

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL NERY TORRES

DIREITO CONCORRENCIAL NA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA:

Abuso de posição dominante das Empresas Estatais Chinesas
no cenário internacional.

Porto Alegre

2016

RESUMO

O Direito Internacional da Concorrência é o ramo do direito que protege o exercício da liberdade de concorrência. Liberdade esta que, com o desenvolvimento do mundo globalizado, vem sendo atacada pelas multinacionais, causando prejuízo às economias tanto locais quanto internacionais, assim como aos consumidores, se fazendo necessária a intervenção estatal para regulação desses conflitos. Entretanto, emerge um novo conflito quando o Estado detém o controle acionário de uma empresa, como é o caso das empresas estatais. Tal panorama vem se agravando e causando conflitos concorrenciais no cenário global. A China, país em que tradicionalmente o governo detinha controle de todas as empresas nele constituídas, após a abertura de mercado, vem adotando constantes reformas de políticas de mercado com o viés de introduzir a alta tecnologia e expandir as relações comerciais com os demais países do mundo. Hodiernamente, após as reformas comerciais e estruturais das empresas estatais, a China determinou que setores-chave considerados importantes para segurança econômica chinesa serão de controle estatal, isto é, com monopólio estatal. Isto posto, a presente investigação procurou verificar se as empresas estatais chinesas estariam abusando de sua posição dominante para além das fronteiras e infringindo, sobretudo, a própria legislação concorrencial da China, cuja promulgação fora exigida pelos demais membros da Organização Mundial do Comércio. A investigação se dividiu em três partes essenciais: primeiro sobre as transformações econômicas, mercantis, sociais e jurídicas chinesas, principalmente no período posterior ao século XX; na segunda parte, se tratou do direito concorrencial na China, confrontando-o com as empresas estatais; e no último capítulo, foram verificados casos administrativos e judiciais perante os órgãos de regulamentação concorrencial. Pretendeu-se, pelo método dedutivo de pesquisa, verificar se a dicotomia formada entre a proteção governamental às empresas estatais fere a liberdade de um mercado competitivo. Buscou-se, assim, verificar se a atividade das empresas estatais chinesas ocupou fatia relevante de mercado a ponto de abusar da sua posição dominante e se é a China um palco para a aplicação de penalidades, visando à ordem e à liberdade concorrencial. Conclui-se que ocorre tratamento desigual na imposição de penalidades por práticas de abuso de posição dominante quando se tratam de

empresas estrangeiras e empresas estatais chinesas. Denotou-se por meio da análise casuística que os esforços dos órgãos de fiscalização concorrencial chineses no combate a práticas anticoncorrenciais são alcançados, até o presente momento, quando versam sobre empresas estrangeiras, enquanto que as empresas estatais recebem tratamento dessemelhante e permissivo às práticas monopolistas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional da Concorrência – Empresas Estatais Chinesas – Abuso de Posição Dominante.

ABSTRACT

The International Competition Law is the law that protects the freedom of competition. Freedom of which, with the development of the globalized world, comes under attack by multinationals, causing damage to the economies both local and international, as well as consumers, making it necessary the state intervention to regulate these conflicts. However, emerges into a new conflict when the state holds a controlling stake of the company, such as state-owned enterprises. This scenario has been growing worse and causing conflicts competitive on the global stage. China, which traditionally held control of all companies set up in it, after the opening of the market, has been adopting constant market policy reforms with the bias to introduce high technology and expanding trade relations with other countries worldwide. In our times, after trade and structural reforms of state-owned enterprises, China has determined that key sectors of the economy considered important to China's economic security will be of state control. Accordingly, the present investigation sought to ascertain whether chinese state-owned enterprises were abusing their dominant position beyond the borders and in particular violating China's own competition law, which was demanded by the other members of the World Trade Organization. The investigation was divided into three essential parts: first on the chinese economic, mercantile, social and legal transformations, mainly in the period after the twentieth century; on the second part, it dealt with competition law in China, confronting it with state enterprises; and in the last chapter, administrative and judicial cases were verified before the regulatory bodies of competition. It was intended, by the deductive method of research, to verify if the dichotomy formed between governmental protection of state-owned enterprises hurts the freedom of a competitive market. It was therefore sought to ascertain whether the activity of Chinese state-owned enterprises occupied a relevant market share to the extent of abusing its dominant position and whether China is a stage for the application of penalties for order and competitive freedom. It is concluded that there is unequal treatment in the imposition of consequences for abuse of dominant positions when dealing with foreign companies and chinese state-owned enterprises. The case-by-case analysis has shown that the efforts of Chinese competition authorities in the fight against anti-competitive practices have so far been reached when dealing with foreign companies,

while state-owned enterprises are treated differently and permissively from monopoly practices.

KEY-WORDS: International Competition Law – Chinese State Owned Enterprises – Dominant Position Abuse.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMEA	Anti-Monopoly Enforcement Authority
AMC	Anti-Monopoly Commission
APEC	Cooperação Econômica Ásia-Pacífico
AUCL	Against Unfair Competition Law
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCP	Partido Comunista Chinês
CNOOC	China National Offshore Oil Corporation
DIAC	Draft Internacional Antitrust Code
DOJ	Department of Justice
EU	União Europeia
EUA	Estados Unidos da América
FDI	Canada Foreign Direct Investment
FTC	Federal Trade Commission
FRAND	Fair, Reasonable and Non-Discriminatory
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GPCL	General Principles of Civil Law
GRCC	Grupo Para Redação do Código Civil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
LAM	Lei Antimonopólio
MOFOM	Ministry of Commerce (People's Republic of China)
NDRC	National Development and Reform Commission
NPC	National People's Congress
OCDE	Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development

OMC	Organização Mundial do Comércio
PIB	Produto Interno Bruto
PRC	República Popular da China
RMB	Chinese Yuan
SAIC	State Administration for Industry and Commerce
SAIC	State Administration for Industry and Commerce
SASAC	State-Owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council
SASAC	State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council
SETC	State Economic and Trade Commission
SDPC	State Development Planning Committee
SOEs	State-owned enterprises
SSNIP	Small but significant and non-transitory increase in price
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado De Funcionamento Da União Europeia
TRISC	Tangshan Renren Information Service Company
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
WTO	World Trade Organization

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
I – RAÍZES DA EXPERIÊNCIA CONTEMPORÂNEA CHINESA	15
A – Transformações na China a partir do século XX	17
B – China Contemporânea	32
II – DIREITO CONCORRENCIAL CHINÊS.....	49
A – Evolução legislativa em matéria de defesa da concorrência.....	49
B – Direito concorrencial em vigor na China	66
III – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE DAS EMPRESAS ESTATAIS CHINESAS	88
A – Relevância das empresas estatais para o modelo de capitalismo de estado chinês e a verificação do abuso de posição dominante	89
B – Análise casuística	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A metamorfose em diversos ramos na China, sejam eles de fundamentos econômicas, jurídicas ou sociais, tem sua origem no passado recente: cerca de 100 anos atrás. A compreensão do salto de todas as modificações de uma civilização milenar de ascensões e desenvolvimentos peculiares é uma tarefa complexa em meio aos antagonismos de modernidade e tradição, de proteção ao comércio interno e externo, ou seja, de tarefas que são oriundas de transformações culturais, econômicas e tecnológicas.

O cenário que a China se encontra hodiernamente não foi uma tarefa simples. Este estudo de dissertação oferece uma introdução sobre a cultura, historicamente patriarcal, de ausência de litígio jurídicos, para a incorporação de uma consciência jurídica para o desenvolvimento econômico do país.

Dentro desse espírito de descobrimento sobre um sistema no qual nós, ocidentais, não estamos habituados, é que se mostra a relevância desse trabalho. A China está mostrando que é um exemplo em diversos aspectos e precisamos aprender com a sua experiência para que também possamos suprir as nossas carências, as nossas lacunas. A China, como é cediço, é capaz de influenciar a economia global atualmente, contudo sua história nem sempre se mostrou desse modo.

Veremos no capítulo inicial que ela passou por processos de ocidentalização do seu direito interno, quando da queda da Dinastia Qing (1912), posteriormente por afastamento dessa e aproximação dos estudos baseados na ciência jurídica soviética, com as transformações legais decorrentes da Revolução Comunista (1949).

Também pretendemos oferecer uma noção geral acerca das políticas externas chinesas, com enfoque no pensamento vigente logo após a queda da referida Dinastia, as reformas promovidas desde então e as contribuições que refletiram para que a China emergisse na ordem política mundial.

Outro ponto que se mostra relevante é a verificação de qual o grau de intervenção estatal na economia, uma vez que a concentração do poder econômico

é uma ameaça para assegurar uma concorrência livre e justa. A concorrência entre empresas chinesas e estrangeiras podem ser prejudicadas não só pela formação de cartéis, por monopólios, mas também por "abuso de posições dominantes", isto é, buscaremos verificar a capacidade de domínio de mercado, e as vantagens decorrentes de tal posição na esfera global.

Nos últimos anos, as empresas estatais tornaram-se um veículo indispensável para o desenvolvimento econômico, sobretudo na China. Ela viveu período de um completo monopólio estatal do poder econômico. Esta política econômica foi abandonada em 1978 e a seguinte discussão da política e do direito da concorrência na China resulta diretamente dessa mudança, ensejando em um conjunto de regras para regular a economia de mercado socialista.

O objetivo desse estudo é, portanto, revisar se os governos e proponentes do direito da concorrência nos países em desenvolvimento (nesse caso, a China) buscam combater efetivamente abusos de posição dominante por empresas públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, em suas respectivas economias.

O esforço de formular uma resposta a esta questão se mostra relevante posto que as práticas que geram dominância mercadológica, incluindo fusões e aquisições já atingem empresas cujas sedes estão situadas além das fronteiras chinesas, como Estados Unidos da América, União Europeia, Austrália, entre outros.

Embora as leis antitruste tenham sido introduzidas pela primeira vez no Canadá e nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, posteriormente as leis de concorrência foram gradualmente adotadas em muitas jurisdições. Hoje, todos os membros da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) promulgaram legislações concorrenciais. Países em desenvolvimento também promulgaram tais leis e, mais recentemente, em 2007, a China promulgou um novo estatuto antitruste após mais de duas décadas de estudos, resultando na formulação da Lei Antimonopólio, que foi adotada pelo Comitê Permanente da 10ª Assembleia Popular Nacional (NPC) em 30 de agosto de 2007 e entrou em vigor em 1º de agosto de 2008.

Além disso, muitos países, incluindo a China, criaram reguladores setoriais para investigar, punir e dissuadir empresas com poder de mercado operando nas indústrias de rede que fornecem inúmeros serviços essenciais aos consumidores,

produtores e ao governo. Contudo, a aplicação efetiva do direito da concorrência na China é um ponto que chama atenção devido às suas características de proteção aos setores considerados essenciais à segurança econômica chinesa. Assim, a relevância de se investigar os mecanismos de proteção ao direito concorrencial chinês, assim como os órgãos administrativos encarregados de tal tarefa, e, por fim, os julgamentos que já ocorreram, são essenciais para a verificação da possibilidade de danos causados por abusos de posição dominante por parte das empresas.

Com o desenvolvimento significativo da economia, tornou-se inevitável a necessidade de introduzir o direito da concorrência na China. Como afirmado por Xiaoye Wang, a referida norma concorrencial deve ser formulada de modo a criar um ambiente justo e livre concorrência, se a China deseja adotar a concorrência e os mecanismos de mercado como meio de alocação de recursos. Um evento significativo na transição da economia do país de um planejamento central para uma "economia de mercado com características socialistas".

A adoção do direito da concorrência é um dos muitos desenvolvimentos que refletem a crescente internacionalização da China na sequência da sua adesão à Organização Mundial do Comércio (WTO). A lei culminou anos de debate e elaboração, destaca-se por ser a primeira lei que abrange diversos aspectos do direito concorrencial e é sobretudo dedicada ao comportamento monopolista. Devido ao contexto político e econômico particular na China, a LAM também inclui disposições específicas que tratam de abusos de monopólios administrativos, associações comerciais e empresas estatais (SOEs).

Este trabalho procura fornecer o contexto do sistema jurídico e político chinês para que se possa suprir muitas incertezas que permanecem sobre a maneira como a Lei Antimonopólio será interpretada e aplicada. Embora as autoridades antimonopólio tomaram algumas decisões e promulgaram conjuntos de regras, e casos judiciais têm sido julgados em tribunais chineses, ainda não se sabe se a LAM e os órgãos de defesa da concorrência são capazes de prover segurança jurídica como este novo regime de concorrência às condutas denominadas de abuso de posição dominante.

A formulação, promulgação e desenvolvimento da Lei Antimonopólio (LAM) ganharam atenção dentro e fora da China. Livros e diversos artigos em revistas

acadêmicas foram publicados nos últimos dez anos. Os estudiosos principais nesta área incluíram, por exemplo, Xiaoye Wang, Xianlin Wang, Guangyao Xu, Baoshu Wang, Yanbei Meng, e Liangchun Yu. Alguns livros e um grande número de artigos também foram publicados fora da China.

Este trabalho pretende investigar a possibilidade de abuso de posição dominante das empresas estatais chinas, ferindo o direito concorrencial na República Popular da China. Delimitou-se o tema a partir da seguinte problemática: o tratamento desigual às empresas estatais no modelo chinês de defesa da concorrência no que tange a práticas monopolistas e seus atos de concentração em países estrangeiros.

O presente estudo almeja, principalmente, investigar se a Lei Antimonopólio em vigor na República Popular da China, desde 2008, cumpre o compromisso firmado entre a China e os membros da Organização Mundial do Comércio no sentido de se criar um ambiente jurídico concorrencial naquela. Busca-se, ainda, analisar o ordenamento jurídico concorrencial chinês e confrontá-lo com a atual situação econômica em que esta nação se encontra.

Esse estudo procura responder a uma série de perguntas sobre as empresas estatais e sobre o papel que desempenham na economia, na política interna e externa da China. Estas questões podem ser objetivadas da seguinte forma: 1) qual a relevância das empresas estatais para a economia da China? 2) de que forma se identifica a atuação das empresas estatais no atual cenário internacional? 3) servirá a Lei Antimonopólio chinesa como meio a tutelar a defesa da ordem concorrencial internacional? 4) comprova-se o abuso de posição das empresas estatais chinesas?

O esforço, desta forma, será no sentido de descobrir se o papel da economia chinesa servirá ao desenvolvimento do mundo globalizado para os próximos anos, assim como averiguar se o processo de ocidentalização chinês, seja jurídico ou mercadológico, servirá aos anseios da comunidade internacional para que se crie um ambiente salutar com relação às práticas de comércio internacional sem que se fira a liberdade da concorrência.

Na primeira parte do trabalho serão expostas a evolução social, mercantil, econômica e jurídica na China, desde o início do século XX, conceituando e apresentando a conjuntura que o país vivenciou neste ínterim. Após tal exame,

descrita a evolução da legislação concorrencial e a em vigor, assim como se discorrerá sobre os respectivos órgãos fiscalizadores.

No segundo momento, almeja-se conhecer a evolução legal do direito da concorrência na República Popular da China, desde sua origem até a legislação em vigor, para que assim possa-se estabelecer toda a transformação e o desenvolvimento jurídico à tutela concorrencial em um país que adota políticas contrastantes aos da cultura ocidental. Tal conhecimento será de suma importância para que se possa ao final verificar o tratamento dado especificamente às empresas estatais (SOEs).

Superada a formação de tais bases, passar-se-á a buscar pelas condições para a configuração do abuso de posição dominante e as peculiaridades legislativas das empresas estatais. Para tanto, serão investigadas as condutas que são passíveis de repreensão perante a legislação chinesa destinadas aos atos que visem ao monopólio, ou seja, condutas de concentração, de abuso de posição dominante, fixação de preço, vedação ao ingresso de outras empresas no mesmo ramo de mercado, etc.

Ao final, quando da análise da atividade das empresas estatais *per se*, buscaremos a parcela de mercado (*Market Share*) que elas detêm com o escopo de averiguar se estão abusando de sua posição dominante. Para tanto, imperioso se faz retratar alguns julgamentos das autoridades antimonopólio sobre casos semelhantes, visando compreender o posicionamento adotado. Tais exames servirão para que se permita verificar a indagação principal deste estudo: se há o abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas e se a China proporciona mecanismos eficazes para repreensão de atos que prejudiquem a concorrência.

A atual norma concorrencial chinesa, a Lei Antimonopólio, foi citada por alguns juristas como um “tigre sem dentes”. O esforço será no sentido de examinar os motivos pelos quais estão havendo essas críticas e se a mesma serve para obstar as práticas monopolistas utilizando-se a jurisdição chinesa no caso de um eventual litígio por abuso de posição dominante das estatais.

Ademais, não se pode olvidar de conhecer as autoridades concorrenciais, em outras palavras, devemos observar quais são as autoridades encarregadas das práticas anticoncorrenciais, assim como o nível de sua atuação perante empresas

não só estatais, mas também perante empresas privadas nacionais ou estrangeiras. Dessa forma, almeja-se concluir se há tratamento igualitário ou, de alguma forma, desigual em detrimento de uns ou benefício de outros.

O tema, como veremos, é de relevância multilateral, pois pode vir a atingir todo o mercado global, surtindo efeitos para além das fronteiras chinesas, que já se encontra em posição de segunda maior economia do mundo.

Uma vez superadas as questões prefaciais, adentra-se ao exame da presente investigação, começando pelo capítulo denominado “Raízes da Experiência Contemporânea Chinesa”.

I – RAÍZES DA EXPERIÊNCIA CONTEMPORÂNEA CHINESA

A China possui uma civilização milenar, todavia, pretende-se limitar este estudo aos anos posteriores ao século XX. Não obstante, os desafios devem exorbitar a seara jurídica para que permita-nos conhecer a imensa complexidade chinesa, através de temas políticos, econômicos e sociais.

Uma das perguntas enigmáticas que enfrentam os engajados nos estudos chineses é como compreender e interpretar as transformações históricas da China moldadas por mudanças fundamentais e grandes sucessos nas últimas três décadas. Quais são as forças motrizes internas e as influências externas por trás dessas transformações?

Pretende-se investigar como a China passou de uma economia detida e controlada pelo Estado (Socialismo de Estado) para um modelo rotulado com terminologias contraditórias - "economia de mercado com características chinesas" ou "capitalismo de Estado".

Neste presente capítulo será desenvolvida a base para a formação do raciocínio a que se pretende ao final alcançar. Neste ponto, demonstrar-se-á a realidade vivenciada na China ainda no período de economia predominantemente agrária, onde sequer os primeiros passos para uma industrialização haviam sido dados, passando em sequência à compreensão das mudanças vivenciadas, que permitiram o surgimento da industrialização (ainda incipiente), fundada inicialmente no modelo russo de "State Syndicate", e, posteriormente, a modificação pelo modelo de Capitalismo de Estado, originários da Coreia do Sul, Japão e Cingapura. Estes panoramas servirão para aferir como ocorrem as transformações desde a sua origem na China e verificar os fatores que serviram de substrato para seu retrato atual de segunda maior potência mundial.

Destacaremos, na presente investigação, mormente, neste capítulo inicial, de que forma a China se desenvolveu ao longo dos séculos XX e XXI, desde a formação da sua República, passando pelas reformas políticas e jurídicas, assim como pelo

ingresso na Organização Mundial do Comércio, até a sua situação hodierna, na qual se tornou um polo de importação e de exportação no cenário internacional¹.

Retrataremos três momentos históricos que consideramos essenciais para a compreensão da China do passado: a queda da Dinastia Qing, a Revolução Comunista de 1949 e a Era pós Mao Zedong. Tais marcos históricos foram determinantes para formar a compreensão do China moderna e do desenvolvimento direito concorrencial na mesma. A partir desses relevantes momentos na recente historicidade chinesa, reformas advieram desde então, ensejando em imperiosa análise.

Pode-se assim dizer que limitaremos este estudo ao período compreendido entre o declínio da Monarquia e a proclamação da República, no início do século XX, com vistas a formar, a partir de então, uma base de conhecimento acerca da sua economia, da sua política, e, sobretudo, do seu direito.

