperação jurídica internacional, significa, em sentido amplo, o *intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado*, havendo, atualmente

²⁷³ MENEZES, Wagner. **Derecho Internacional en América Latina**. Brasília: Funag, 2010 p. 236.

²⁷⁴ Sobre o tema: “La acción de los Estados para promover la cooperación ha sido emprendida de varias maneras, en algunos casos de forma libre, con base en la buena voluntad de los pueblos en ayudarse, por ejemplo, ante un problema incidente conjunto, como el caso de en que son tomadas medidas contra la proliferación de epidemias o contaminación de los mares. Otras veces, ante la firma previa de tratados que reglamentan el comprometimiento de los Estados en el sentido de promover auxilio mutuo, o aún, por la creación de organizaciones internacionales con la finalidad específica de buscar objetivos conjuntos y enfrentar problemas comunes en las más variadas áreas que afectan la vida de los Estados, como: salud, educación, alimentación, cultura, entre otros temas.” MENEZES, 2010, p. 236.

*possibilidade de atuação administrativa do Estado nessa matéria, em modalidades de contato direto entre os entes estatais*²⁷⁵.

Destaca-se, ainda, nesse aspecto, o desenvolvimento dos processos de regionalização internacional, mediante a criação dos blocos econômicos e a promulgação de legislações da concorrência *intra* bloco, de modo a permitir um diálogo entre eles. Esse é o primeiro passo, segundo a doutrina, para a criação de um Código Antitruste Internacional²⁷⁶.

Salienta-se que a viabilização do acesso aos novos mercados promoveu uma necessidade de maior rigor nas normas da concorrência e sua aplicação, de acordo com os critérios técnicos, minimizando a imparcialidade e influência da política interna dos países. Desse modo as organizações multilaterais oferecem uma saída eficiente, ao sopesar os interesses estatais envolvidos, apresentando-se como um fórum de julgamento de conflitos de forma mais neutra.

Diante de todo o exposto, conclui-se que as medidas mais adequadas a serem adotadas pelos Estados são os acordos bilaterais de cooperação internacional, ou a regulação multilateral, visando a uma legislação internacional sobre o assunto.

É evidente que a realidade econômica globalizada encontra-se em descompasso com a delimitação estatal territorial, de modo que é pungente a necessidade de criação de um mecanismo internacional eficiente para lidar com os embates do direito contemporâneo, sendo concretizado o reconhecimento das instituições da comunidade internacional como importantes fóruns para apresentação de soluções a problemas comuns, aproximando o conceito do direito internacional da visão kantiana de política de paz²⁷⁷.

²⁷⁵ ARAUJO, Nadia de. **A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional**. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2008, p. 40.

²⁷⁶ Não pode deixar de ser mencionado, nesse ponto, a tentativa de promulgação do Código Internacional Antitruste, com nome original de Draft International Antitrust Code - DIAC, proposta apresentada em 27 de julho de 1993 no âmbito do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent. O seu objetivo era celebrar um código internacional, constituindo-se uma autoridade internacional no âmbito da OMC, entre outras provisões. O código, entretanto, não foi aprovado, deixando um legado de construtivas discussões e avançados estudos. Sobre o tema, ver: JAEGER JUNIOR, 2008, p. 193-210.

²⁷⁷ Ver: KANT, Immanuel. **Rumo à paz perpétua**. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010.

REFERÊNCIAS

ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 33, n. 1, 1992, p. 1-50.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas comunidades europeias**. 2. ed. actual. e ampl. Coimbra: Coimbra, 1992, 361 p.

ANDERSON, Robert; HOLMES, Peter. **Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System**. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.195.9366&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 07 de março de 2014.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 660 p.

_____. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. *In*: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil**. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2012, p. 31-48.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, 204 p.

BASEDOW, Jürgen. The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 42, 2007, p. 429-439.

BOTTA, Marco. **The Cooperation between the Competition Authorities of Developing Countries: Why does it not Work? Case study on Argentina and Brazil**. *The Competition Law Review*, v. 5, Issue 2, 2009, p. 153-178.

CASELLA, Paulo Borba. **Extraterritorialidade e proteção da livre-concorrência**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 96, 2001, p. 501-519.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência: exposição didática, área do direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 429 p.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação**. Curitiba: Juruá, 2001, 230 p.

CARVALHO, Vinicius Marques de e LIMA, Ticiane Nogueira Cruz de. Nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira. Comentários sob uma Perspectiva Histórico-Institucional. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE**, Brasília, n. 19, jul. 2012, p. 7-34.

CASTEL, Jean-Gabriel. The extraterritorial effects of antitrust laws. **Recueil des Cours**. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1983, t. 179, p. 9-144.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 1323 p.

COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: CONCORRÊNCIA**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/competition_pt.pdf>. Acesso em 09 de março de 2014.

DENNIS, Kenneth. **“Competition” in the history of economic thought**. New York: Arno Press, 1977, 355 p.

EZRACHI, Ariel e KINDL, Jir̃ I'. Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional (Tradução de Virginia de Melo Dantas). **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, Maio 2013, p. 149-169.

FARIA, José Ângelo Estrella de. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 105, 1990, p. 19-46.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência - origem histórica e base constitucional. **Revista do Mestrado em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 2, 1994 p. 65-74.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, 478 p.

FRANCESCHINI, Jose Inacio Gonzaga. **Poder econômico – exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, 684 p.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 456 p.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, 391 p.

GRECHENIG, Kristofeffel e GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyehof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325 - 394.

HOVENKAMP, Herbert. The Federal Trade Commission and the Sherman Act. **Florida Law Review**, Gainesville, v. 62, 2010, p. 12-13.

HOVENKAMP, Herbert J. e HOVENKAMP, Erik N. The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 51, n. 2, 2009, p. 273-303.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência – Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008, 434 p.

_____. **Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, 807 p.

JENNINGS, Robert Yewdall. Extraterritorial jurisdiction and the United States antitrust laws. **The British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 33, 1957, p. 148-175.

KANT, Immanuel. **Rumo à paz perpétua**. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010, 119 p.

MANN, Frederik Alexander. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years. **Recueil des Cours**. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, t. III, v. 186, 1984, p. 9-116.

MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial das leis nacionais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 66, 1983, p. 157-177.

_____ As leis da concorrência e a globalização: a competência extraterritorial do CADE. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 113, 1999, p. 20-44

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 507 p.

MENEZES, Wagner. **Derecho Internacional en América Latina**. Brasília: FUNAG, 2010, 386 p.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Desenvolvimento e Concorrência. *In*: BARRAL, Welber. **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005, 359 p.

_____ **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lax Editora, 2006, 266 p.

NEREP, Erik. **Extraterritorial Control of Competition under International Law: with special regard to US Antitrust Law**. Stockolm: Norsdedt & Söners Förlag, 1983, 733 p.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, 290 p.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 495 p.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 206 p.

PEREIRA, Jose Edgard de Amorim. A doutrina holandesa do “Comitas Gentium”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, 1963, p. 80-114.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936, 256 p.

RODAS, João Grandino. **Sociedade Comercial e Estado**. São Paulo: Editora Unesp, 1995, 449 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002, 208 p.

_____. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, 632 p.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e Silva. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2006, 528 p.

SILVEIRA, Paulo Burnier da e OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, Maio 2013, p. 4-15.

WEBBER, Marianne Mendes. Perspectiva unilateral do Direito Internacional da Concorrência: a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência. In: MENEZES, Wagner (org.). **Estudos de Direito Internacional: anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 239 - 253.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, 464 p.