Seguindo critério cronológico, começar-se-á pela busca da visão geral do seu passado, para que se possibilite adentrar na atual conjuntura e enfrentar o ponto específico deste trabalho: o direito concorrencial chinês. É necessário ainda destacar que o raciocínio a seguir exposto será no sentido de uma construção metodológica dedutiva, isto é, do amplo ao específico. Logo, a historicidade terá como marco inicial a queda da monarquia e a instauração da república, alcançando ao final a conjuntura hodierna chinesa na segunda parte deste primeiro capítulo. Nesta, analisaremos os fatores que ensejaram no desenvolvimento econômico chinês, como a política de

¹ Segundo dados coletados por Vera Thorstensen, o valor do comércio mundial de bens atingiu, em 1997, a cifra de cerca de US\$ 5,5 trilhões, com taxa de crescimento de 3% em relação a 1996. O valor do comércio de serviços, em 1997, cresceu 2% em relação a 1996 e atingiu a cifra de cerca de US\$ 1,3 trilhões. THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 41, n. 1, p. 57-89, Jun. 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06 Jun. 2016. Contudo, segundo a própria OMC, em 2014, as exportações de serviços comerciais de membros da OMC totalizaram US\$ 4,87 trilhões. O comércio experimentou forte crescimento de 1995-2001, seguido por um boom de 2002-2008, acompanhada pelo aumento dos preços das commodities. A adesão da China à OMC em dezembro de 2001 abriu o caminho para a sua ascensão econômica e contribuiu significativamente para o aumento do comércio mundial 2002-2008. Na sequência da crise financeira em 2008, o comércio caiu acentuadamente em 2009 antes de se recuperar fortemente em 2010 e 2011. No entanto, o crescimento do comércio, desde então, tem sido extraordinariamente fraco. A crise financeira de 2008, desencadeada pela crise dos empréstimos *subprime* nos Estados Unidos, levou a uma recessão global entre 2008 e 2011. O volume de exportações mundiais despencou 12 por cento em 2009, enquanto produto interno bruto (PIB) caiu 2 por cento. WORLD TRADE ORGANIZATION. **International Trade Statistics 2015**: Trade in goods and services has fluctuated significantly over the last 20 years. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2015_e/its15_toc_e.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

abertura econômica para o comércio exterior, o ingresso na Organização Mundial do Comércio, dentre outros.

A – Transformações na China a partir do século XX

Depois da derrota, em 1895, na batalha contra o Japão, assim como após a invasão de oito países estrangeiros, em 1900, com o pretexto de derrubar a Rebelião Boxer, a China foi completamente reduzida a um membro periférico do mundo capitalista. Não só teve o seu sistema de comércio do Leste Asiático completamente desintegrado, mas também havia se tornado um Estado soberano enfraquecido, semifeudal e semicolonial².

Este período refere-se aos últimos anos da Dinastia Qing³, em que o país vivenciava, conforme relata Chen⁴, constantes rebeliões internas, invasões estrangeiras e calamidades naturais. Os valores culturais tradicionais e o próprio sistema político passaram a ser questionados, levando o império a rever sua tradição jurídica⁵. Portanto, reformas legais não podiam mais ser adiadas. Na verdade, a reforma era imperativa, em decorrência do aumento na atividade revolucionária no sentido de derrubar a dinastia⁶.

Reconhecendo que a China enfrentava a possível extinção como um Estado se seus líderes não tentassem resolver a horda de problemas na frente deles⁷, o

² LI, Minqi. **The Rise of China and the Demise of the Capitalist World Economy**. New York: Monthly Review Press, 2008. p. 8.

³ A Dinastia Qing perdurou de 1644-1912 d.C.

⁴ CHEN, Lei. The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective. **The Legal History Review**, [s.L], n. 78, fev. 2015. p. 163.

⁵ VALADARES, André Garcia Leão Reis. A experiência normativa na China: passado e presente. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 68.

⁶ CHEN, Lei. The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective. **The Legal History Review**, [s.L], n. 78, fev. 2015. p. 163.

⁷ SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China: A History in Documents**. New York: Oxford University Press, 2004.p. 25-26.

imperador da dinastia Qing nesse período, Guangxu, almejava aprender com a experiência ocidental e japonesa e realizar as modificações necessárias⁸.

Entretanto, por mais que os líderes governistas tomassem as mais diversas medidas, os chineses nacionalistas os consideravam a raiz dos problemas da China, dando-se início a uma revolução interna (em outubro de 1911 até fevereiro de 1912), levando à queda do imperador e ao fim da monarquia chinesa. Esta revolução, chamada de Xinhai, foi a responsável pela instalação da primeira República da história chinesa, no ano de 1912⁹.

Explica Williams que a dinastia Qing entrou em colapso, enfraquecida por estruturas políticas inflexíveis, pela função pública imergida na literatura confucionista, pela inaptidão nas artes diplomáticas, assim como nas tecnológicas da era moderna, e em razão das guerras civis e constantes demandas políticas por potências estrangeiras¹⁰.

Muitos estudantes e intelectuais estavam desanimados sobre a situação da China e incrédulos acerca da possibilidade de que qualquer mudança significativa pudesse ocorrer. As esperanças de alguns, pelo menos, foram impulsionadas pela vitória comunista na Rússia, no outono de 1917, quando o partido bolchevique levou à revolução russa. Schoppa¹¹ explica que,

“Marxismo e Leninismo na verdade eram vistos como cientistas. Karl Marx, o primeiro teórico do comunismo, explicou como e por que a história se mudou através de diferentes fases até o comunismo ser alcançado; Vladimir Lenin, que liderou o partido bolchevique na Rússia, explicou por que as potências imperialistas necessitavam de colônias, como o imperialismo estava relacionado com o capitalismo. O apelo dos pensamentos e programa de Marx e Lênin (muitas vezes chamado de marxismo-leninismo) para muitos chineses idealista era suas explicações "científicas" que lançam luz sobre situação da China. Também atraente era o fato de que a ideologia comunista já havia conseguido sucesso na Rússia”.

⁸ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 218.

⁹ VALADARES, André Garcia Leão Reis. A experiência normativa na China: passado e presente. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p.70

¹⁰ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 100.

¹¹ SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China: A History in Documents**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 60.

A China, entretanto, não realizou reformas legislativas nesse momento histórico. Chen¹² relata que a Revolução Russa dividiu intelectuais acerca do caminho ideal rumo à reforma chinesa. O Movimento de 4 de maio de 1919, na China, era fundamentalmente uma luta entre a Escola Russa de pensamento e a Escola Ocidental.

Impulsionada pelo sucesso da Revolução Russa, de 1917, os ideais comunistas ganharam força na China, sobretudo pela aspiração de instaurar um novo poder estatal. Neste sentido, os líderes da revolução, que inicialmente aceitavam os ideais ocidentais, afastaram o projeto de ocidentalização para receber a influência russa¹³.

Mesmo após a queda da Dinastia Qing, inicialmente não houve modificação na legislação, mantendo-se sobre a sociedade a filosofia confucionista: a base era constituída pela família organizada hierarquicamente sob a autoridade quase absoluta do chefe de família. Igualmente, as coletividades e o próprio Estado eram concebidos sob esse modelo de família hierarquizada. A observação dos ritos impostos pelos costumes era o princípio que substituíria a lei. Portanto, a tradição vivenciada pela sociedade chinesa era de submissão hierárquica, na qual não se aceitavam quaisquer formas de excessos e de revoltas, fatos estes que, conseqüentemente, tornavam a própria filosofia confucionista como um princípio básico capaz de regulamentar a vida cotidiana¹⁴.

Veja-se, a ausência de leis expressas e escritas decorria dos deveres formais vivenciados em cada relação social. Destarte, a filosofia confucionista ditava os costumes da sociedade chinesa, fundada sobre a base de uma economia rural e profundamente hierárquica.

A autoridade, por outro lado, evitava ser arbitrária. Era também exercida por costumes, marcados pela moral que impunha uma explicação antes de ordenar, arbitrar antes de julgar, prevenir antes de punir. A China pôde viver deste modo durante séculos, sem ter uma profissão jurídica organizada. Os homens da lei,

¹² CHEN, Jianfu. **Chinese Law: context and transformation**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 40-41.

¹³ CHEN, Jianfu. **Chinese Law: context and transformation**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 40

¹⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins, 2002.p. 588-589.

desprezados, apenas eram consultados em segredo sem que nenhuma doutrina jurídica se formasse¹⁵.

Zhang aduz que, em virtude da estrutura piramidal da sociedade e da absorção do poder político nas mãos dos imperados, inexistia o interesse pela codificação em matéria civil. Narra o autor que antes da assunção ao poder pelos comunistas (1949), a sociedade chinesa era estruturada de acordo com o sistema de *Gens*, isto é, a menor unidade social (a família), era regida pelo chefe de família, que tinha poderes para punir, quase sem limitação ou qualquer consentimento prévio do governo, ainda que para matar os próprios membros (algo como *o ius vitae et necis* no Direito Romano)¹⁶. Ademais, o chefe tinha plena autoridade e autonomia para gerir toda a propriedade que compunha os bens de sua família como se único proprietário fosse. Os mandarins, funcionários administrativos nomeados pelo imperador, eram a representação mais alta da pirâmide social e também compunham as *Gens*¹⁷.

Assevera ainda que ante o formato organizacional e hierárquico da sociedade chinesa na época, as classes na base da pirâmide não tinham reconhecimento dos valores individuais. Logo, as categorias mais elevadas das camadas sociais causaram a obstrução do desenvolvimento dos direitos individuais daqueles que na base se encontravam, em virtude do formato piramidal¹⁸.

Outra razão para o tardio desenvolvimento do direito e da economia chinesa, segundo Zhang, está no fato de que os imperadores chineses acreditavam que a propriedade no mundo poderia ser criada somente através das atividades agrícolas. Por tal, atividades comerciais não eram aceitas. Nas suas palavras, “empresários foram vistos como pessoas que ganhavam dinheiro por truques, ao invés de um trabalho honesto, atividades comerciais deviam ser suprimidas¹⁹”.

Em suma, as políticas impostas pelos imperadores, assim como o sistema piramidal e a cultura da sociedade chinesa fizeram com que as relações comerciais

¹⁵ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins, 2002.p. 589.

¹⁶ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 216-217.

¹⁷ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 216-217.

¹⁸ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 216-217.

¹⁹ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 217.

e o direito evoluíssem tardiamente. Aquele indivíduo que não fosse capaz de resolver algum eventual litígio com outra pessoa e pretendesse obter, em matéria de direito privado, a intervenção do Estado devia acusar a outra parte de haver cometido crime²⁰. O direito tradicional chinês, portanto, consistia em um amálgama de direito penal e de direito administrativo, enquanto que o direito civil permaneceu fundamentalmente em forma de costumes até a promulgação do Código Civil da República da China, em 1929²¹.

As concepções tradicionais continuavam a dominar a realidade chinesa. Códigos e leis apenas eram aplicados na China na medida da sua conformidade ao consenso popular da equidade e das conveniências. Tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário eram raramente utilizados. Não se recorria aos tribunais porque se ignoravam aos próprios direitos, mas sim porque não se queria incorrer na reprovação da sociedade²².

Com essa efervescência política, intelectuais começaram a observar com mais atenção a doutrina Marxista-Leninista, período em que foi criado o Partido Comunista, no ano de 1921²³. A China, como relata Schoppa, de 1920 a 1949, encontrava-se em estado de calamidade, decorrentes do caos causado tanto pela guerra civil quanto pela invasão japonesa²⁴. Em meados da década de 1920, muitas cidades, especialmente aquelas com relações estrangeiras, presenciaram um breve desenvolvimento da cultura de consumo. Esse período foi chamado de "idade de ouro" do século XX, onde jornais e revistas anunciavam novos produtos, mudança de estilos de vida e de higiene pessoal, dando início à mudando do pensamento de rejeição aos empresários e homens de negócios chineses²⁵.

Apesar dos baixos níveis de renda na década de 1930 na China, havia um excedente econômico considerável que podia potencialmente ser explorado para a

²⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins, 2002. p. 591.

²¹ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 212.

²² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins, 2002. p. 592.

²³ LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 98.

²⁴ SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China: A History in Documents**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 66.

²⁵ SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China: A History in Documents**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 66.

acumulação de capital. Porém, a maior parte do excedente foi desperdiçado pelas elites dominantes, que dedicavam apenas seis por cento de todo o faturamento do Estado para as despesas do governo, tais como gastos principalmente com militares, educação, saúde pública, e atividades culturais e investimento de capital²⁶.

Somente no início dos anos 1940 que a ascensão do Partido Comunista ao poder adveio, tendo como marco histórico a declaração de guerra contra o Japão em 9 de dezembro de 1941, após o ataque a Pearl Harbor, e consequente derrota deste na Segunda Guerra Mundial²⁷.

Depois que o Partido Comunista Chinês (PCC) derrotou o Partido Nacionalista e proclamou a República Popular da China em primeiro de outubro de 1949, por Mao Zedong²⁸, Presidente do Partido Comunista da China, é que começou a sua história moderna. A partir daquele dia, as condições sociais, políticas e econômicas mudariam substancialmente. A transformação e o abandono do sistema comunista para a recepção do sistema socialista foram o marco inicial da reforma que estava surgindo.

Agora a China tinha que ser reconstruída, uma tarefa imensa, tendo em vista que o novo regime estava determinado a fazer uma revolução visando recompor completamente a sociedade chinesa. Mao Zedong e o Partido Comunista foram notavelmente bem-sucedidos nos primeiros oito anos do regime²⁹.

Li refere que os líderes políticos tinham que enfrentar três grandes desafios: estabilizar e melhorar a posição da China através da rápida acumulação de capital; atender às necessidades básicas da grande maioria da população e realizar transformações sociais fundamentais que contribuíssem para a realização da revolução socialista mundial³⁰.

Uma de suas medidas foi adotar o modelo econômico da então União Soviética (State Syndicate), caracterizado pela propriedade estatal em quase todas

²⁶ LI, Minqi. **The Rise of China and the Demise of the Capitalist World Economy**. New York: Monthly Review Press, 2008. p. 11.

²⁷ LI, Minqi. **The Rise of China and the Demise of the Capitalist World Economy**. New York: Monthly Review Press, 2008. p. 11.

²⁸ Mao Zedong é mais conhecido no ocidente por Mao Tsé-Tung. Usaremos a nomenclatura Mao Zedong com o fito de não confundir o leitor.

²⁹ SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China: A History in Documents**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 135.

³⁰ LI, Minqi. **The Rise of China and the Demise of the Capitalist World Economy**. New York: Monthly Review Press, 2008. p. 22.

as atividades econômicas, planejamento central e uma estratégia de desenvolvimento fortemente focada na industrialização. Mas, ao contrário da União Soviética, onde grande parte da produção e distribuição era controlada diretamente pelo governo central, a China estruturava suas indústrias de um modo muito mais descentralizado³¹.

Ulteriormente a 1949, conforme passaremos a expor, os governantes tornaram a realizar distintas reformas. Dentre elas, o novo comando deu início a uma proeminente reestruturação agrária, que começara em áreas dominadas durante a guerra civil. Tratava-se de uma redistribuição maciça de terras, visando transformar rapidamente o país de uma economia agrária para uma sociedade socialista por meio da industrialização.

Tal reforma foi, preliminarmente, bem acolhida pela maioria dos integrantes da sociedade, os camponeses mais pobres, e foi denominada de "O Grande Salto Adiante³²", iniciada em 1959, pelo então líder Mao Zedong. Contudo, considera Williams que as medidas tomadas no *great leap forward* eram uma fantasia utópica e desastrosa e resultaram na maior fome causada pelo homem na história, com mais de 30 milhões de chineses perecendo, tendo sido parcialmente abolidas em 1962³³. O esforço para o desenvolvimento rural, portanto, veio a ruir e a condição da população na China mergulhara em calamidade³⁴. Além de ter sido uma política fracassada, ela ainda foi acompanhada por conflitos políticos com a URSS e a Índia³⁵.

Note-se que além da reforma agrária, três elementos foram considerados primordiais para o desenvolvimento da China socialista: a coletivização da terra e planejamento agrícola orientado pelo Estado; o controle central sobre a acumulação e o investimento de capitais, juntamente com a propriedade estatal das grandes indústrias; e uma política de "autossuficiência" e a supressão de capital de origem

³¹ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University Of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010, p. 655.

³² tradução de *Great Leap Forward*.

³³ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 101.

³⁴ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China: The impact of Deng Xiaoping's decade**. New York: Routledge, 1990, p. 4-7.

³⁵ LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101.

estrangeira³⁶. Cannon e Jenkins afirmam que tal panorama não se sustentou e a situação vivenciada incluía uma grande e pobre população, limitada gleba de terras férteis, um vasto território com dificuldades de transporte e um capital exíguo³⁷.

Outrossim, outra medida com o escopo de fomentar a China socialista foi tomada em 1953, com a edição do Primeiro Plano Quinquenal: assumiu-se o controle estatal da maior parte da indústria, insculpido em linhas soviéticas, posto que esta se dispôs a emprestar capital, além de prestar assistência técnica³⁸.

O Primeiro Plano Quinquenal, portanto, enfatizava a indústria de construção pesada, como o aço, máquinas e ferramentas e caminhões, que poderiam servir como base para um maior desenvolvimento econômico³⁹.

Utilizando-se da tecnologia, do capital, e da experiência soviética para modernizar o setor industrial, a China direcionou os lucros da produção industrial em setores-chave, como ferro, siderúrgicas e têxteis.

A escola, ou melhor, a ciência jurídica também era incipiente, conforme elucidaremos em sequência. O Partido Comunista, após assumir o controle político, repeliu o código vigente e introduziu no país o modelo jurídico baseado na Escola Soviética. O referido código civil, que anteriormente vigia na China, foi incorporado no ordenamento jurídico de Taiwan⁴⁰. Diante da lacuna em termos de legislação cível, de 1949 a 1953, 148 leis e regulamentos foram promulgados, que versavam sobre política, relações civis, família e atividades sociais⁴¹.

Em 1954, o Congresso Nacional do Povo selecionou um grupo de juristas e encarregou-os de elaboração de um código civil para a China. Com base na

³⁶ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China**: The impact of Deng Xiaoping's decade. New York: Routledge, 1990, p. 10.

³⁷ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China**: The impact of Deng Xiaoping's decade. New York: Routledge, 1990, p. 10.

³⁸ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China**: The impact of Deng Xiaoping's decade. New York: Routledge, 1990, p. 8.

³⁹ SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China**: A History in Documents. New York: Oxford University Press, 2004. p. 135.

⁴⁰ XU, Guodong. An introduction to the structures of three major civil code projects in nowadays China. In: GODDARD, Jorge Adame. **Derecho civil y romano**: culturas y sistemas jurídicos comparados. Cidade do México: Unam, 2006. p. 633-634

⁴¹ CHEN, Lei. The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective. **The Legal History Review**, [s.L], n. 78, fev. 2015, p. 174.

experiência da União Soviética, um anteprojeto foi elaborado. No entanto, quando a aliança sino-soviética se rompeu, este projeto foi abortado⁴².

O rompimento das relações com a então União Soviética, no final dos anos 1950 e início de 1960, é um marco relevante para a história da China, que voltou a enfrentar as dificuldades econômicas ante a adoção de uma política de “portas fechadas”, prejudicando o desenvolvimento em diversos setores do comércio⁴³.

Xu⁴⁴ e Behr⁴⁵ relatam que diversos efeitos foram sentidos após o rompimento, tais como a suspensão do estudo jurídico (período denominado de Niilismo Jurídico) e, sobretudo, alguns movimentos políticos, como a Revolução Cultural, de 1966-1976. No mesmo sentido, PEREIRA Filho⁴⁶ ainda complementa que com a Revolução Cultural, praticamente todas as leis e todo o sistema legal chinês foram destruídos e uma nova Constituição seria promulgada apenas em 1975.

Desta forma, em cerca de trinta anos após a instauração do regime socialista, em 1949, poucos avanços haviam sido alcançados. Como suprarreferido, os imperadores chineses compartilhavam da mesma opinião de Adam Smith, acreditando que a propriedade no mundo poderia ser criada somente através das atividades agrícolas e não comerciais, devendo esta ser suprimida⁴⁷.

Durante o período de liderança de Mao, os comunistas chineses enfatizaram a coletivização rural, o controle de planejamento central do Estado e da propriedade da indústria, assim como o contato limitado com o mundo exterior⁴⁸. No entanto,

⁴² CHEN, Lei. The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective. **The Legal History Review**, [s.L], n. 78, fev. 2015, p. 174.

⁴³ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China**: The impact of Deng Xiaoping's decade. New York: Routledge, 1990, p. 9-10.

⁴⁴ XU, Guodong. An introduction to the structures of three major civil code projects in nowadays China. In: GODDARD, Jorge Adame. **Derecho civil y romano**: culturas y sistemas jurídicos comparados. Cidade do México: Unam, 2006. p. 634.

⁴⁵ BEHR, Volker. Development of a New Legal System in the People's Republic of China. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, v. 67, n. 4, p.1163.

⁴⁶ PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Direito Constitucional na China. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 143-144.

⁴⁷ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 217.

⁴⁸ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China**: The impact of Deng Xiaoping's decade. New York: Routledge, 1990, p. 1.

devido à aplicação de tais políticas econômicas, o resultado foi um país módicamente de leis e desesperadamente pobre⁴⁹.

Com a morte de Mao, em 1976, o líder Chinês Deng Xiaoping assumiu uma nova onda de reformas para o desenvolvimento econômico. Como descrito, a China tinha um regime altamente centralizado apesar de sua estrutura industrial descentralizada, somado à escassez que acometia a população. Em consequência, enseja-se uma rápida e imperiosa consumação reformista ante a situação vivenciada. O *slogan* da campanha de Xiaoping era marcado pelas Quatro Modernizações: agricultura, indústria, ciência e tecnologia e Defesa⁵⁰.

Em outras palavras, a liderança pós-Mao, Deng Xiaoping, enfatizou a imprescindibilidade de promover o crescimento econômico, a relevância do mercado, a agricultura familiar, o comércio voltado ao exterior e a atração de investimentos do Ocidente e do Japão. Afirmou que essas políticas eram necessárias para superar os problemas que o maoísmo havia criado⁵¹.

O Ministério das Finanças do Governo Central definiu planos de receitas e despesas anuais a nível provincial, concebendo mais autonomia aos governos locais na definição de orçamentos e despesas⁵².

Os chineses adotaram um processo de reformas com planos que deveriam ser seguidos independentemente do governo que estivesse comandando o país. Estas medidas visavam, sobretudo, melhorar as condições econômicas e sociais da população e reparar as providências tomadas pelos governantes anteriores para que se introduzisse incremento tecnológico e abertura mercantil no país (*Open Door Policy*). Da mesma forma, reformas legislativas em âmbito civil e comercial foram adotadas com o propósito de atrair investimentos estrangeiros.

Para alcançar o objetivo de implementar a política de abertura econômica, o tema da segurança jurídica foi colocado como indispensável para a atração de

⁴⁹ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 101.

⁵⁰ LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 103.

⁵¹ CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China: The impact of Deng Xiaoping's decade**. New York: Routledge, 1990, p. 1.

⁵² ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University Of Pennsylvania Journal Of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010. p.656-657.

investimentos estrangeiros⁵³. Somada a esta transição de economia planificada centralizada para economia de mercado livre, a instabilidade jurídica fez com que os legisladores tomassem uma estratégia de promulgar uma série de regulamentações específicas ao invés de um sistema jurídico codificado⁵⁴.

Perceba-se que durante o governo de Mao, as empresas privadas haviam sido censuradas e a economia era praticamente fechada para o comércio exterior, auferindo moderado investimento estrangeiro no país. Contudo, com a ascensão ao poder por Deng Xiaoping, em 1978, medidas para transformar toda a economia da China foram tomadas, tornando-se imprescindível a adoção de reformas legislativas para tutelar as novas relações comerciais. É neste sentido que a primeira lei especial, a Lei de *Equity Joint Venture*, foi promulgada em 01 de julho de 1979, cujo objetivo visava atração de investimentos internacionais e introdução da alta tecnologia⁵⁵.

Quando a China embarcou em uma nova jornada de modernização, em 1978, a excessiva concentração de autoridade na gestão econômica tornou-se sujeita à reforma. A estratégia inicial era a de desenvolver uma "economia de mercado planejado" e para atingir o objetivo, os políticos acreditavam em um mercado competitivo. A aplicação de medidas concorrenciais não era mais considerada exclusiva de sistemas capitalistas, mas que seus ideais poderiam estimular a economia e beneficiar o socialismo⁵⁶.

As reformas neste período visavam adequar o país às premissas básicas e universais do capitalismo liberal econômico, como a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência e a livre iniciativa, bem ainda no intuito de promover segurança nas relações políticas, sociais e econômicas⁵⁷.

⁵³ LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 103.

⁵⁴ XU, Guodong. An introduction to the structures of three major civil code projects in nowadays China. In: GODDARD, Jorge Adame. **Derecho civil y romano: culturas y sistemas jurídicos comparados**. Cidade do México: Unam, 2006.p. 634.

⁵⁵ ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 222.

⁵⁶ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003. p.111.

⁵⁷ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Organização Política e Judiciária na República Popular da China. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 120.

No final dos anos 1970, a produção agrícola na China tornou-se coletiva e, a partir da implementação do sistema de responsabilidade familiar, as famílias de agricultores passaram a contar com suas equipes de produção. O Governo permitia que, uma vez alcançadas as quotas de produção, os camponeses poderiam conservar para si o restante que haviam produzido. Consequentemente, as famílias agrícolas tornaram-se muito mais férteis, e seus rendimentos aumentaram substancialmente⁵⁸.

Outra reforma estabelecida pelo governo chinês cingia-se na criação de várias zonas de desenvolvimento econômico e tecnológico, que são zonas francas ou zonas de livre comércio. Tal medida era parte de uma importante política de "portas abertas". Estas zonas ofereciam isenção tarifária para o estabelecimento de empresas dentro das zonas ou outras formas de facilitação⁵⁹.

Deng Xiaoping mostrava-se receptivo às práticas capitalistas de mercado livre, mas, ao mesmo tempo, tinha que preservar os ideais políticos e econômicos socialistas. Tal paradoxo parecia utópico, contudo os líderes de governo adotaram medidas estimulando fusões de Empresas Estatais para criar vantagens competitivas e o resultado, conforme mostraremos, é a completa modificação da economia chinesa e internacional. A noção de "Estado de Direito Socialista" faz referência ao particular modelo político-econômico chinês que se denomina de Capitalismo de Estado ou ainda de Economia de Mercado Socialista, vindo a ser insculpido no artigo 1º da Constituição chinesa⁶⁰.

A China, como é sabido, não era uma participante na economia global do sistema capitalista até o século XIX. Sua incorporação na economia global levou a grandes transformações da estrutura social interna da China e preparou-a para a grande revolução na segunda metade do século XX. Seguindo os ideais de Xiaoping, os líderes políticos decidiram abandonar a economia planejada para definir

⁵⁸ LO, Vai lo; TIAN, Xiaowen. **Law and Investment in China**: The legal and business environments after WTO accession. Abingdon: Routledge Curzon, 2005. p. 03.

⁵⁹ ZHANG, Xin. **International Trade Regulation In China**: Law and policy. Oregon: Hart Publishing, 2006. p. 125.

⁶⁰ Artigo 1.º "A República Popular da China é um Estado socialista subordinado à ditadura democrático-popular da classe operária e assente na aliança dos operários e camponeses. O sistema socialista é o sistema básico da República Popular da china. É proibida a sabotagem do sistema socialista por qualquer organização ou indivíduo".

gradualmente uma economia de mercado⁶¹, alterando, inclusive, sua Constituição em 1993, substituindo as expressões "economia planificada" por "economia de mercado" e declarando expressamente a "economia de mercado socialista". A China, após diversas modificações, estava política, social e tecnologicamente preparada para ativamente participar de acumulação de capital global⁶².

Com a assinatura do Protocolo de Adesão à Organização Mundial do Comércio, em 2001, a República Popular da China tomou outro importante passo no projeto iniciado por Xiaoping, na busca de uma constante adaptação de política comercial externa. O ingresso da China na OMC serviu como um marco para a sua integração com as outras economias do mundo⁶³, posto que a referida organização internacional tem como o objetivo precípua o de fomentar uma estrutura que forneça uma estrutura multilateral para negociação e formalização de acordos comerciais e ainda mecanismos de resolução de conflitos⁶⁴.

O Acordo que estabelece a OMC determinou os objetivos da nova organização:

"As partes reconhecem que as suas relações na área do comércio e atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, ao mesmo tempo que permitindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico".

É imperioso destacar que tanto o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), quanto a própria Organização Mundial do Comércio não servem de palco para soluções que envolvem direito da concorrência.

⁶¹ ZHANG, Lihong. The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law. **Tulane Law Review**. New Orleans, v. 83, n. 1, 2009. p. 1003.

⁶² LI, Minqi. **The Rise of China and the Demise of the Capitalist World Economy**. New York: Monthly Review Press, 2008. p. 5.

⁶³ YUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 120.

⁶⁴ THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 41, n. 1, p. 57-89, Jun. 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06 Jun. 2016.

Diversas tentativas foram feitas, desde a Carta de Havana (1948), que procurou incluir regras de defesa da concorrência no âmbito do regime de comércio internacional, mas fracassou em decorrência da não aprovação de internalização no Senado dos Estados Unidos. Por conseguinte, desde sua formação, em 1995, a OMC, que agora administra o GATT e outros acordos comerciais multilaterais, não detém regras explícitas para policiar as práticas comerciais potencialmente restritivas que possam impedir o fluxo de bens e serviços a nível internacional⁶⁵.

Historicamente, a China chegou a ser um dos 23 signatários originais do GATT⁶⁶ em 1948. Não obstante, após a revolução, em 1949, o governo de Taiwan anunciou que a China deixaria o grupo. Embora o governo em Pequim não tenha reconhecido esta decisão de retirada, quase 40 anos depois, em 1986, a China notificou o GATT a sua intenção de retomar o *status* de parte integrante. Desde então, a China vinha tentando arduamente negociar com os membros buscando o seu reingresso nesta organização internacional de comércio multilateral.

⁶⁵ Acerca do ponto, Mar Williams identifica disposições sobre a proteção concorrencial na perspectiva da OMC. “Artigo VII do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) prevê que cada Estado-Membro assegurará que qualquer fornecedor monopolista de um serviço no seu território não irá agir, no fornecimento do serviço de monopólio no mercado relevante, de uma maneira que seja inconsistente com as obrigações desse membro relacionados com o tratamento de nação mais favorecida nos termos do artigo II e quaisquer outros compromissos específicos de liberalização feitas por esse membro. Além disso, onde o fornecedor monopolista compete diretamente ou indiretamente através de uma empresa afiliada, esse membro irá garantir que o fornecedor em questão não abuse da sua posição de monopólio em um mercado de dominar outro mercado adjacente de uma forma incompatível com as suas obrigações do tratado. Estas disposições são igualmente aplicáveis no caso de prestadores de serviços exclusivos, em que um país, formalmente ou na prática, autorize ou estabeleça um pequeno número de fornecedores de serviços e impede substancialmente a concorrência entre esses prestadores em seu território.

O artigo VIII (3) do GATS autoriza o Conselho para o Comércio de Serviços para agir no âmbito de uma queixa apresentada por um membro contra um fornecedor monopolista de um serviço de qualquer outro membro, solicitando informações ao Estado-Membro em causa. O Artigo VIII (4), prevê um mecanismo de notificação de qualquer concessão de direitos de fornecimento de serviços de monopólio.

Artigo 8 do Acordo de Comércio Relacionados com os Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) reconhece que medidas apropriadas podem ser necessárias para evitar (a) o abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte do titular e (b) práticas que injustificadamente restrinjam o comércio ou afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia. O artigo 40 (8) prevê que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restrinjam a concorrência podem ter efeitos adversos sobre o comércio e impedir a transferência e difusão de tecnologia, e permite que os membros de controlar tais abusos nas suas leis nacionais”. WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 85-86.

⁶⁶ O GATT era destinado a promover a redução de obstáculos às trocas entre as nações, em particular as tarifas e taxas aduaneiras entre os membros signatários do acordo.

Tal interesse de retorno ao GATT foi o resultado de reformas orientadas para abertura de mercado da China iniciadas no final de 1970, e proporcionaram uma maior integração da China com o resto do mundo desde então.

Nas duas últimas décadas do século XX, a China emergiu como um importante *player* na economia global. Desde o final dos anos 1970 a 2000, o comércio exterior da China teve um incremento de 23 vezes e sua participação no comércio mundial total, em 6 vezes⁶⁷.

No entanto, a integração da China na economia mundial foi restringida por algumas barreiras institucionais. Com altas tarifas e barreiras não-tarifárias, alguns setores críticos da economia chinesa, tais como automóveis e agricultura, mantiveram-se relativamente isolados da competição internacional. O estado controlava importações, impondo limitações às empresas, tais como: imposição de inspeção e outras exigências relativas a bens importados; imposição de normas técnicas para proteger as indústrias nacionais; e discriminação dos produtos importados nas compras governamentais. Além disso, o setor de serviços manteve-se fechado ao investimento direto estrangeiro⁶⁸.

Todas estas restrições eram contrárias às regras da OMC, inviabilizando a aceitação do ingresso da China, impondo, para tanto, que uma reorganização fosse empreendida.

Enquanto o processo de adesão não havia sido perfectibilizado, negociações bilaterais foram firmadas diretamente entre a China e alguns membros da OMC. Até o final de 1999, a China tinha completado as negociações com a maioria dos países membros da OMC, e tentava fortemente alcançar um acordo com os Estados Unidos da América, União Europeia e México, que eram vitais para a sua adesão.

O êxito veio após a assinatura do acordo sobre a adesão à OMC com os Estados Unidos da América em 15 de novembro de 1999, com a União Europeia em 19 de maio de 2000, e com o México em 13 de setembro de 2001, completando, assim, as negociações com todos os membros da OMC. Em 11 de novembro de 2001, o Protocolo de Adesão da República Popular da China foi aprovado na conferência

⁶⁷ LO, Vai lo; TIAN, Xiaowen. **Law and Investment in China**: The legal and business environments after WTO accession. Abingdon: Routledge Curzon, 2005. p. 329-330.

⁶⁸ LO, Vai lo; TIAN, Xiaowen. **Law and Investment in China**: The legal and business environments after WTO accession. Abingdon: Routledge Curzon, 2005. p. 330.

ministerial, em Doha, Qatar, tendo, portanto, ingressado formalmente como membro da organização.

Da exposição supra, foi possível obter as raízes do passado desde a queda da Dinastia Qing, em 1912 e os efeitos surtidos desde então. Verificou-se que a China vivenciou períodos de aproximação com o mundo ocidental, tendo posteriormente se afastado dos modelos ocidentais, promovendo reformas de ordem legislativas, culturais e econômicas, de 1912 a 1949. Outrossim, relatou-se sobre revoluções políticas ocorridas no período posterior à 1949, momento em que a China ainda era fechada ao comércio exterior e experenciou uma aproximação com a então União Soviética, tomando diversas transformações lideradas por Mao Zedong. Abordou-se sobre as dificuldades enfrentadas após a ruptura com os soviéticos até o falecimento de Mao, em 1976. O período subsequente ao falecimento foi marcado por diversas modificações, principalmente, pela abertura de portas ao comércio exterior.

Esse estudo serviu para contribuir com o conhecimento sobre a estrutura social, para sintetizar as reformas e as transformações que levaram a China ao desenvolvimento econômico que atualmente se encontra. Tais aportes também serviram para que se pudesse delinear o contexto econômico e jurídico no passado em estudo. Pretende-se, no próximo tópico, alcançar os dias atuais e os efeitos surtidos desde a abertura de portas e o ingresso da China na Organização Mundial do Comércio.

B – China Contemporânea

No primeiro capítulo, tópico “A”, observou-se que a China passou por transformações em questões políticas, econômicas, jurídicas e conseqüentemente, sociais. Tais transformações serviram de experiência para que a China se apartasse das suas concepções tradicionais e se integrasse com o comércio internacional, formando uma China contemporânea, com a pretensão de formar um protagonista no cenário internacional. A análise, portanto, seguirá a partir do ingresso na Organização Mundial do Comércio, passando pela apreciação das empresas estatais e sua relevância para a economia chinesa.

Desde a entrada na OMC, os efeitos surtidos ante a sua adesão foram positivos. Contudo, algumas condições foram exigidas pelos demais membros. Dentre os compromissos assumidos pelos chineses perante os membros da OMC, pode-se citar os seguintes: (1) o fim da discriminação de bens e serviços de outros membros da OMC; (2) a revisão da legislação comercial chinesa para que estivesse de acordo com as regras da Organização; (3) o fim dos subsídios a produtos agrícolas e à exportação; (4) a ampliação do acesso ao mercado; e (5) a aplicação do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, sigla em inglês) a partir da data de adesão⁶⁹.

Analisa Leurquin, referindo-se à Delmas-Marty, que o ingresso na OMC marca não apenas o retorno ao cenário internacional, mas também inicia um intenso movimento de reforma tentando adequar-se à realidade ocidental no que tange às legislações societárias, contratuais, de propriedade intelectual e de comércio exterior, entre outras⁷⁰.

A China, visando facilitar a sua transformação de uma economia planificada para uma economia de mercado, assim como atender às exigências da Organização Mundial do Comércio, efetivamente começou a compilar um código civil completo que cobrisse essencialmente todos os tipos de relacionamentos civis. Segundo relata Xu, havia inicialmente cinco projetos de Código Civil: o primeiro, elaborado pelo Grupo Para Redação do Código Civil (GRCC); o segundo, por membros da Comissão de Assuntos Legislativos (Commission of Legislative Affairs); o terceiro pelo próprio Guodong Xu, denominado de “Código Verde”; o quarto, pelo Professor Liang Huixing; e o quinto, de autoria do Professor Wang Liming⁷¹.

Frisa-se que apesar das diversas tentativas de codificação civil⁷² não há uma compilação sistemática de normas, mas sim legislações esparsas que até hoje

⁶⁹ NAIDIN, Leane Cornet; BRANDÃO, Fernanda; VIANA, Manuela Trindade. O processo de adesão da China e da Rússia à OMC e as implicações para a agenda dos BRICS, disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/2743/doc/1132094750.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁷⁰ LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 105.

⁷¹ XU, Guodong. An introduction to the structures of three major civil code projects in nowadays China. In: GODDARD, Jorge Adame. **Derecho civil y romano: culturas y sistemas jurídicos comparados**. Cidade do México: Unam, 2006. p. 640.

⁷² É possível verificar com maior afinco sobre a codificação civil na china em TORRES, Rafael Nery; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Noções de direito civil na República Popular da China: rumo a um Código Civil: entre histórico e perspectiva comparada. *Civilística*, v. 5, p. 1-23, 2016.

vigoram e versam sobre concorrência, consumidor, contratos, hipoteca, direitos autorais, marcas, patentes, casamento, adoção, herança, etc., além de uma importante lei geral que norteia todas as anteriores: os General Principles of Civil Law, cuja tradução significa Princípios Gerais de Direito Civil. Esta lei pode ser considerada como a mais importante norma das relações civis na China, posto que, como referido previamente, é ela quem dita as bases para as outras leis. Em outras palavras, a lei que estiver em desacordo com os GPCL é considerada inválida.

O debate sobre o código ideal ainda não findou, sobretudo devido à valorização dos ritos, que é um traço da cultura chinesa, oriundas da influência confucionista, retomada na era pós-Mao⁷³. Portanto, o ordenamento jurídico chinês ainda não dispõe de um código civil, ainda que disponha de normas esparsas que são capazes de regular as relações civis.

É importante reafirmar que a China, em um passado não tão distante, vivenciou épocas em que a investigação jurídica foi completamente abandonada (Niilismo Jurídico). Em razão desse enfraquecimento da ciência jurídica, a doutrina russa era a que dominava no debate jurídico na China e, por vezes, ela não era plenamente aceita, provocando acirrados debates em diferentes asserções do direito civil e econômico.

Por esta razão, o legislador chinês optou por não promulgar um código civil, mas uma lei com os Princípios Gerais do Direito Civil (GPCL), em 1986, que até hoje se encontra em vigor⁷⁴.

Como bem elucida Valadares, a China passou a adotar uma política legislativa de harmonização com as práticas internacionais (leia-se, ocidentais), como forma de atrair investimentos estrangeiros. Um dos compromissos firmados, o de reformular a legislação e criar um sistema coerente, ao ingressar na Organização Mundial do Comércio (OMC), colaborou ainda mais para que a China promovesse grande esforço em prol da internacionalização de seu direito⁷⁵.

⁷³ LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 106.

⁷⁴ CHEN, Lei. The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective. **The Legal History Review**, [s.L.], n. 78, fev. 2015, p. 176.

⁷⁵ VALADARES, André Garcia Leão Reis. A experiência normativa na China: passado e presente. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p.74.

O legislador, na tentativa de atender à exigência de reformulação legislativa quando da entrada da China na OMC, reformulou e adotou um espírito baseado em regras (*rule-based spirit*), o que levou-o a abolir, revisar e promulgar mais de 3.000 leis e regulamentos a nível da administração central e 190 mil a nível do governo local. Tal fato foi considerado a maior reformulação legislativa da história para estabelecer um sistema jurídico coerente⁷⁶.

Relatam Peres e Daibert⁷⁷ que a China firmou o compromisso na Declaração Ministerial sobre a Ascensão da República Popular da China de 10 de novembro de 2001 (WT/L/432) de aderir aos princípios da Organização, tais como livre comércio, da nação mais favorecida, tratamento nacional e transparência. Isso significa, nas suas palavras, que “todos os bens devem estar sujeitos às mesmas regras para comercialização interna, principalmente as relativas à oferta, venda, compra, transporte, distribuição, uso e acesso aos consumidores finais”⁷⁸.

Os reflexos econômicos sentidos pelo comércio chinês, tanto nos ramos de importação ou de exportação, desde a abertura de mercado e, sobretudo, com o ingresso na Organização Mundial do Comércio, foram bastantes positivos, conforme passaremos a demonstrar.

O elevado crescimento da economia da China após a adesão à OMC deu-se diante de uma série de fatores. Um país territorialmente grande e populoso como a China, com a oferta de trabalho abundante, transferiu sua mão de obra excedente da baixa produtividade do setor da agricultura para os de alta produtividade industrial e dos serviços⁷⁹. Houve rápido desenvolvimento da industrialização e da urbanização,

⁷⁶ YI, Xiaozhun. A Decade in the WTO, a Decade of Shared Development. In: **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD): Implications for China and Global Trade Governance**. Genebra: ICTSD, dez. 2011. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/2011/12/2011-ebook-on-china-and-wto.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁷⁷ PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Letícia de Souza. A China e a Organização Mundial do Comércio. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 393-394.

⁷⁸ PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Letícia de Souza. A China e a Organização Mundial do Comércio. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 394.

⁷⁹ O Autor ainda ressalta que ao lado da demanda, o investimento interno é o fator mais importante na condução do crescimento da economia da China, seguido pelo consumo final doméstico e as exportações líquidas de bens e serviços (demanda externa). CHEN, Chunlai. **China's Integration with the Global Economy: WTO accession, foreign direct investment and international trade**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 2.

de modo que a mão de obra passou a ser uma das principais forças motrizes da China.

Atualmente, 98 empresas chinesas compõem a lista da Fortune Global 500, enquanto que no ano de 2002, apenas 11 empresas chinesas compunham tal lista. Como se pode denotar, o número de empresas vem constantemente crescendo com o passar dos anos. Em 2005, eram 16 empresas; em 2010, 46; e em 2011, esse número subiu para 61 empresas. Há que se ressaltar que 80% destas empresas apresentam uma característica evidente em comum: são empresas estatais controladas pelo Estado chinês⁸⁰.

Desde seu ingresso como membro da Organização Mundial do Comércio, a China registrou uma média de crescimento do produto interno bruto (PIB) de 9% ao ano e tornou-se o país com o segundo maior fluxo de comércio, de acordo com a própria OMC⁸¹ além de ser o maior país exportador e o segundo maior importador. Reduziu a tarifa de importação aplicada a mais de 5.000 produtos drasticamente. Um exemplo típico é a soja, cuja tarifa foi reduzida de cerca de 60 por cento para 3 por cento⁸².

Tal ascensão também se deve ao fato do declínio econômico vivido pelos países ocidentais, onde Estados Unidos e Europa lutavam para sair da pior recessão desde a Segunda Guerra Mundial. Jung e Hao⁸³ complementam afirmando que as empresas estrangeiras intensificaram seus esforços para penetrar no mercado chinês. Mais de 400, das 500 companhias listadas na Fortune Global, destinaram seus investimentos para a China.

Apesar da crise mundial, que se iniciou no mercado *subprime*, em 2006, vindo a atingir a economia global, a China manteve alto índice de crescimento econômico desde então, ainda tenha reduzido o nível de crescimento nos últimos anos. Segundo

⁸⁰ ZHANG, Angela Huyue, The Single Entity Theory: An Antitrust Time-Bomb for Chinese State-Owned Enterprises? **Journal of Competition Law and Economics**, v. 8, n. 4, 2012. p. 806.

⁸¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. WTO successfully concludes negotiations on China's entry. In: WTO News: 2001 Press Releases. (17/11/2011). Disponível em: <http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr243_e.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁸² SUN, Zhenyu. China's experience of 10 years in the WTO. In: *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD): Implications for China and Global Trade Governance*. Genebra: ICTSD, dez. 2011. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/2011/12/2011-ebook-on-china-and-wto.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁸³ YUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal Of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 121.

relata o Trade Policy Review⁸⁴, de 2016, sobre a China, durante o período em análise (2014-2016), o crescimento econômico naquele país abrandou. As autoridades consideram que a economia entrou numa situação "New Normal" que implicará taxas de crescimento do PIB mais estáveis, embora menores, de cerca de 6,5% a 7% ao ano. O PIB real cresceu 7,3% em 2014 e 6,9% em 2015, ante 7,7% em 2012 e 2013.

Quanto ao comércio de serviços, as exportações e as importações da China foram de US\$ 170 bilhões e US\$ 192 bilhões, respectivamente, em 2010, classificando-a como quarta maior exportadora e a terceira maior importadora de serviços do mundo, tornando-se, assim, a maior parceira comercial de Brasil, Austrália, Japão e África do Sul e está entre as três principais parceiras comerciais dos Estados Unidos da América e da União Europeia. Desde o ingresso na OMC, 34.700 empresas foram instaladas a partir de utilização de capital estrangeiro na China e respondiam, em 2011, por cerca de metade das exportações chinesas⁸⁵.

Os índices de desenvolvimento comercial sobre a China são impressionantes e esta situação continua a refletir a política adotada pela China desde 2011, destinada a impulsionar o consumo interno e a tornar a principal força impulsionadora do crescimento. Em 2015, o consumo contribuiu com 4,6 pontos percentuais para o crescimento do PIB, enquanto o investimento contribuiu com 2,5 pontos percentuais⁸⁶.

De outra banda, asseveram Peres e Daibert⁸⁷ que de acordo com o *Trade Policy Review*⁸⁸ sobre a China, de 2012, delineou preocupações de diversos membros com a dificuldade da China em seguir os princípios da OMC, em especial o da transparência e o do tratamento nacional. Nesse sentido, Suíça, União Europeia,

⁸⁴ **TRADE POLICY REVIEW: China (WT/TPR/S/342)**. Genebra: World Trade Organization, 15 jun. 2016. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp442_e.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017.

⁸⁵ YI, Xiaozhun. A Decade in the WTO, a Decade of Shared Development. In: *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD): Implications for China and Global Trade Governance*. Genebra: ICTSD, dez. 2011. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/2011/12/2011-ebook-on-china-and-wto.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁸⁶ **TRADE POLICY REVIEW: China (WT/TPR/S/342)**. Genebra: World Trade Organization, 15 jun. 2016. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp442_e.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017. p. 8.

⁸⁷ PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Letícia de Souza. A China e a Organização Mundial do Comércio. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 393-394.

⁸⁸ WT/TPR/M/264, de 17 de julho de 2012. É um relatório periódico de avaliação em diversos setores, emitido pela OMC.

Estados Unidos da América, Japão e Noruega enfatizaram que a China deve coibir suas práticas discriminatórias, principalmente no que tange à atuação do governo.

É este, por conseguinte, o atual panorama da China. Depois de muitas rodadas de reformas econômicas e privatizações, o governo chinês ainda mantém presença em setores-chave que são considerados importantes para segurança econômica chinesa, tais como: geração e distribuição de energia, óleo e petroquímica, telecomunicação, carvão, aviação e exportação⁸⁹. Ademais, sua admissão na OMC teve vasta importância política e econômica, mas, como suprarreferido, não foram poucas as exigências dos demais componentes. Críticos afirmavam que a China estava abdicando demais ao abrir o seu mercado interno em prol do seu ingresso e que estaria retroagindo ao período pré-1949⁹⁰.

Nos últimos 30 anos, a China passou por processo de transição de uma economia planificada para uma economia de mercado. Antes da reforma e da política de abertura para o comércio exterior, iniciada no fim dos anos 70, a economia chinesa era essencialmente controlada pelo governo na maioria, se não em todos os aspectos⁹¹.

Desde 1978, a China iniciou um programa de reestruturação econômica ambicioso. Seguindo a política econômica ortodoxa marxista-leninista, cujas empresas são de propriedade estatal⁹², a China passou por constantes reformas, dentre as quais criou zonas econômicas especiais ao longo das costas sul e leste, que produziram profundas mudanças no panorama econômico. Estas permitiram o estabelecimento de empresas capitalistas, livre de controles e barreiras para produzirem principalmente bens de exportação. Por outro lado, corporações multinacionais estrangeiras, atraídas pela perspectiva de um vasto mercado de um bilhão de consumidores têm migrado para a China, decorrente da adesão da China à Organização Mundial do Comércio, em 2001.

⁸⁹ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law and Law Reform**. Victoria, v. 16, n. 1, 2011. p. 38.

⁹⁰ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 102.

⁹¹ EMCH, Adrian; HUANG, Andy Xuecheng. Between Business and Government: The Addressees of Obligations Under the Anti-Monopoly Law. **Kluwer Law International**, ago, 2013. p. 231.

⁹² WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 103.

A propriedade da empresa é, neste estudo, um ponto de partida natural para a análise da governança corporativa chinesa, concentrando-se na dicotomia entre empresas públicas e privadas. Sustenta-se que a variação de intervenção estatal pode ser vista em setores considerados essenciais para suas economias. Esse controle estatal é normalmente obtido através da tributação e regulamentação, conforme a proporção que cada Estado pretende intervir na economia.

A fronteira entre empresas públicas e privadas é ainda mais turva na China. Estatais, em virtude de sua posição privilegiada no mercado, estão posicionadas de forma única para influenciar ou até mesmo excepcionar e evadir-se das regras pelas quais as demais empresas estão regulamentadas. A própria existência das empresas públicas nos mercados doméstico e global é pensada para exigir regras especiais para o comércio, o investimento e a governança corporativa.

Como é cediço, a China é um país com uma longa tradição de dominação do Estado na economia, com instituições legais pouco atuantes e concepções relativamente incipientes de direitos concorrenciais⁹³.

Após a instauração da República Popular da China em 1949, o governo nacionalizou quase toda a economia industrial, assumindo o controle das empresas estatais subsidiárias de empresas estrangeiras, bem como das empresas privadas. Dados obtidos por Nie evidenciam que, em 1958, o setor estatal era responsável por 89,17% da produção industrial, ante 32,69% em 1949, enquanto que, na véspera das reformas econômicas em 1978, as empresas estatais respondiam por 80,8% da produção industrial total⁹⁴. Tal fato corrobora com a política de portas fechadas, implantada por Mao Zedong, enquanto governante, na qual o Estado assumiu quase que plenamente a produção industrial do país.

O sistema de economia planificada, seguido até a década de 1970, era inspirado no modelo soviético de "State Syndicate", segundo o qual cada empresa

⁹³ MILHAUPT, Curtis J. e ZHENG, Wentong. Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm. *Georgetown Law Journal*, v. 103, n. 3, 2015. p. 671.

⁹⁴ NIE, Stella. **Short History of Reforms Concerning Chinese State Owned Enterprises**. 2005. Consulate General of Switzerland in Shanghai Commercial Section n. 02. Disponível em: <http://www.sinoptic.ch/shanghaiflash/texts/pdf/200502_Shanghai.Flash.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

estatal deveria respeitar o planejamento central obrigatório elaborado através da agência de administração diretamente atrelada ao comando⁹⁵.

Assim, quando a China implantou sua reforma econômica de mercado em 1978, toda a economia era predominantemente controlada pelo Estado. O governo chinês percebeu, no início de 1980, que a baixa concentração industrial e segmentação de mercado entre as províncias estavam causando ineficiência econômica. Desde então, o governo passou a encorajar ativamente combinações industriais de vários tipos, com o intuito de fortificar a economia⁹⁶.

O duplo papel assumido pelos gestores tornava dificultoso o desenvolvimento econômico das empresas estatais. Como qualquer grande empresa, as estatais deveriam alcançar metas de produção, gerar lucros e ainda havia o compromisso político de alcançar o bem-estar de seus funcionários. Com esta carga de tarefas múltiplas e por vezes conflitantes, o desempenho econômico do setor de estatais foi extremamente pobre. Muitas empresas estatais apenas sobreviveram devido à proteção e subsídios do governo por meio de empréstimos a juros baixos oriundos de bancos estatais⁹⁷.

Ademais, interferências políticas também prejudicavam o funcionamento das empresas estatais, impossibilitando-as de operar efetivamente. Nas palavras de Nie⁹⁸,

Devido ao alto custo na sua manutenção, a primeira estratégia foi a realização de privatização das pequenas e médias empresas estatais. Uma série de medidas destinadas a melhorar a eficiência das empresas estatais e criar uma estrutura de economia mista foi adaptada, incluindo a descentralização administrativa, a liberalização do sistema de atribuição material de estado, retenção de lucros e autoridade para investir e de importação e exportação, bem como a introdução do sistema de responsabilidade de contrato nas estatais.

⁹⁵ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal Of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 110.

⁹⁶ SONG, Bing. Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China. **Stan. J Int'l L. [s.L.]**. 1995. p.397.

⁹⁷ NIE, Stella. **Short History of Reforms Concerning Chinese State Owned Enterprises**. 2005. Consulate General of Switzerland in Shanghai Commercial Section n. 02. Disponível em: <http://www.sinoptic.ch/shanghaiflash/texts/pdf/200502_Shanghai.Flash.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016. p. 1

⁹⁸ NIE, Stella. **Short History of Reforms Concerning Chinese State Owned Enterprises**. 2005. Consulate General of Switzerland in Shanghai Commercial Section n. 02. Disponível em: <http://www.sinoptic.ch/shanghaiflash/texts/pdf/200502_Shanghai.Flash.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016. p. 2.

Embora uma variedade de medidas e modelos de reformas tenham sido tentadas desde a década de 1980, seus efeitos foram modestos. Os prejuízos por empresas estatais cresceram enormemente, causando efeitos até o início dos anos 1990, em que cerca de 50,1 por cento das empresas públicas ainda estavam correndo em perda⁹⁹.

Através de reorganização, aquisição, venda, fechamentos e de falências, o número de empresas estatais encolheu ano após ano. Os esforços para reestruturar o setor das Empresas Estatais tornaram-se positivos e bastante proveitosos. O princípio orientador da estratégia de reforma das empresas públicas tornou-se a expressão “zhua, fang xiao” ou seja, "manter o grande e deixar o pequeno ir", uma referência a uma política consagrada no 9º Plano Quinquenal (1996-2000) da concentração de recursos do governo sobre as estatais maiores, enquanto o controle estatal sobre as estatais menores era atenuado¹⁰⁰. Assevera também Nie¹⁰¹ que

De acordo com estatísticas do governo, de 1998 a 2003, o número de empresas estatais caiu em 40% de 238.000 para 150.000, mas os lucros agregados que estas empresas públicas realizaram, tinha aumentado 22 vezes. De 21,37 bilhões de yuans (US\$ 2.58 bilhões) para 495,12 bilhões de yuans (US\$ 59,9 bilhões). O valor total das empresas públicas aumentou em cerca de 60%, de RMB 5,2 trilhões (US 628.800.000.000 \$) para RMB 8.400.000 trilhões (US 1.02 trilhão de dólares). Foi relatado que nos primeiros 10 meses de 2004, as 181 empresas estatais centrais e seus grupos tinham lucrado 418,9 bilhões de yuans (US\$ 50,6 bilhões dólares), um aumento de 53% em relação ao mesmo período do ano anterior. Até o final de 2004, mais de 1.000 empresas estatais foram listadas nas bolsas de valores nacionais e estrangeiros, com um efeito claro de capacitação sobre sua governança corporativa e eficiência.

Durante o processo de reorganização das estatais, muitas empresas estatais foram criadas a partir da extinção de ministérios governamentais, que foram

⁹⁹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 10.

¹⁰⁰ MATTLIN, Mikael. Chinese Strategic State-owned Enterprises and Ownership Control. **Asia Papers**, China, v. 4, n. 6, p.8, 2009. Mensal. Disponível em: <http://www.thepresidency.gov.za/electronicreport/downloads/volume_4/business_case_viability/BC1_Research_Material/AsiaPaper4.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹⁰¹ NIE, Stella. **Short History of Reforms Concerning Chinese State Owned Enterprises**. 2005. Consulate General of Switzerland in Shanghai Commercial Section n. 02. Disponível em: <http://www.sinoptic.ch/shanghaiflash/texts/pdf/200502_Shanghai.Flash.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016. p. 2.

eliminados para a efetivação da transição para uma economia orientada para o mercado¹⁰².

Estas políticas e muitas reformas estruturais subsequentes foram perseguidas em um esforço declarado para transformar a economia centralmente planejada da China, dominado por empresas estatais, a um sistema que incorpora características de livre mercado, mas mantém certos atributos socialistas¹⁰³, como referido no capítulo anterior.

Como resultado, no ano de 2015, 98 empresas chinesas compuseram a lista da Fortune Global 500¹⁰⁴, classificando-se agora entre as 500 maiores empresas do mundo.

Na prática, as empresas estatais chinesas, que são uma herança do regime comunista, têm o privilégio de não competir em um mercado livre, estão em um mercado em que o governo protege zelosamente seu monopólio em vários setores-chave, proibindo ou severamente regulando o investimento privado nacional e estrangeiro.

Em 18 de dezembro de 2006, o SASAC anunciou que a defesa nacional seria absolutamente controlada por empresas estatais, as quais elencou o controle dos setores de petróleo, energia, telecomunicações, aviação, estradas, saneamento, mineração, bancos, etc¹⁰⁵.

Essa foi a última fase de desenvolvimento das estatais, que ocorreu em 2006, com a publicação de uma diretiva oficial intitulada *Guiding Opinion on Promoting the Adjustment of State-Owned Capital and the Reconstruction of State-Owned Enterprises* (Orientações sobre a promoção do ajustamento do capital das Estatais e

¹⁰² A China National Petroleum Corporation (CNPC), a Sinopec e a China National Offshore Oil Corporation (CNOOC), as três empresas estatais de petróleo do país, foram criadas a partir dos ativos operacionais do antigo Ministério da Indústria Petrolífera. As cinco empresas de geração de energia estatal da China e duas redes de energia de propriedade estatal faziam parte da State Power Corporation, que recebeu os ativos operacionais do antigo Ministério da Eletricidade. As três maiores empresas chinesas de telecomunicações, China Telecom, China Unicom e China Mobile, foram convertidas dos ativos operacionais do Ministério de Correios e Telecomunicações por meio de várias rodadas de reestruturação da indústria. MILHAUPT, Curtis J. e ZHENG, Wentong. *Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm*. **Georgetown Law Journal**, v. 103, n. 3, 2015. p. 692-693.

¹⁰³ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 9.

¹⁰⁴ FORTUNE. **500 Global**. 2015. Disponível em: <<http://fortune.com/global500/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

¹⁰⁵ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law And Law Reform**. Victoria, v. 16, n. 1, 2011. p. 38.

a reconstrução de empresas estatais), que alargou a lista dos chamados "estratégicos" e "Setores Pilares") em que o Estado teria um monopólio natural¹⁰⁶.

As empresas estatais da China são os fundamentais condutores de seu Capitalismo de Estado e produzem, atualmente, mais da metade do PIB do país. O modelo Chinês de Capitalismo de Estado foi inspirado nas experiências bem-sucedidas do Japão, Coreia do Sul e Cingapura e fornece uma alternativa ao Capitalismo de Mercado, combinando as vantagens da iniciativa privada e da intervenção do governo¹⁰⁷.

A criação do *State Assets Supervision and Administration Commission* - SASAC, em 2003, marcou uma nova fase nos esforços para lidar com os desafios pendentes e problemas não resolvidos de empresas estatais da China¹⁰⁸.

Ao contrário da Rússia e de outras economias emergentes, a China, entretanto, não concretizou uma massiva privatização¹⁰⁹. Ela utilizou-se de empréstimos bancários para manter as empresas operando e solventes. Entretanto, esta estratégia causou aos bancos um enorme acúmulo de débitos, impondo a necessidade de implementar o corporativismo nas empresas estatais no sentido de aumentar os lucros¹¹⁰.

Em 2008, após anos de debate, foi promulgada a *Law on State-Owned Assets of Enterprises* (Lei relativa aos ativos de empresas estatais). Isso reconheceu ao SASAC o *status* de acionista controlador.

O SASAC, portanto, é uma agência governamental que desempenha o papel tanto de uma *holding*, quanto de uma autoridade de supervisão. A agência detém 100 por cento das ações de cada uma das empresas estatais chinesas, em nível central,

¹⁰⁶ SIVARAM, Karthik; MISHRA, Apurv. **Leviathan Made in China: Is China's State Capitalism Unique?**. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/8079927/Title_Leviathan-Made_in_China_Is_Chinas_State_Capitalism_Unique>. Acesso em: 07 fev. 2017. p. 3-4.

¹⁰⁷ SIVARAM, Karthik; MISHRA, Apurv. **Leviathan Made in China: Is China's State Capitalism Unique?**. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/8079927/Title_Leviathan-Made_in_China_Is_Chinas_State_Capitalism_Unique>. Acesso em: 17 maio 2016. p. 4.

¹⁰⁸ MATTLIN, Mikael. Chinese Strategic State-owned Enterprises and Ownership Control. **Asia Papers**, China, v. 4, n. 6, p.7, 2009. Mensal. Disponível em: <http://www.thepresidency.gov.za/electronicreport/downloads/volume_4/business_case_viability/BC1_Research_Material/AsiaPaper4.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹⁰⁹ SONG, Bing. Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China. **Stan. J Int'l L. [s.L.]**. 1995. p.389.

¹¹⁰ LI, Minqi. **Three Essays on China's state owned enterprises: towards an alternative to privatization**. 2002. 183 f. Tese (Doutorado) - Curso de Política Econômica, University Of Massachusetts Amherst, Ann Arbor, 2002. p. 19.

deve se reportar ao Conselho de Estado e é o acionista controlador final sobre os grupos empresariais. Pelo menos, formalmente, isso torna o SASAC o "maior acionista controlador do mundo"¹¹¹.

As "empresas públicas" na China referem-se a empresas detidas por "todas as pessoas", cujos direitos de propriedade são exercidos pelos governos em vários níveis, desde o governo central até os governos municipais¹¹². Imperioso destacar que empresas estatais divergem de empresas públicas. Estas são definidas por Carvalho Filho¹¹³ “como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos”. Portanto, estas são constituída por capital exclusivamente público, e poderá ser constituída em qualquer uma das modalidades empresariais.

Por outro lado, as empresas estatais, nas palavras de Aragão¹¹⁴

“[...]surgiram como uma tentativa de o Estado se dotar de instrumentos mais ágeis de ação, partindo-se do pressuposto de que as pessoas jurídicas de direito público possuíam amarras e controles que impediam uma atuação eficiente, sobretudo na seara econômica, onde a inovação e as dinâmicas de mercado exigem uma atuação mais célere e adaptável a cada momento e demanda.

Na verdade, essa necessidade, que inicialmente justificou a criação das empresas estatais, mais recentemente se espraiou até mesmo pelos organismos mais tradicionais da Administração Pública, estimulando a criação de figuras como agências executivas, contratos de gestão, adoção de metas e de remunerações premiais, configurando o que em gênero se denomina Administração Pública gerencial ou de resultados inspirada no *new public management* anglo-saxão, provocando o que alguns chamaram criticamente de fuga do direito administrativo para o direito privado.

O autor ainda ressalta que “as empresas públicas e as sociedades de economia-mista constituem, justamente, uns dos institutos do Direito Administrativo

¹¹¹ MILHAUPT, Curtis J. e ZHENG, Wentong. Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm. **Georgetown Law Journal**, v. 103, n. 3, 2015. p. 676.

¹¹² ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **Journal of International Law**, Philadelphia, v. 32, n. 2, jan. 2012. p. 662.

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.500.

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>.

em que há mais intensa ‘cambialidade’ e mútua influência entre o direito público e o privado. Esse hibridismo é a principal característica do regime jurídico das empresas estatais”.

Superadas tais questões conceituais, depreendeu-se que a leitura da Lei Antimonopólio pode ser dúbia. As empresas estatais, dessa forma, podem ser isentas sob o artigo 7 da LAM (Lei Antimonopólio). Em termos de fusões e aquisições, a própria norma concorrencial chinesa não exige que seja feita uma notificação prévia perante o MOFCOM (Ministério do Comércio, órgão responsável pela análise dos pedidos de fusão). As empresas estatais, por vezes, sequer efetivam a notificação, conforme assegura Sokol¹¹⁵.

Desde meados dos anos 1970, as empresas públicas tornaram-se um veículo indispensável para o desenvolvimento econômico, particularmente nos países menos desenvolvidos. Elas têm desempenhado um papel importante na oferta de bens e serviços para exportação, bem como para o consumo interno. Essas entidades controlam sistemas bancários, seguros e serviços públicos, como eletricidade, ferrovias, portos, etc. Já no início dos anos 1980, as empresas públicas, excluindo as instituições financeiras governamentais, normalmente representavam dez por cento ou mais do produto interno bruto de seus países. As empresas estatais agora contribuem com grande parte do emprego industrial e de serviços¹¹⁶.

Apesar dos esforços de liberalização nas últimas três décadas, que reduziram significativamente a participação formal do setor estatal na economia, o Estado chinês ainda desempenha um papel dominante na economia. Além de distribuir grandes quantidades de subsídios, o Estado intervém na economia de forma significativa, gerando rendas que são cruciais para a prosperidade das empresas ou mesmo a sobrevivência¹¹⁷. Milhaupt e Zheng citam como exemplo a facilitação ao acesso ao financiamento das estatais. O Estado impunha um teto sobre as taxas dos depósitos

¹¹⁵ SOKOL, D. Daniel. Merger Control under China's Anti-Monopoly Law. **Nyu Journal of Law and Business**, New York, v. 10, n. 1, 27 jan. 2013. p. 21.

¹¹⁶ HAILE-MARIAM, Yacob. Privatization of State-Owned Enterprises and The Law: Issues and Problems. **Emory International Law Review**. Atlanta. mar. 1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emint7&div=3&id=&page;=>>>. Acesso em: 27 jan. 2017. p. 35-36.

¹¹⁷ MILHAUPT, Curtis J. e ZHENG, Wentong. Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm. **Georgetown Law Journal**, v. 103, n. 3, 2015. p. 689.

bancários e canalizava o crédito a preços abaixo do custo de mercado para empresas favorecidas pelo Estado¹¹⁸.

Por fim, podemos sintetizar o presente capítulo a partir das últimas três décadas de reformas econômicas que transformaram fundamentalmente a China. Antes de 1978, quase todas as empresas em todas as indústrias eram propriedade e controladas pelo governo, os bens produzidos também dependiam das decisões do governo. A escassez era generalizada, provocada por fracassadas políticas de Mao, tal como o "Grande Salto Adiante".

Com a ascensão de Deng Xiaoping ao poder, ele realizou reforma agrária, voltando-se às fazendas coletivistas até camponeses individuais. Deng quase imediatamente aboliu comunas agrícolas rurais, reformando a política agrária, permitindo que aos camponeses a manutenção de lotes familiares. Em 1984, a China tornou-se autossuficiente em alimentos pela primeira vez na história moderna¹¹⁹.

As empresas estatais passaram a ocupar, após diversas reformas, uma posição no mercado de serviços financeiros, estrada de ferro, aviação, petróleo, siderurgia, aviação, bancos, etc., em que são capazes de monopolizar o mercado, tornando-as uma preocupação legítima. Por exemplo, no mercado da China de comunicação sem fio, existem apenas três prestadores de serviços, todos controlados por empresas estatais, e 67,49% do total de assinantes são consumidores da operadora número um de telecomunicações sem fio na China¹²⁰. A permissibilidade de monopolização nos setores econômicos considerados essenciais à segurança chinesa é a problemática que passaremos a enfrentar nos próximos capítulos.

Cumprido desde já recordar que nas últimas três décadas de reformas das empresas públicas, o governo chinês fez passos firmes para a dissolução de indústrias consideradas não fundamentais para a economia nacional e segurança nacional, mantendo o domínio das estatais em setores considerados críticos para a economia nacional e segurança nacional.

¹¹⁸ MILHAUPT, Curtis J. e ZHENG, Wentong. Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm. **Georgetown Law Journal**, v. 103, n. 3, 2015. p. 689.

¹¹⁹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 9.

¹²⁰ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and its Implications. Washington: **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v.36, n. 2, 2009. p.241.

A transição econômica, no entanto, não está completa. Apesar do papel cada vez mais importante do mercado, muitos aspectos da economia da China ainda são de natureza transitória. Embora a maioria dos preços tenham sido liberalizados, o governo ainda mantém o controle de preços sobre certos produtos-chave¹²¹. Além dessa forte intervenção, isto é, do controle governamental sobre os preços e a forte proteção dada às estatais, há ainda restrições de entrada no mercado contra empresas não estatais em certas áreas da indústria consideradas essenciais pelo próprio governo.

É neste ponto, significa dizer, que problemática surge e se buscará responder às seguintes indagações: a estrutura política chinesa existente enfrenta um dilema central, ou seja, a contradição inerente de incentivar a liberdade econômica e proteger o processo competitivo, mantendo controle autoritário rigoroso de todos os outros aspectos da sociedade civil.

Em relação à proteção conferida às Estatais, indaga-se, como enfrentar, na ordem concorrencial, o tratamento desigual em detrimento das privadas neste modelo de Capitalismo de Estado chinês? Se buscará, por meio da análise desta reformulação concorrencial chinesa, verificar se as exigências dos demais membros da OMC estão sendo cumpridas no que pertine à efetiva implementação da liberdade de mercado sem que se privilegie as empresas públicas e as empresas privadas que na China estão ingressando.

A conclusão parcial que até o momento foi possível alcançar é que diversos fatos serviram para que a China atingisse o patamar que atualmente se encontra, na qual dois devem ser ressaltados:

O *primeiro* trata da reforma nas empresas estatais. Quando se percebeu que elas não mais prosperavam em alguns setores econômicos, diversas delas passaram por fusões ou mesmo por privatizações. Esse foi um importante aspecto nesse estudo, uma vez que se faz imperioso estabelecer como as empresas estatais alcançaram as suas posições monopolistas de mercado chinês.

¹²¹ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University Of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010. p.670-671.

O *segundo* fator relevante dessa pesquisa foi conhecer de que forma ocorreu o desenvolvimento econômico chinês e quais foram as medidas tomadas, sejam elas legislativas, comerciais (ingresso na OMC) ou mesmo políticas, visando estabelecer uma estrutura que a permitisse estabelecer laços econômicos bilaterais, regionais ou multilaterais.

Tendo-se verificado, ainda que não de forma exauriente, os principais aspectos que ensejaram na concretização do *boom* econômico chinês e, tendo em vista que as empresas estatais receberam o *status* de detentoras da segurança econômica chinesa, alcançando o seleto rol de maiores empresas do mundo, deve-se procurar soluções em meio ao direito concorrencial pelas práticas monopolistas das empresas estatais chinesas, que podem estar abusando de sua posição dominante, conforme pretende-se ao final defender, quando diversas tentativas de aquisição de seus concorrentes ocorreram em países como Austrália, Estados Unidos da América, Canadá e União Europeia.

Portanto, diante deste contexto e frente à problemática exposta, passar-se-á, em capítulo seguinte, à análise do ordenamento jurídico em matéria concorrencial na China, para que se possa, ao final, responder às indagações propostas nessa investigação.

II – DIREITO CONCORRENCIAL CHINÊS

Neste segundo capítulo, a análise sobre o direito concorrencial chinês será o ponto de partida. Será discorrido sobre a evolução legislativa, as propostas para a legislação atual – que perdurou cerca de quinze anos de trabalhos, contando inclusive com auxílio de pesquisadores internacionais – e as agências de fiscalização e repressão, encarregadas de zelar pela manutenção da ordem concorrencial na China.

Almeja-se, assim, delinear as bases do direito concorrencial chinês para que se possa, ao final, verificar se as condutas das estatais estão em desacordo com a legislação antitruste, quais as condições necessárias para que se caracterize o abuso de posição dominante e qual o (os) órgão (s) encarregado (s) pela repressão de tais condutas.

Pretende-se, portanto, conhecer a legislação aplicável, verificar o comportamento das autoridades antimonopólio chinesas, com o escopo de compreender e conhecer o panorama no qual está inserido o direito concorrencial na República Popular da China. Assim, tais exames servirão para que se permita verificar a indagação principal deste estudo: se está configurado o abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas, de acordo com a legislação concorrencial chinesa.

A – Evolução legislativa em matéria de defesa da concorrência

O Direito Concorrencial, tal como conhecemos hoje, não é o mesmo que remonta às suas origens. Ele surge com o precípua encargo de servir como instrumento na tentativa de se coibir e corrigir falhas mercadológicas, como falhas estruturais, ou em razão da adoção de condutas anticompetitivas pelos agentes do mercado que se desenrolavam no cenário em que grandes empresas utilizavam de

coação, *dumping*, ameaças e sabotagens em prol de seu desenvolvimento¹²² e, de outro lado, a insatisfação tanto popular quanto do Estado iniciaram o espírito de combater as práticas decorrentes do liberalismo econômico¹²³.

Essas práticas não mais se limitam à soberania de cada país e causam efeitos para além das fronteiras. Emerge aqui o Direito Internacional, cujo provável mais importante papel seja o de buscar soluções frente aos conflitos gerados devido à aplicação normativa em face das soberanias e sua independência jurisdicional. É consabido que o mundo globalizado se desenvolve intensamente, aproximando as relações comerciais entre diversas nações. Tal crescimento enseja novas soluções para as celeumas geradas neste contexto internacional, que, na lição da Professora Carolina Pancotto Bohrer Munhoz¹²⁴:

“[...] esta identificação com o crescimento econômico [...] mostra-se insuficiente para atender às demandas sociais, políticas, econômicas e mesmo culturais que vicejam hoje principalmente nos países em desenvolvimento (PEDs). O final do século XX testemunhou uma grande expansão do crescimento econômico. Entretanto, constatou-se que os efeitos deste crescimento não implicavam necessariamente a melhoria de vida da maioria da população mundial. [...] é preciso alcançar um conceito possível de desenvolvimento, que abranja, mas, ao mesmo tempo, não se limite à análise econômica”.

Tal fato não difere do que ocorre no Direito Concorrencial Internacional. Condutas como fixação de preços, divisão do mercado, recusa de fornecimento, venda casada, discriminação, acordos de exclusividade, entre outras, são as práticas denominadas de anticoncorrenciais e são comportamentos resultantes de empresas que, principalmente, não mais se limitam à fronteiras geográficas de seu país de origem.

Com o alargamento do mercado globalizado, as distâncias se abreviaram, possibilitando o incremento de suas atividades. Hodiernamente, as empresas se tornaram grandes corporações multinacionais e com enorme poderio de capitais. Nessa tessitura, cabe ao Estado regular as referidas práticas limitadoras da concorrência, no entanto, seu alcance é limitado ao âmbito de aplicação de sua

¹²² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 4.

¹²³ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 64-68.

¹²⁴ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Ed. Lex Editora, 2006. p. 17.

jurisdição, não podendo interferir sobre a soberania de terceiros, de acordo com princípios já consagrados do Direito Internacional. Para tanto, o Estado precisa ser autônomo, em âmbito interno, e independente em ambiente internacional, o que se dá pelo exercício da soberania, elemento essencial para existência de um Estado.

A adoção de políticas concorrenciais, portanto, emerge com o fenômeno da globalização, quando empresas passaram a ultrapassar as barreiras internas e explorar o mercado de outros países. Salienta Luiz Carlos Buchaim que o direito da concorrência se tornou objeto de matéria legislativa em todo o mundo, seja na ordem legislativa interna, seja na esfera do direito público internacional¹²⁵.

De acordo com dados coletados por Wei Dan¹²⁶, em 1980, apenas quinze países tinham leis da concorrência ou *antitruste*, todavia esse número desenvolveu-se em cerca de sete vezes até o final de 2010. Mais de 112 países já haviam adotado leis concorrenciais e outros quatorze estavam em processo de preparação. São notórios o desenvolvimento e a adoção pelos países da política concorrencial em seus ordenamentos. Segundo Buchaim

“O regime concorrencial promove o desenvolvimento econômico ao estimular a eficiência econômica sob a forma de inovações e mudanças tecnológicas. Os agentes econômicos, visando vencer a concorrência, vão alocar seus recursos econômicos e naturais para a produção mais eficiente possível de bens de maior valor agregado e que aumentam o bem-estar dos consumidores, pelos menores preços. Por isso se afirma que os preços praticados por determinadas empresas dominante num dado mercado são indicadores para que outras direcionem seus recursos para a produção de bens, em concorrência, visando obter uma parcela do mercado. [...] Assim, [...] a política da concorrência tem como objetivo exclusivo maximizar a eficiência econômica”.

Para Frederico do Valle Magalhães Marques¹²⁷, “entende-se por concorrência, no campo econômico, a disputa entre as empresas na conquista de novos *mercados*, a fim de alcançarem uma maior penetração para seus produtos. É

¹²⁵ BUCHAIN, Luiz Carlos. Os Objetivos do Direito da Concorrência em Face da Ordem Econômica Nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43133>>. Acesso em: 09 Jun. 2016.

¹²⁶ DAN, Wei. A Lei Antimonopólio da China e o seu regime de controle de concentração. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p.237-266, jul. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100010>. Acesso em: 10 maio 2016.

¹²⁷ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 107.

a disputa entre agentes econômicos que exploram a mesma atividade visando à conquista de mercado”.

Por sua vez, Gesner Oliveira e João Grandino Rodas ressaltam que¹²⁸

“O direito da concorrência, também conhecido como direito antitruste, por ser campo relativamente novo, ainda não logrou alcançar consenso no que tange à sua conceituação, nem com relação ao seu enquadramento no seio das disciplinas jurídicas. Isso é verdade tanto no que se refere ao direito comparado, como no que pertine à doutrina brasileira”.

Os autores ainda asseveram que a dificuldade em se conceituar o direito da concorrência deve-se ao fato de não permitir um sentido definido, isto é, a conceituação deve ser feita sem que se utilize a palavra concorrência. Dessa forma, os doutrinadores entendem como concorrência o conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso de poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade.

É imperioso ressaltar que, conforme leciona Munhoz¹²⁹, a concorrência não é encarada apenas como meio para atingir objetivos econômicos, como a eficiência, o que não se coadunaria com a abordagem de desenvolvimento, mas sim com a noção de crescimento econômico. Tal assertiva corrobora com o atual panorama da União Europeia na qual Augusto Jaeger Junior¹³⁰ defende, em apartada síntese, que a liberdade de concorrência se mostrou como a quinta liberdade fundamental para o desenvolvimento de processos de integração.

Logo, o objetivo das leis concorrenciais, do ponto de vista econômico, deveria ser aprimorar continuamente o bem-estar social por meio do incremento da produção de bens e serviços que podem ser produzidos com recursos disponíveis, isto é, buscando eficiência econômica¹³¹.

¹²⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 28.

¹²⁹ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lax Editora, 2006. p. 139.

¹³⁰ JAEGER JÚNIOR, Augusto. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. 799 p.

¹³¹ OWEN, Bruce M; SUN, Su; ZHENG, Wentong. Antitrust in China: The problem of incentive compatibility. **Stanford Law and Economics**, nº. 295, ago. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=595801>>. Acesso em 18 abr. 2016. p. 27.

Para entender o direito concorrencial chinês e suas implicações, é de suma importância entender não só o ambiente jurídico na qual a atual legislação em vigor foi promulgada, mas também a sua evolução histórica.

O Direito na China é visto, sobretudo, como uma ferramenta para organizar a atividade governamental do que um método de equilibrar os interesses dos cidadãos. A maioria dos artigos dentro da Constituição da China, por exemplo, simplesmente descreve a estrutura das instituições estatais. Tradicionalmente, a proteção dos interesses privados, sejam eles pessoais ou empresariais, não têm sido uma prioridade dentro da lei chinesa. Este contexto é importante manter em mente quando se considera como a Lei Antimonopólio, que incide sobre a proteção dos interesses públicos e particulares, foi criada.

Passaremos a tratar da evolução legislativa em matéria concorrencial na China. Antes de 1978, a China tinha uma economia planificada. De tal modo que não havia mercado ou competição significativa e, conseqüentemente, inexistia a necessidade de promulgar normas concorrenciais¹³². Foi somente após a implementação de um "sistema de responsabilidade" que se permitiu aos agricultores a retenção e venda de produtos agrícolas entre partes privadas. Este subsídio limitado para a competição reascendeu uma longa história de mercantilismo chinês e promoveu rapidamente a criação, em meados da década de 1980, de milhares de empresas locais¹³³.

Deng Xiaoping e os seus apoiadores ganharam poder em 1978, dois anos após a morte de Mao. Deng quase imediatamente aboliu comunas agrícolas rurais, permitindo que os camponeses pudessem cultivar lotes familiares e vender seus produtos. Em 1984, a China tornou-se autossuficiente em alimentos, pela primeira vez na história moderna¹³⁴.

Com a adoção da política de abertura para o comércio exterior, a China passou a receber investimento estrangeiro, dando origem à competição na economia

¹³² ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and its Implications. Washington: **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v.36, n. 2, 2009. p .231.

¹³³ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 31.

¹³⁴ HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago. v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 172.

chinesa e, conseqüentemente, a preocupação com práticas anticoncorrenciais. Dessa forma, surgiu a necessidade de promulgar uma lei abrangente de concorrência. Sobre o tema, William narra que “na China, o monopólio político do Partido Comunista Chinês conduziu a um monopólio estatal completo do poder econômico. Esta política econômica foi efetivamente abandonada em 1978 [...]. A China agora parece ter decidido que é necessário um conjunto de regras para regular a economia de mercado socialista”¹³⁵.

Sérias discussões em torno da redação de uma lei da concorrência haviam ocorrido em meados dos anos 1980, especialmente entre os líderes políticos e juristas, tendo estes percebido que um direito da concorrência efetivo serviria como um elemento essencial para transformar as empresas estatais em empresas com a capacidade de competir de forma eficaz¹³⁶.

Promulgada em outubro de 1980, a norma *Regulations on Development and Protection of Competition* (Regulamentos de Desenvolvimento e Proteção da Concorrência) foi a primeira regulamentação oficial de política concorrencial chinesa¹³⁷, que objetivava introduzir a concorrência através da quebra de bloqueios regionais e barreiras departamentais. Visava proteger qualquer proibição de entrada de mercadorias; buscava garantir que departamentos responsáveis pela indústria, pelos transportes, pelas finanças e pelo comércio devessem tomar medidas para implementar concorrência de modo a facilitá-la.

De acordo com Shang Ming, Diretor-Geral do Departamento Antimonopólio no Ministério de Comércio, em meados de 1980, o Conselho de Estado criou uma comissão legislativa encarregada da aplicação da legislação antitruste. A comissão então elaborou e promulgou em 1987 o “Regulamento Sobre a Administração de Propaganda da República Popular da China”¹³⁸. Este regulamento, nas suas palavras, estabelecia princípios sobre o desenvolvimento e a defesa da concorrência socialista,

¹³⁵ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 1.

¹³⁶ HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago. v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 172.

¹³⁷ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 128.

¹³⁸ Título traduzido de Regulation on the Administration of Advertisement of the People's Republic of China.

a quebra de bloqueios regionais e promovia a concorrência através de meios legais¹³⁹.

No mesmo ano, a agência da Administração Estatal de Indústria e Comércio (SAIC) iniciou a elaboração da Lei Contra a Concorrência Desleal¹⁴⁰, que veio a ser aprovada pelo Congresso Popular Nacional em junho de 1993, momento que o direito da concorrência emergiu na China¹⁴¹.

O objetivo da lei, tal como previsto no artigo 1º, é incentivar e proteger a concorrência leal, punir a concorrência desleal e proteger os interesses jurídicos dos operadores e dos consumidores. Ademais, outros princípios antitruste foram incorporados nesta legislação:

“Os artigos 6º e 7º da AUCL proíbem expressamente os monopolistas públicos e privados de "forçar" a compra de mercadorias ou "proibir a concorrência de outras empresas". O artigo 11º proíbe as vendas abaixo do custo com a finalidade de expulsar os concorrentes do negócio (matéria sujeita a certas exceções). O Artigo 12 proíbe a venda casada. O conluio na licitação é proibido pelo Artigo 15. Contudo, tal como promulgado e aplicado, a AUCL se concentrou em grande parte em uma variedade de questões não-antitruste, incluindo a proibição do suborno comercial e das práticas comerciais desleais, a proteção das marcas e a "transgressão" das ofensas. Contudo, tal como promulgado e aplicado, a Lei Contra a Concorrência Desleal concentrou-se em grande parte numa diversidade de questões não relacionadas com a concorrência, incluindo a proibição do suborno comercial e das práticas comerciais desleais, a proteção das marcas e as infrações¹⁴²”.

Críticos afirmavam que o verdadeiro foco desta lei era a proteção dos produtores, em vez de promover o bem-estar dos consumidores¹⁴³. Asseveravam que a aparente falta de interesse no bem-estar dos consumidores podia ser explicada por que os legisladores também ignoraram questões como o efeito anticoncorrencial das fusões e aquisições e preços excessivos por parte das empresas com posições de mercado dominantes. Os legisladores chineses explicaram a ausência de tais regulamentos argumentando que outras leis, tais como a “*Consumer Rights and*

¹³⁹ MING, Shang. Antitrust in China: a constantly evolving subject. **Competition Law International**, London, v. 1, n. 5, fev. 2009. p. 4.

¹⁴⁰ Anti-Unfair Competition Law of 1993 (AUCL).

¹⁴¹ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 33.

¹⁴² HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 11.

¹⁴³ SONG, Bing. Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China. **Stan. J Int'l L. [s.L.]**. 1995. p.414.

Interests Protection Law (1993)”, protegiam suficientemente os interesses dos consumidores¹⁴⁴.

A necessidade de preencher as lacunas para a formação de um regime concorrencial se dava, sobretudo, em razão das modificações oriundas da reforma constitucional de 1993, que declarou a “economia de mercado socialista” e a intenção de ingresso na OMC, que só ocorreria em 2001. Desta forma, o legislador promulgou a Lei Contra Práticas de Comércio Desleais, contudo uma norma abrangente de ordem concorrencial ainda inexistia¹⁴⁵ e encarregou a Administração do Estado para Indústria e Comércio (SAIC – State Administration for Industry and Commerce) de fiscalizar o comportamento competitivo desleal.

A legislação proibia certas formas de práticas monopolistas (artigo 6), incluindo atos de negociação exclusiva, bloqueio regional, vendas abaixo do custo (artigo 11)¹⁴⁶, venda casada e manipulação de licitações (artigo 15), contudo ela não foi capaz de resolver outras práticas anticoncorrenciais, incluindo a formação de monopólios. Alguns estudiosos aduziam que tal legislação em verdade era combinação entre uma lei consumerista e de propriedade intelectual, em vez de legislação verdadeira de concorrência¹⁴⁷.

Song¹⁴⁸ traz uma visão positiva, segundo a qual a “Lei Contra a Concorrência Desleal” foi significativa porque é a primeira legislação nacional abrangente deste tipo. A Lei abordou importantes disposições, tais como regras de conduta para os serviços públicos e restrições à obstrução do comércio interno pelo governo. Nas suas palavras, “como tal, a lei provavelmente abriu o caminho para orientações mais detalhadas sobre estas questões no futuro próximo. Sua importância não deve ser exagerada, no entanto, uma vez que suas insuficiências são óbvias quando comparadas com os desafios enfrentados pelos chineses”.

¹⁴⁴ SONG, Bing. Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China. **Stan. J Int'l L. [s.L.]**. 1995. p.414.

¹⁴⁵ LORENZ, Moritz. The New Chinese Competition Act. **European Competition Law Review**, United Kingdom, v. 29, n. 4, 2008. p. 257.

¹⁴⁶ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and its Implications. Washington: **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v.36, n. 2, 2009. p .231.

¹⁴⁷ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 33.

¹⁴⁸ SONG, Bing. Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China. **Stan. J Int'l L. [s.L.]**. 1995. p.417.

De outra banda, o conteúdo material desta legislação era considerado frívolo, inconsistente e omissivo em diversos aspectos, quando comparada com legislações de outros países com maior experiência em antitruste. A falta de previsão sobre fusões e aquisições, por exemplo, era uma das justificações das fortes críticas da doutrina especializada¹⁴⁹.

Nesse sentido, duas agências governamentais foram encarregadas de elaborar uma lei antitruste abrangente, logo após a promulgação da “Lei Contra a Concorrência Desleal”, de 1993¹⁵⁰. A China então estabeleceu um grupo composto por funcionários da SAIC e da Comissão Estado Econômico e do Comércio (SETC) para estudar as leis antimonopólio de outras jurisdições e começar a trabalhar em um projeto de Lei Antimonopólio da China¹⁵¹.

Desde o início, o grupo de trabalho recebeu comentários e apoio de órgãos de defesa da concorrência nas grandes jurisdições, incluindo os EUA, Alemanha, Japão, Austrália e Coreia do Sul e das organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (“OCDE”), a Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (“APEC”), a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”) e o Banco Mundial¹⁵².

Segundo relata Williams¹⁵³,

“A primeira reunião realizou-se em 12 de maio de 1994. Decidiu-se que uma lei global da concorrência era uma necessidade para:
Facilitar o estabelecimento da economia de mercado socialista e promover a modernização;
Auxiliar no desenvolvimento de um sistema jurídico para reforçar as regras que promovem a economia de mercado socialista;
Aprofundar a reforma das empresas;
Promover a transformação das funções governamentais na esfera econômica;

¹⁴⁹ OWEN, Bruce M; SUN, Su; ZHENG, Wentong. Antitrust in China: The problem of incentive compatibility. **Stanford Law and Economics**, nº. 295, ago. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=595801>>. Acesso em 18 abr. 2016. p. 27.

¹⁵⁰ OWEN, Bruce M.; SUN, Su; ZHENG, Wentong. China's Competition Policy Reforms: The Anti-Monopoly Law and Beyond. **University of Florida Levin College of Law**. Florida, p. 231-265. 01 jan. 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=facultypub>>. Acesso em: 19 jan. 2017. p. 236.

¹⁵¹ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 172-173.

¹⁵² HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago. v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 175.

¹⁵³ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 173.

Alinhar a China com a prática internacional em matéria de regulação econômica”.

O grupo estabeleceu uma data preliminar para a conclusão de um projeto de lei de concorrência no final de 1995. Porém, o primeiro *draft* só foi composto em 1999, como veremos adiante.

Nesse ínterim, foi promulgada a Lei de Preços¹⁵⁴, que estabeleceu um novo sistema de preços "compatível com as exigências de uma economia socialista de mercado"¹⁵⁵. Ela proibia, em seu artigo 14, as práticas de preços desleais, como manipulação de preços de mercado, que prejudicassem interesses de outros operadores de empresas ou consumidores; venda de produtos abaixo do custo, a fim de eliminar os concorrentes ou monopolizar o mercado; ou oferecimento dos produtos ou serviços com preços discriminatórios.

A seu turno, a Lei de Preços permite explicitamente, em seu artigo 18¹⁵⁶, ao governo controlar os preços em certos setores importantes, incluindo os recursos naturais, os setores caracterizados por monopólios naturais e os de utilidade pública. Zheng¹⁵⁷ ao examinar a Lei de Preços, considera que:

“Nesses setores, o governo poderia fixar preços diretamente ou estabelecer "preços orientadores" que limitariam a flutuação dos preços de mercado dentro de uma faixa especificada. Em 2001, treze itens apareceram no catálogo de produtos ou serviços cujos preços eram controlados pelo governo central. Embora o número de preços controlados pareça pequeno, a importância do controle de preços na China hoje em dia é definitivamente maior do que esse número sugere, uma vez que muitos dos preços controlados são para produtos ou serviços importantes como eletricidade, telecomunicações básicas e gasolina”.

¹⁵⁴ São três os estatutos de aplicação geral que protegem a concorrência nos mercados chineses: a Lei de Preços, de 1998, a Lei Anticoncorrência Desleal de 1993 e a Lei Antimonopólio, que será tratada posteriormente.

¹⁵⁵ HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago. v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 176.

¹⁵⁶ Article 18 The government may enforce government-guided prices or government-set prices when necessary for the prices of the following commodities and services:

(1)the prices of an extremely small number of commodities vital for the development of the national economy and people's life;
 (2)the prices of a small number of commodities the resources of which are rare or short;
 (3)the prices of commodities under natural monopoly management;
 (4)the prices of essential public utilities; and
 (5)the prices of essential non-profit services.

¹⁵⁷ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **Journal of International Law**, Philadelphia, v. 32, n. 2, jan. 2012. p. 654.

A Lei de Preços proíbe as seguintes estratégias injustas de preços: a fixação de preços; o preço predatório; a discriminação dos preços dos operadores empresariais; espalhar rumores de subidas de preços; e a tração de negócios através de preços enganosos.

Ela também serviu para atribuir ao NDRC (Departamento Nacional de Reforma e Desenvolvimento) a execução fiscalizatória e repreensora das práticas vedadas pela Lei de Preços.

Harris ressalta que enquanto a Lei de Preços estava em fase de elaboração e de posterior promulgação, o Projeto de Lei Antimonopólio restara "arquivado" pelo governo central devido aos temores de que esta pudesse impedir o crescimento das empresas públicas, vistas como os "motores fundamentais do desenvolvimento econômico"¹⁵⁸.

Posteriormente, no final dos anos 1990 e início dos anos 2000, os legisladores chineses editaram várias leis, regulamentos e normas administrativas que abarcavam em algum aspecto do direito da concorrência. Este aparato legal, no entanto, com foco em recursos especializados de indústrias individuais, não forneceu uma estrutura que poderia constituir a base para uma lei abrangente competição na China¹⁵⁹.

Tais legislações concorrenciais, segundo Jung e Hao, causavam mais uma vez contradições e inconsistências legislativas em razão da quantidade de diretivas, interpretações e normas circulares de vários níveis, sem que houvesse uma sistematização das normas¹⁶⁰.

Contudo, a pressão persistente de outros membros da OMC levou o governo chinês a tomar medidas deliberadas para promulgar uma legislação concorrencial abrangente, considerada necessária para satisfazer as normas da OMC¹⁶¹.

¹⁵⁸ HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago, v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 176

¹⁵⁹ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 33.

¹⁶⁰ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal Of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 129-130.

¹⁶¹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 14.

Zhan aduz que o legislador compreendia as ineficiências causadas pela dispersão legal em combater as atividades anticoncorrenciais no mercado e o significado da lei antitruste para o desenvolvimento de uma economia de mercado. Portanto, os legisladores chineses sentiram-se compelidos a trabalhar em uma lei antitruste uniforme que contemplasse as necessidades específicas da China e, ao mesmo tempo, estivesse em conformidade com a comunidade internacional¹⁶².

A primeira tentativa abrangente para regular os monopólios veio a ocorrer com o “Regulamento de Fusão e Aquisição de Empresas Nacionais por Investidores Estrangeiros”¹⁶³, aprovado em 8 de setembro de 2006.

Brook afirma que a aludida lei se assemelha às leis concorrenciais dos Estados Unidos da América e do Canadá no que tange à obrigatoriedade de notificar previamente ao Ministério do Comércio e à Administração Estatal de Indústria e Comércio pelas empresas que estão em processo de fusão, que são os órgãos encarregados de avaliar o impacto desta composição¹⁶⁴.

Insta trazer à baila o artigo 6º que assim dispõe: “A foreign investor establishes a foreign-invested enterprise by merging or acquiring a domestic enterprise shall be approved by the examination and approval organ in accordance with the provisions of these Regulations and register for changes or establish a registration to the registration management authority¹⁶⁵”.

Outrossim, o artigo 10 da supracitada legislação dispõe que:

In terms of these Regulations, the examination and approval organ is the Ministry of Commerce of the People’s Republic of China or provincial commercial authority, the registration authority is State Administration for Industry and Commerce or its authorized local administration for industry and commerce, foreign exchange administrative authority is State Administration of Foreign Exchange and its branches.

If the foreign-invested enterprises established after merger and acquisition are according to the provisions of laws, administrative regulations and rules,

¹⁶² ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and its Implications. Washington: **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v.36, n. 2, 2009. p.233.

¹⁶³ Livre tradução de “Regulations for Merger with and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors”.

¹⁶⁴ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 34.

¹⁶⁵ Pode-se verificar a tradução no seguinte texto: “Artigo 6 O investidor estrangeiro que estabelece uma empresa estrangeira investido através da fusão ou aquisição de uma empresa nacional deverá ser aprovado pelo órgão de exame e aprovação, em conformidade com as disposições do presente Regulamento e se registrar para alterações ou estabelecer um registo à autoridade de gestão de registo”

the foreign-invested enterprises of special type or industry that shall be approved by the Ministry of Commerce, provincial examination and approval organ shall submit the applications to the Ministry of Commerce for approval, the Ministry of Commerce will make the decision whether or not to approve it¹⁶⁶.

No mesmo norte, o artigo 51 do Regulamento¹⁶⁷ dispõe sobre as circunstâncias necessárias para a notificação: (1) O volume de negócios de qualquer parte do M&A no mercado chinês no ano em curso exceder 1,5 bilhões de yuans; (2) Fusão e aquisição de mais de 10 empresas nas indústrias domésticas no prazo de 1 ano; (3) A quota de mercado de qualquer parte relacionada com as fusões e aquisições atingir 20% no mercado chinês; e (4) As fusões e aquisições atinjam a quota de mercado de pré-fusão de 25% de pós mercado de incorporação. Assim, as partes, desde 2006, devem notificar o Ministério do Comércio (Ministry Of Commerce) e a Administração estatal de Indústria e Comércio (State Administration of Industry and Commerce - SAIC) quando preenchidos os requisitos legais dispostos no Regulamento em voga.

A LAM parece, portanto, seguir o modelo da UE que, em 2004, passou de um procedimento de notificação prévia a um sistema em que as empresas têm de proceder a uma “auto avaliação”. Isto significa que as empresas devem avaliar se os

¹⁶⁶ Para facilitar o entendimento, a seguir a tradução do artigo 10º: Nos termos deste Regulamento, o órgão de exame e aprovação é o Ministério do Comércio da República Popular da China ou a autoridade comercial provincial, a autoridade de registo é a Administração Estatal de Indústria e Comércio ou a sua administração local autorizada para a indústria e comércio, Autoridade administrativa de câmbio é a Administração Estatal de Câmbio e seus ramos.

Se as empresas de investimento estrangeiro estabelecidas após a fusão e aquisição estiverem de acordo com as disposições das leis, regulamentos e regras administrativas, as empresas de investimento estrangeiro de tipo especial ou indústria que poderão ser aprovadas pelo Ministério do Comércio, ou pelo órgão provincial de exame e aprovação, submeterá os pedidos ao Ministério do Comércio para aprovação, cabendo ao Ministério do Comércio a decisão de aprová-lo ou não.

¹⁶⁷ Chapter V Anti-Monopolization Examination

Article 51 If a foreign investor merges and acquires a domestic company under any of the following circumstances, the investor shall report the information involved to the Ministry of Commerce and the State Administration for Industry and Commerce:

(1) The business volume of any party of the M&A in Chinese market in current year exceeds RMB 1.5 billion yuan;

(2) Merging and acquiring more than 10 enterprises in the domestic connective industries within 1 year;

(3) The market share of any party relating to the M&A has reached 20% in Chinese market; and

(4) The M&A leads to the fact that the market share of the party to the M&A has reached 25% in China.

Though failing to meet foresaid requirements, but at the request of the domestic enterprise with competition relationship, the relevant functional department or industrial association, the Ministry of Commerce or the State Administration for Industry and Commerce believes that the market share of the foreign investor M&A is huge, or there are other major factors which seriously impact the market competition, it may demand the foreign investor to provide a report.

The aforesaid persons concerned include the enterprises being related to the foreign investor.

seus acordos e conduta unilateral estão em conformidade com a LAM. A Autoridade de Controle Antimonopólio intervém apenas quando suspeita que houve uma infração à lei. Resta saber se os regulamentos de aplicação estabelecerão uma notificação voluntária ou um sistema de consulta¹⁶⁸.

Huo ressalta que a discussão sobre a elaboração de uma norma concorrencial contundente já vinha sendo discutida desde plano quinquenal legislativo, de 1994, em que o Congresso Nacional do Povo percebeu a necessidade de promulgar uma lei abrangente da concorrência para desenvolver a economia de mercado socialista¹⁶⁹. Contudo, somente em 2008 é que a Lei Antimonopólio, a mais abrangente norma concorrencial passaria a ser positivada.

Alguns *drafts* constituíram-se: o primeiro, denominado “Anteprojeto da Lei Antimonopólio”, que proibia conluio fixado entre as empresas, o abuso de posição dominante no mercado e concentração excessiva, assim como trazia disposições que proibiam os abusos de poder administrativo por unidades governamentais, então chamados de monopólios administrativos¹⁷⁰. Harris¹⁷¹ afirma que,

“O *Draft* de Outubro de 2002, no entanto, proibia o "monopólio", aparentemente condenando um *status* de ter alcançado uma posição dominante num mercado, ainda que através de uma concorrência legítima. Comentários em conferências e em observações escritas, observaram que esta língua poderia apoiar ataques contra monopolistas com base no seu estado, em vez de sua conduta, apesar do reconhecimento em outras grandes jurisdições que "a mera posse do poder de monopólio, bem como a aplicação concomitante de monopólio preços, não só não é ilegal; é um elemento importante do sistema de livre mercado. Todos os *drafts* subsequentes claramente proibiram a "conduta monopolista" em vez de próprio monopólio”.

Outra versão do anteprojeto atribuía, para a aplicação da lei, a competência entre três agências: Ministério do comércio seria legítimo para a apreciação das

¹⁶⁸ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 13.

¹⁶⁹ HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth : The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 35-36.

No mesmo sentido, WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 172-173.

¹⁷⁰ HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago. v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 178

¹⁷¹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 21.

concentrações e monopólios administrativos, a Agência Estatal da Indústria e Comércio (SAIC) seria encarregada de analisar os acordos de monopólio e os abusos de posição dominante, e, por fim, a Comissão de Reforma e Desenvolvimento Nacional aos casos de colusão sobre os preços e manipulação das propostas¹⁷².

Logo, um projeto inicial foi materializando-se gradativamente. Este primeiro esboço foi apresentado pelo Ministério do Comércio ao Conselho de Estado para a discussão em fevereiro de 2004. Ele só foi concluído depois que a China se tornou membro da OMC. Este projeto foi analisado por um pequeno número de *experts*, fortemente revisto e, em seguida, submetidos ao Escritório de Assuntos Legislativos do Conselho de Estado, em março 2004¹⁷³.

Jung e Hao asseveram que, de 2005 a 2006, algumas outras versões de *drafts* circularam no poder legislativo, sob autoria do Ministério do Comércio, assumindo um relevante papel para o desenvolvimento econômico e passando a ser considerado o cerne de um regime de concorrência efetivo, com relevância institucional no referido país¹⁷⁴.

Depois de três leituras e discussões do Comitê Permanente do Décimo Congresso Nacional do Povo, a Lei Antimonopólio foi finalmente aprovada em 30 de agosto de 2007, e entrou em vigor em 01 de agosto de 2008¹⁷⁵.

Durante o processo legislativo, os legisladores da China intensamente buscaram sugestões e comentários dos órgãos reguladores estrangeiros, em particular o Departamento de Justiça ("DOJ"), a Comissão de Comércio Federal dos Estados Unidos ("FTC"), e da Comissão Europeia¹⁷⁶. Como Gerald F. Masoudi, Subprocurador Geral da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados

¹⁷² HARRIS, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago, v. 7, n. 1, jun. 2006. p. 178

¹⁷³ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 34.

¹⁷⁴ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal Of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 107.

¹⁷⁵ Foram aproximadamente 5 versões de *drafts*, uma de 1999, outras 2001, 2002, 2004 e 2005. E após a redação final, o texto foi submetido ao Congresso Nacional Chinês, que, de acordo com a prática do seu Comitê Permanente, um projeto de lei deve passar por três rodadas de leitura e deliberação antes da aprovação final da lei. HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 11.

¹⁷⁶ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.233, mar. 2009.

Unidos da América (DOJ), explicou¹⁷⁷, o governo chinês tem-se demonstrado aberto para "às ideias e experiências de antitruste" de todo o mundo.

A versão final do *draft*, em razão da influência advinda pelos membros estrangeiros da comissão, adotou alguns pontos das legislações de outros países. Cite-se como exemplo o caso da responsabilização do operador comercial por abuso de posição dominante, advinda do ordenamento jurídico alemão¹⁷⁸, cuja seção 19 (1) da GWB, a lei alemã contra as restrições à concorrência, trata da proibição o abuso de posição dominante no mercado por parte de uma ou mais empresas. Esta norma foi, portanto, incorporada na Lei Antimonopólio chinesa, no artigo 17, que proibiu o abuso ao operador de uma empresa que tem a capacidade de controlar o preço, quantidade ou outras condições de transação de mercadorias no mercado relevante, ou para prejudicar ou afetar qualquer outro operador de uma empresa para entrar no mercado relevante.

Durante este período de consulta internacional, conflitos sobre o conteúdo e o alcance da Lei Antimonopólio se alastraram dentro do governo chinês. Várias bancadas no Conselho de Estado resistiam significativamente à implementação da lei. Alguns dos mais poderosos destes oponentes eram os representantes das empresas públicas¹⁷⁹, já que ocupam posição dominante em certos setores do mercado. Assim, as preocupações políticas visavam especialmente à proteção das Estatais no que tange à aquisição por empresas estrangeiras¹⁸⁰.

Williams afirmam que os principais problemas de concorrência que a economia chinesa sofre não são resultado das ações de empresas privadas, voltadas para o lucro, em um mercado *laissez-faire*, mas sim o resultado de uma intervenção do governo em todos os aspectos da economia, seja em razão de empresas estatais

¹⁷⁷ MASOUDI, Gerald F. Some Comments on the Abuse of Dominance Provisions of China's Draft Antimonopoly Law. In: UIBE COMPETITION LAW CENTER CONFERENCE ON ABUSE OF DOMINANCE: THEORY AND PRACTICE, Beijing, 2007. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519301/download>>. Acesso em: 31 maio 2016.

¹⁷⁸ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 145.

¹⁷⁹ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 34.

¹⁸⁰ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 19.

abusarem de suas posições dominantes, ou por monopólios criados por fusões de inspiração governamental.¹⁸¹

A definição do projeto conflitava com o sistema econômico chinês, afetando mormente as estatais. Ele previa que uma posição de mercado dominante se configuraria quando "um ou vários operadores de empresas controlam um mercado específico." O "mercado específico" significa a área territorial afetada durante um período de tempo pelas vendas de produtos específicos por parte dos operadores de negócios. Desta forma, para estabelecer uma posição dominante e o abuso, devia ser verificado e definido o mercado relevante, tanto em âmbito de produto e de mercado geográfico¹⁸². É principalmente neste aspecto que se formava o conflito com as entidades empresariais públicas¹⁸³.

Foi a partir do efetivo ingresso na Organização Mundial do Comércio, em 2001, que o processo de promulgação da legislação de regulação concorrencial angariou estímulos. Esse fator internacional desempenhou um papel crucial na adoção da política de concorrência uniforme da China, podendo-se sintetizar em três elementos que motivaram na formação e implementação da Lei Antimonopólio: a necessidade de controlar o monopólio, a vontade de aprender com a experiência estrangeira e a pressões de organizações estrangeiras¹⁸⁴.

Impende frisar que antes da Lei Antimonopólio vigorar, as regras relativas à concorrência estavam dispersas em cerca de quarenta leis, de vários níveis, como leis ordinárias, regulamentos, normas administrativas e documentos regulatórios¹⁸⁵, problematizando sua aplicação.

Somado à dispersão das normas concorrenciais, também não havia um sistema institucional unificado antitruste, que dependendo da matéria em debate, divergia de competência de diferentes órgãos administrativos. Assim, além da

¹⁸¹ WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 215.

¹⁸² JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 147.

¹⁸³ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 35.

¹⁸⁴ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal Of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.230, mar. 2009

¹⁸⁵ MING, Shang. Antitrust in China: a constantly evolving subject. **Competition Law International**, London, v. 1, n. 5, fev. 2009. p. 5.

dispersão legislativa e institucional, havia ainda a problemática do conteúdo das regulamentações que, por vezes, era considerada relativamente simples¹⁸⁶ e insuficiente para lidar com a transformação da China para uma economia de mercado¹⁸⁷.

Tendo sido superado o exame sobre a evolução legislativa em matéria de concorrência na China, sobre as versões propostas quando da elaboração de uma norma concorrencial abrangente, que cumprisse com a demanda proposta pela Organização Mundial do Comércio, se percebeu que as empresas de controle estatal ofereceram oposição à promulgação de uma norma que pudesse interferir diretamente em sua atividade econômica e a impusesse sanções.

Quando a Lei Antimonopólio foi promulgada, ela foi criticada como um *tigre sem dentes*, devido a possibilidade de não aplicação às empresas estatais chinesas, ou seja, certos doutrinadores aduzem que a norma confere tratamento especial ou privilegiado às empresas públicas. É nesse sentido que passaremos à analisa-la para tirar as próprias conclusões.

B – Direito concorrencial em vigor na China

Hodiernamente, como visto no capítulo anterior, o contexto econômico chinês alcançou um patamar que, ousa-se afirmar, singular: estabeleceu-se, por meio da atividade pública uma dicotomia entre as empresas públicas e as privadas na ordem concorrencial. A China enfrenta um grande desafio na busca de alcançar um direito concorrencial efetivo, ante a adoção do modelo de Capitalismo de Estado que confere tratamento diferenciado a empresas estatais, que detenham posições privilegiadas (principalmente quando se tratem de produtos de interesse estatal, a exemplo das telecomunicações) e a implantação não somente de uma norma concorrencial, mas

¹⁸⁶ MING, Shang. Antitrust in China: a constantly evolving subject. **Competition Law International**, London, v. 1, n. 5, fev. 2009. p. 5.

¹⁸⁷ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal Of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.230, mar. 2009

um sistema eficaz no combate às atividades anticompetitivas, como se comprometeu com os demais membros da Organização Mundial do Comércio.

A Lei Antimonopólio teve que considerar a natureza mista da economia chinesa, em que empresas públicas e privadas estão presentes e o governo atua fortemente (*heavy hand*) no mercado¹⁸⁸. A referida lei veio a sanar conflitos que as normas anteriores criaram e, por esta razão, é considerada uma “carta magna da liberdade econômica¹⁸⁹” na China.

Quando comparada com outros países do BRICS, a promulgação das normas concorrenciais da China foi tardia. O Brasil, no ano de 1938, elaborou sua primeira normativa em matéria concorrencial, de autoria de Nelson Hungria: o Decreto-lei 869. Atualmente, o preceito em vigor é a Lei 12.529/11¹⁹⁰. A Rússia elaborou a Lei da Concorrência n. 948-1 em 1991 e, posteriormente aprovou a Lei Federal n. 135-FZ, no ano de 2006, que ampliou o conteúdo da proteção à concorrência. Em sequência, nos anos de 2009 e 2012, o legislador russo reformou as legislações anteriores com o escopo de combater a formação de cartéis. A primeira lei da concorrência da Índia foi promulgada em 1969, emendada em 1984 e em 1991. Entretanto, havia uma necessidade de modernização da legislação, ocorrendo, portanto, a substituição da lei em 2002, sendo que foram introduzidas alterações em 2007. A África do Sul promulgou em 1955 e alterou a lei em 1979, 1988, 2000 e 2009¹⁹¹.

Ressalta-se que, de acordo com dados coletados por Augusto Jaeger Junior¹⁹², em 1990, apenas cinquenta países tinham leis de defesa da concorrência,

¹⁸⁸ EMCH, Adrian; HUANG, Andy Xuecheng. *Between Business and Government: The Addressees of Obligations Under the Anti-Monopoly Law*. **Kluwer Law International**, ago, 2013. p. 232.

¹⁸⁹ WANG, Xiaoye (2008), *Comments on the Chinese New Anti-Monopoly Law*. In: WANG, Xiaoye, QIU, Ben. (Org.) *New Developments of Economic Law*. Beijing: China Social Sciences Press, p. 62.

¹⁹⁰ Dentre as principais alterações trazidas pela legislação estão as seguintes: revogou a Lei 8.884/94 e passou a ser o diploma que rege o direito concorrencial no Brasil e regula a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; além disso, reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que passou a ser formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que, na vigência da lei anterior, era formada também pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (extinta com a nova legislação), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (que teve suas competências alteradas) e pelo CADE; a atual legislação de ainda prevê que, nos crimes contra a ordem econômica (regida pela lei 8.137/90), a celebração de acordo de leniência acarreta a suspensão da prescrição penal e impede o oferecimento da denúncia.

¹⁹¹ Sobre leis antimonopólio nos países do BRICS, ver: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: *Renovar*, 2004. p. 40. WEI DAN. A lei antimonopólio da china e o seu regime de concentração. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 238.

¹⁹² JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência**: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

alcançando 112 países até o final de 2010 e outros 14 estavam em processo de preparação¹⁹³.

Como se pode denotar, a China vem passando por um processo de reformulação do seu direito interno, visando estruturar suas leis com vistas a uma melhor relação de negociações comerciais.

Nas palavras de Wei Dan¹⁹⁴, à semelhança de outros países emergentes, quando elaboraram a regulamentação da concorrência, a China extraiu lições dos regimes jurídicos mais proeminentes: Estados Unidos da América, União Europeia e da Alemanha¹⁹⁵.

Cada país detém similitudes e divergências legislativas, conforme o nível de intervenção que pretende realizar na respectiva economia. Tal fato causa aos ordenamentos características próprias, dentre as quais, o direito concorrencial da União Europeia serviu em sua maioria como referência para a elaboração da lei na República Popular da China. Não obstante, no que tange à aplicação extraterritorial, a China adotou, seguindo diversos países do mundo, o modelo estadunidense, com base na Teoria dos Efeitos (*Effects Doctrine*)¹⁹⁶.

Com isso, ao contrário dos Estados Unidos e da União Europeia em matéria de concorrência, a China beneficia de mais de cem anos de experiência desde a

¹⁹³ DAN, Wei. A lei antimonopólio da china e o seu regime de concentração. São Paulo, SP: **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 237–266, 2012.

¹⁹⁴ WEI DAN. A lei antimonopólio da china e o seu regime de concentração. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 237–266, 2012.

¹⁹⁵ JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 2003, p. 145-146.

¹⁹⁶ Após o julgamento do Caso S.S. Lotus, julgado pela Corte Permanente De Justiça Internacional, a questão da extraterritorialidade assumiu relevância, restando estabelecido neste precedente que não existe proibição pelo Direito Internacional para que um Estado exerça norma interna em jurisdição alienígena em detrimento de um estrangeiro no que diz respeito à infração cometida fora do território. No Direito da Concorrência, o tema assumiu especial relevância quando do julgamento entre United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa), de 1945, na qual surgiu a Teoria dos Efeitos. Nesse litígio, os julgadores aplicaram direito interno a fatos ocorridos extraterritorialmente. Veja-se, apesar do comportamento limitador da concorrência ter sido realizado no exterior, os efeitos puderam ser sentidos nos Estados Unidos da América, e desta forma, os julgadores entenderam por condenar as empresas pelos danos causados, ampliando sua jurisdição extraterritorialmente, com base em seu ordenamento jurídico interno.

Em síntese, para a Teoria dos Efeitos, o Estado possui jurisdição sobre todos os atos praticados no exterior que produzam efeitos no território nacional, ou seja, não importa o local onde a prática foi provocada, e sim tão somente se produziu efeitos no mercado interno do país. Ela ampliou o âmbito de aplicação de muitas legislações até atingir empresas estrangeiras com atuação unicamente no exterior. Tal teoria é atualmente adotada em diversos países como Alemanha, Suíça, Brasil, Argentina e, no país cerne desta investigação, a China.

promulgação do *Sherman Act* e décadas de experiência em outras jurisdições importantes, incluindo as experiências do Japão, Coréia do Sul e outros países asiáticos na adoção de regimes de direito da concorrência próprios¹⁹⁷.

Ao cotejar o ordenamento jurídico americano com o europeu e com o alemão, há, em muitos aspectos, diferenças entre eles. O direito concorrencial europeu e o alemão regem-se pelo sistema da *civil law*, que, notadamente, privilegia as normas escritas, cujas origens remontam ao direito romano, enquanto que o americano se rege pelo sistema de *common law* e depende de interpretação do juiz com base em direito consuetudinário.

Somado a isso, os objetivos da lei na União Europeia são mais diversificados. Estabelecem objetivos plurais como o aumento da eficiência econômica, a redução da intervenção pública, a criação de um mercado único e a promoção da equidade social, o que diverge da lei norte-americana.

Semelhante à prática nos Estados Unidos, a Lei Antimonopólio proíbe certos acordos horizontais e verticais¹⁹⁸. Ela proíbe os seguintes acordos horizontais entre concorrentes: a fixação de preços; restrição à produção ou às vendas; divisão de mercados (vendas e matéria-prima mercados de abastecimento); restrição à compra ou ao desenvolvimento de novas tecnologias ou às instalações; boicotes de grupo; e de outros acordos, conforme determinado pelo órgão regulamentador. A seu turno a Lei Antimonopólio proíbe os seguintes acordos verticais entre as partes em uma transação: a fixação do preço de revenda; estipulação de um mínimo de manutenção do preço de revenda; e outros acordos de monopólio, conforme determinado pelo órgão regulamentador.

Passados cento e dezoito anos desde a promulgação do *Sherman Act*¹⁹⁹, de 1890 e cento e dezenove anos desde a primeira legislação a regular a matéria

¹⁹⁷ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 4.

¹⁹⁸ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.236, mar. 2009

¹⁹⁹ A doutrina aponta a proteção ao pequeno empresário como principal fundamento para a criação da lei. No período da promulgação da lei, vivia-se o término da Guerra de Secessão norte-americana, em 1865, marcado também pela imigração oriunda de países da Europa. Desde então, quatro setores econômicos –ferrovias, finanças, siderurgia e petróleo – eram os responsáveis pela crescente concentração de capitais e recursos em poucas mãos. JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e**

concorrencial (a canadense *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*²⁰⁰, em 1889), a República Popular da China, em 2008, inseriu em seu ordenamento a Lei Antimonopólio.

A LAM inclui cinquenta e sete artigos e é disposta em oito capítulos: disposições gerais; acordos de monopólio; abuso de posição dominante no mercado; concentração; proibição do abuso de poderes administrativos para restringir a concorrência; a investigação de suspeitas comportamentos de monopólio; responsabilidade legal; e provisões suplementares.

A Lei Antimonopólio introduziu duas novas agências de regulação: a Comissão Antimonopólio²⁰¹ sob orientação do Conselho de Estado, que é responsável pelo desenvolvimento da política de concorrência, a realização de estudos de mercado, a publicação de orientações e coordenação da equipe de trabalho para competição administrativa; e o “Anti-Monopoly Enforcement Authority (AMEA)”²⁰², autoridade designada pelo Conselho de Estado responsável pela execução da Lei Antimonopólio²⁰³.

O AMEA é composto pelo “National Development and Reform Commission (NDRC)”²⁰⁴; pelo “State Administration for Industry and Commerce (SAIC)”²⁰⁵; e pelo “Ministry of Commerce (MOFCOM)”²⁰⁶.

O NDRC é responsável pela regulação do nível geral de preços e das condutas monopolísticas relacionadas a preços, otimização de grandes estruturas econômicas, incluindo os cartéis de preços e os abusos de posição dominante relacionados a preços. O segundo órgão (SAIC) impõe as regras não relacionadas à

regionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 69. FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69.

²⁰⁰ Sobre o tema completo sobre evolução em matéria concorrencial canadense, ver HALLADAY, Casey W. *The Origins of Canada’s Cartel Laws.* Toronto: **Canadian Competition Law Review**, Vol. 25, n. 1, 2012.p. 157-163.

²⁰¹ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 9.

²⁰² CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 10.

²⁰³ A LAM confere poderes de investigação à Autoridade de Execução Antimonopólio, incluindo, a busca nas instalações comerciais e o envio de pedidos de informação. Em contrapartida, um mandato judicial não é necessário para as buscas em estabelecimentos comerciais, embora um relatório escrito das medidas a tomar deve ser apresentado e aprovado pela pessoa responsável pela Autoridade de Controle Antimonopólio. Nesse sentido, EMCH, Adrian; HAO, Qian. *The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview.* **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p.14.

²⁰⁴ Comissão de Reforma e Desenvolvimento Nacional (NDRC, sigla em inglês)

²⁰⁵ Administração Estatal da Indústria e do Comércio (SAIC, sigla em inglês)

²⁰⁶ Ministério do Comércio (MOFCOM, sigla em inglês)

preço, tais como acordos de monopólio, abusos de posição dominante no mercado, abusos de poder administrativo, propriedade intelectual e regras contra o abuso de poderes administrativos para restringir a concorrência. O terceiro e último, o Ministério do Comércio, é quem deve iniciar investigações sobre a concentração de empresas, orientar as empresas chinesas das alegações de práticas desleais no âmbito da concorrência no exterior e realizar cooperação com países terceiros²⁰⁷.

A LAM autorizou ao Conselho de Estado o estabelecimento de uma Comissão Anti-Monopólio²⁰⁸ responsável pela organização, coordenação e orientação de assuntos anti-monopólio, incluindo: (1) pesquisar e formular políticas de concorrência; (2) organizar a investigação e avaliação das condições gerais de concorrência no mercado e publicar relatórios de avaliação; (3) formular e publicar diretrizes anti-monopólio; (4) coordenar a execução administrativa; e (5) outras funções especificadas pelo Conselho de Estado. Embora a AMC tenha autoridade para definir diretrizes de política e organizar investigações, parece destinada a funcionar apenas como um órgão coordenador e não como um órgão operacional ou de execução²⁰⁹.

Contudo, essa dupla divisão de poderes administrativos em matéria de concorrência na China teve seus prós e contras:

A estrutura dupla encontrada na LAM teve o benefício de moderar as rivalidades entre os três ministérios governamentais incumbentes sobre os poderes de execução. A divisão de poderes de execução entre os ministérios existentes também provavelmente facilitou uma aprovação mais rápida da LAM e reduziu as mudanças na estrutura do governo. Em contrapartida, a criação de uma agência de aplicação da LAM inteiramente nova teria dificultado a obtenção de consenso no Conselho de Estado. Além disso, a criação da AMC diretamente sob o Conselho de Estado parece resolver parcialmente a preocupação existente: de que os departamentos antimonopólio dentro de cada AMEA poderiam ser muito baixo na hierarquia administrativa chinesa para investigar ou tomar decisões contra outras agências governamentais que abusam de seus poderes de restringir competição ou contra grandes empresas estatais (SOEs) em indústrias-chave, que têm influência significativa na vida política e econômica na China. A criação da AMC como um órgão de coordenação interinstitucional separado a um nível burocrático superior pode tornar a aplicação da LAM mais eficaz e consistente e reduzir os conflitos entre “AMEAs” sobre a política ou a atribuição de responsabilidades²¹⁰.

²⁰⁷ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 268.

²⁰⁸ Traduzido do inglês, Anti-Monopoly Commission (AMC).

²⁰⁹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 266.

²¹⁰ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 265.

Considerando que as características complexas das ações anticoncorrenciais sempre misturam os tipos ilegais acima mencionados, alguns comentaristas especulam que é improvável que estas três agências possam reunir-se para efetivamente regulamentar ou de outra forma impor a LAM, somado ao risco de proferirem decisões contraditórias²¹¹.

O procedimento de investigação dos acordos de monopólio e os abusos de posições de mercado dominantes são essencialmente os mesmos (capítulo VI da LAM). Enquanto se aguarda a adoção de medidas de execução, tanto as disposições relativas aos acordos como os abusos podem ser aplicadas em dois processos - procedimentos administrativos perante a Autoridade de Execução Antimonopólio e processos judiciais²¹².

No seu capítulo 1 (Disposições Gerais), estabelece alguns princípios e regras gerais da LAM, incluindo-se as metas, o efeito extraterritorial, a regulação das empresas estatais, as autoridades de execução e definições sobre os operadores de negócios e mercado relevante.

Desta forma, os propósitos da lei, segundo seu artigo primeiro são de prevenir e proibir comportamentos monopolistas, proteger a concorrência leal no mercado, melhorar a eficiência de operação econômica, a salvaguarda dos interesses públicos e dos consumidores, e a promoção do desenvolvimento saudável da economia de mercado socialista.

Os legisladores chineses optaram por adotar na Lei Antimonopólio a Teoria dos Efeitos²¹³, em seu artigo 2º²¹⁴, segundo a qual “esta lei é aplicável à conduta monopolista nas atividades econômicas no território da República Popular da China.

²¹¹ CHEN, Bing. Erasing the misunderstanding on China's Anti-Monopoly Law: A comparative study. *Frontiers of Law in China*, [s.l.], v. 6, n. 4, 16 nov. 2011. p.616.

²¹² EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 13.

²¹³ Sobre Teoria dos Efeitos: CASTEL, Jean-Gabriel. The extraterritorial effects of antitrust laws. La Haye: **Académie de Droit International de La Haye**, t. 179, 1983. p. 9-144.; JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. 433 p.; REIS, Gabriel Valente dos. **Direito Concorrencial Internacionalizado - Entre a Teoria dos Efeitos e os Efeitos da Teoria**. [s.l.] Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2010. p. 302-329. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 373-384

²¹⁴ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 2.

Esta Lei é também aplicável à conduta monopolista fora do território da República Popular da China que elimine ou tem efeitos restritivos sobre a concorrência no mercado interno da República Popular da China”.

No ponto, Harris sustenta²¹⁵ que vários consultores que compunham a comissão do projeto de Lei Antimonopólio enfatizaram a necessidade da inclusão de, no mínimo, uma exigência ou um requisito para garantir que o artigo 2 não fosse usado para apoiar a aplicação extraterritorial da lei em casos de efeitos não substanciais no mercado interno chinês.

O autor afirma, contudo, que “apesar dos comentários na fase de elaboração sobre a necessidade de um requisito de substancialidade, o artigo 2º não exige que o efeito anticoncorrencial fosse direto, substancial, ou previsível, fazendo com que os observadores se preocupassem com a possibilidade de aplicação da lei para extraterritorial em condutas indireta, não substanciais ou com efeitos imprevisíveis na China²¹⁶.

Como se sabe, as normas concorrenciais têm seu alcance limitado ao âmbito de aplicação da jurisdição onde a norma vigora, não podendo interferir sobre a soberania de terceiros, sob pena de violação aos princípios de Direito Internacional.

Entretanto, as relações comerciais não mais se limitam ao território de um país. Com a ascensão do mundo globalizado como o conhecemos, criou-se um conceito de “economia-mundo”, que nas palavras de Octavio Ianni²¹⁷, transcendem a localidade e a província, o feudo, ou a cidade, a nação e a nacionalidade, criando e recriando fronteiras, assim como fragmentando-as ou dissolvendo-as. Naturalmente, conflitos passaram a existir especialmente quando estamos tratando de comércio transfronteiriço, em que consumidores ou ainda economias são afetadas. Nesse contexto, emerge conflito entre aplicação de leis e sua efetividade sancionatória em jurisdição alienígena. Portanto, o legislador chinês optou por introduzir a Teoria dos Efeitos no seu ordenamento concorrencial, caso haja a necessidade, quando afetado

²¹⁵ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 23-24.

²¹⁶ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 24.

²¹⁷ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 31.

por práticas anticoncorrenciais, de aplicar seu direito interno extraterritorialmente, no sentido de salvaguardar seus interesses.

Outra ressalva deve-se fazer no que tange ao alcance da jurisdição: a lei em comento se aplica em todo o território da República Popular da China, com exceção da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Região Administrativa Especial de Macau²¹⁸, já que estas jurisdições têm leis próprias de concorrência e políticas aplicáveis a mercados domésticos.

A lei, a seu turno, dispõe de algumas exceções nas quais o legislador optou pela sua não aplicação. No que tange à Propriedade Intelectual, a Lei Antimonopólio não é aplicável a condutas pelas empresas para legitimar seus direitos de propriedade intelectual, entretanto, é aplicável quando os comportamentos das empresas visem a eliminar ou restringir a concorrência no mercado por abuso dos direitos de propriedade intelectual estipulados na lei de propriedade intelectual e nos regulamentos administrativos, *in verbis*:

“Esta lei não é aplicável a condutas pelas empresas para legitimar seus direitos de propriedade intelectual de acordo com a lei de Propriedade Intelectual e regulamentos administrativos pertinentes; entretanto, esta lei é aplicável ao comportamento das empresas que visem eliminar ou restringir a concorrência no mercado por abusar direitos de propriedade intelectual previstos na lei de Propriedade Intelectual e regulamentos administrativos²¹⁹”.

Portanto, quando as empresas abusam de seus Direitos de Propriedade Intelectual para eliminar ou restringir a concorrência, a LAM se aplica²²⁰.

O legislador, adicionalmente, excepcionou a aplicação da lei às partes aliadas relacionadas com a operação de produção, processamento, venda, transporte e armazenamento de produtos agrícolas realizadas pelos agricultores ou suas empresas profissionais²²¹.

Seguindo adiante, segundo seu artigo 3º, estão proibidas as práticas de acordos monopolistas entre empresas, abuso de uma posição dominante no mercado

²¹⁸ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 2.

²¹⁹ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 55.

²²⁰ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p.11.

²²¹ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 56.

e as concentrações realizadas por empresas que possam ter o efeito de eliminar ou restringir a concorrência²²².

Há que se estabelecer uma distinção entre "monopólios econômicos" e "monopólios administrativos". A primeira categoria engloba os comportamentos anticoncorrenciais atribuíveis ao comportamento autônomo das empresas. Na LAM, isto incluiria os números dos acordos de monopólio, os abusos das posições dominantes no mercado e as concentrações anticoncorrenciais. A categoria de monopólios administrativos engloba comportamentos restritivos da concorrência que devem ser atribuídos às autoridades governamentais²²³.

As empresas públicas²²⁴ são os maiores e mais proeminentes exemplos de monopólio administrativo e ameaçam a execução da LAM. Sua posição monopolista lhe permite praticar comportamentos anticompetitivos. Apesar da oposição significativa de grupos de consumidores, monopólios administrativos permanecem na China²²⁵.

A preocupação é significativa com relação a regulação antimonopólio às empresas públicas. Como uma economia socialista de transição, o setor estatal na China é um ator importante tanto no mercado econômico como na vida cotidiana dos cidadãos individuais. A grande questão é saber se o governo aplicará a LAM às empresas públicas, que são características primárias de um sistema econômico socialista. Por conseguinte, a incerteza envolve o impacto da LAM no reforço da concorrência nos mercados atualmente dominados pelas empresas públicas²²⁶.

²²² CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 3.

²²³ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **Esapience Center For Competition Policy**, [S.l.], p.1-21, 16 nov. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 01 jan. 2017. p. 19.

²²⁴ Uma breve história do Capítulo que governa o "abuso de poderes administrativos para excluir ou restringir a concorrência" é fundamental para entender sua aplicação. Os primeiros rascunhos da LAM continham um capítulo que proibia a restrição da concorrência por parte das agências administrativas e fornecia recursos legais apropriados. Este capítulo foi eliminado da LAM no final de 2005. A eliminação deste Capítulo pode estar diretamente ligada à influência política das empresas públicas, que se sentiram ameaçadas pela proibição dos monopólios administrativos. Assim, o Capítulo 5, que foi editado e reintroduzido na LAM, tornou-se um compromisso entre o desejo dos consumidores de limitar os monopólios administrativos e o impulso das empresas estatais de manter sua posição monopolística. EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **Esapience Center For Competition Policy**, [S.l.], p.1-21, 16 nov. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 01 jan. 2017. p. 19.

²²⁵ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 39.

²²⁶ CHEN, Bing. Erasing the misunderstanding on China's Anti-Monopoly Law: A comparative study. **Frontiers of Law In China**, [s.l.], v. 6, n. 4, 16 nov. 2011. p.612.

Embora o artigo 8²²⁷ da LAM estabeleça que os monopólios administrativos são ações proibidas, a lei não submete os monopólios administrativos à jurisdição das autoridades de execução da LAM e sequer prevê sanções específicas para punir os violadores das proibições²²⁸. Assim, alguns comentadores observam que não está claro o efeito que essas disposições contra os monopólios administrativos terão. Isso refletiu a incerteza e a ilegibilidade da LAM, tentando conciliar os conflitos entre avançar a livre concorrência e manter a ordem da economia de mercado socialista²²⁹.

Em relação ao abuso de posição dominante, a legislação chinesa prevê que se configura quando há a recusa de negociar, de exclusividade, subordinação, discriminação de preços e similares. A Lei Antimonopólio define posição dominante no mercado como "tendo a [capacidade] para controlar o preço, quantidade ou outras condições de transação de commodities no mercado relevante, seja para prejudicar ou afetar outros operadores das empresas do mercado relevante, conforme artigo 17 (2).

A norma concorrencial chinesa, em seu artigo 6²³⁰, determina que qualquer empresa com uma posição dominante não deva abusar dessa posição dominante

²²⁷ Article 8 - No administrative organ or organization empowered by a law or administrative regulation to administer public affairs may abuse its administrative powers to eliminate or restrict competition. Em português, pode ser compreendido nos seguintes termos: Nenhum órgão ou organização administrativa habilitada por lei ou regulamento administrativo para administrar assuntos públicos pode abusar de seus poderes administrativos para eliminar ou restringir a concorrência.

²²⁸ A ausência de punição é uma interpretação a partir da leitura do artigo 51 que permite à Autoridade Antimonopólio a imposição de *sugestões* quando verificar a prática de abuso de monopólio administrativo: "Where any administrative organ or an organization empowered by a law or administrative regulation to administer public affairs abuses its administrative power to eliminate or restrict competition, the superior authority thereof shall order it to make correction and impose punishments on the directly liable person(s)-in-charge and other directly liable persons. The anti-monopoly authority may put forward suggestions on handling according to law to the relevant superior authority.

Where it is otherwise provided in a law or administrative regulation for the handling the organization empowered by a law or administrative regulation to administer public affairs who abuses its administrative power to eliminate or restrict competition, such provisions shall prevail. Para facilitar a compreensão, traduzimos o texto do artigo 51: Sempre que qualquer órgão administrativo ou uma organização habilitada por lei ou regulamento administrativo para administrar os negócios públicos abuse de seu poder administrativo para eliminar ou restringir a concorrência, sua autoridade superior ordenará a correção e punição da (s) pessoa (s) responsáveis e outras pessoas diretamente responsáveis. A Autoridade Antimonopólio pode apresentar sugestões sobre o tratamento de acordo com a lei à autoridade superior relevante.

Sempre que de outro modo uma disposição legislativa ou administrativa para o tratamento da organização habilitada por uma lei ou um regulamento administrativo para administrar os assuntos públicos que abusam de seu poder administrativo para eliminar ou restringir a concorrência, essa provisão prevalecerá.

²²⁹ CHEN, Bing. Erasing the misunderstanding on China's Anti-Monopoly Law: A comparative study. *Frontiers of Law In China*, [s.l.], v. 6, n. 4, 16 nov. 2011. p.611-614.

²³⁰ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 6.

para eliminar ou restringir a concorrência, ficando o abuso caracterizado quando: (a) a quota de mercado relevante de um operador de uma empresa for de metade ou superior no mercado relevante; (b) ou ainda quando a quota de mercado relevante conjunta de dois operadores de empresas responda por 2/3 ou superior; (c) ou, por fim, quando a quota de mercado relevante conjunta dos três operadores de empresas responda por 3/4 ou superior.

Dessarte, os requisitos para a configuração do *abuso* de posição dominante, segundo as normas que regulam a concorrência, dependem do *market share* que a empresa dominante detém.

A penalidade imposta pelo legislador a qualquer operador de negócios que abusar do mercado dominante deve ser a de confiscar seus ganhos ilegais e impor tão logo uma multa de 1% até 10% da receita de vendas do ano anterior. Não obstante, as práticas de abuso de posição dominante não estão somente sujeitas às penalidades para cessar as violações aplicadas pelas agências fiscalizadoras dispostas no artigo 47 da LAM, mas também pela responsabilização judicial. O legislador, portanto, trouxe no artigo 53 da Lei Antimonopólio a possibilidade de revisão das decisões²³¹.

Ainda, no que diz respeito às indústrias controladas pela economia estatal e aquelas relativa à salvaguarda da economia nacional e segurança nacional ou às indústrias de aplicação de operação exclusiva e vendas de acordo com a lei, segundo o artigo 7 da Lei Antimonopólio ²³², compete ao Estado proteger as operações comerciais legais realizadas pelos operadores das empresas nele contidas e também regular e controlar suas operações comerciais e os preços de seus produtos e serviços, de modo a salvaguardar os interesses dos consumidores e promover

²³¹ O texto original do artigo 53 assim dispõe: "Where any party concerned objects to the decision made by the anti-monopoly authority in accordance with Articles 28 and 29 of this Law, it may first apply for an administrative reconsideration; if it objects to the reconsideration decision, it may lodge an administrative lawsuit in accordance with law. Where any party concerned is dissatisfied with any decision made by the anti-monopoly authority other than the decisions prescribed in the preceding paragraph, it may lodge an application for administrative reconsideration or initiate an administrative lawsuit in accordance with law. Livremente traduzida nos seguintes termos: "Sempre que qualquer das partes interessadas se oponha à decisão tomada pela autoridade antimonopólio nos termos dos artigos 28.º e 29.º da presente lei, pode solicitar primeiro uma reconsideração administrativa; se se opuser à decisão de reconsideração, poderá intentar uma ação nos termos da lei. Se qualquer das partes em causa não estiver satisfeita com qualquer decisão tomada pela autoridade antimonopólio com exceção das decisões previstas no número anterior, pode apresentar um pedido de reconsideração administrativa ou dar início a um processo judicial nos termos da lei.

²³² CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 7.

avanços técnicos, não devendo os operadores das empresas operar legalmente, ser honesto e fiel, ser estritamente autodisciplinado, aceitar a supervisão social, nem deve lesar os interesses dos consumidores em virtude de suas posições dominantes ou exclusivas.

Alguns juristas ocidentais se preocupam com o texto do artigo 7, que pode criar uma isenção às empresas públicas e que as penalidades não são vigorosamente aplicadas em detrimento das estatais, particularmente aqueles em setores estratégicos²³³. É justamente esta a problemática central deste trabalho.

O chefe do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio chinês, Shang Ming, deixou claro que a norma não confere tratamento especial ou privilegiada às empresas públicas. Em suas palavras,

“Dado o estado atual do desenvolvimento econômico e na competitividade das empresas, é razoável que a Lei Antimonopólio que regule o abuso de posições dominantes no mercado. A regulação antitruste visa prevenir os abusos de posições dominantes no mercado que eliminem ou restrinjam a concorrência. Isto não só evita condutas monopolistas, mas também promove a concorrência, ajuda a estabelecer uma estrutura de mercado concorrencial, promover a criação e o desenvolvimento de economias de escala, e evitam a criação de monopólios que reprimam a competição. Esta abordagem tem, na prática provado ser eficaz na maioria dos países”²³⁴.

Atualmente, as normas concorrenciais que tratam do abuso de posição dominante estão dispostas não somente na Lei Antimonopólio, que vigora desde agosto de 2008, mas também no “Regulamento para os Administradores de Indústria e Comércio de Prevenção de Atos de Abuso do Poder Administrativo”, de 31 de dezembro de 2010, e “Lei da República Popular da China Sobre Empresas Industriais de Propriedade do Povo Todo”, promulgada em 13 de abril de 1988, em vigor desde 01 de agosto de 1988, todas devendo obedecer às diretrizes impostas pela Constituição da República Popular da China.

Uma vez delineados os conteúdos legislativos sobre a legislação concorrencial chinesa, faz-se necessário adentrar-se no cerne da investigação. Tal exame se dará mediante análise casuística de aquisições por empresas estatais

²³³ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal Of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.242, mar. 2009.

²³⁴ MING, Shang. Antitrust in China: a constantly evolving subject. **Competition Law International**, London, v. 1, n. 5, fev. 2009. p. 7.

chinesas em países estrangeiros, buscando-se verificar os efeitos econômicos destas aquisições, tais como: a fatia de mercado relevante que a adquirente passa a ocupar, a possibilidade de ocupar posição de monopólio no seguimento a que pertence e a eventualidade de controle de preços sobre o produto industrializado.

Assim, passando inicialmente à análise casuística, se verificou que algumas empresas estatais estão expandindo seu mercado para além das fronteiras, e, como veremos adiante, em alguns organismos regulamentadores de defesa da concorrência, houve aceitação e, em outros, a vedação da aquisição por Estatais chinesas, senão vejamos.

Nos Estados Unidos da América, a *China National Offshore Oil Company*, que figura em 72ª lugar na lista da Fortune 500 Global, em 2015²³⁵, uma das maiores empresas estatais no setor de petróleo, tentou adquirir a *Unocal Oil Company*, empresa norte-americana. Entretanto, após forte oposição do governo norte-americano, houve a retirada da oferta pela empresa chinesa.

Outro caso que se pode mencionar é a tentativa de adquirir a Rio Tinto, uma empresa australiana que explora minérios, que também, após minuciosa análise do *Australian Federal Investment Review Board*, resultou na não concretização da aquisição. É imperioso destacar que ambas as tentativas de aquisição se frustraram por questões de segurança nacional²³⁶.

De outra banda, em dezembro de 2012, a aquisição da empresa canadense Nexen, cujos principais ramos de exploração são petróleo, gás e areias petrolíferas, se concretizou pela gigante CNOOC LTD., após aprovação do FDI canadense.

Há ainda que referir as cinco notificações feitas à Comissão Europeia para aquisição por estatais chinesas: a primeira delas envolveu o caso COMP/M. 6111, Huaneng e Intergen, julgado pela Comissão em 2 de fevereiro de 2011; a segunda, COMP/M. 6082, China National Bluestar e Elkem, julgado pela Comissão em 31 de março de 2011; o COMP/M. 6151 entre Petrochina e Ineos, julgado em 13 de maio de 2011; o COMP/M.6113, entre DSM, Sinochem e JM, julgado em 19 de maio de 2011; e o COMP/M. 6141 China National Agrochemical Corporation/ Koor Industries/

²³⁵ FORTUNE. **500 Global**. 2015. Disponível em: <<http://fortune.com/global500/china-national-offshore-oil-72/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

²³⁶ ZHANG, Angela Huyue, The Single Entity Theory: An Antitrust Time-Bomb for Chinese State-Owned Enterprises? **Journal of Competition Law and Economics**, v. 8, n. 4, 2012, p. 808.

Makhteshim Agan Industries, julgado em 3 de outubro de 2011. Em todos os casos, a Comissão Europeia decidiu por não se opor à operação²³⁷.

As empresas chinesas lançaram uma onda recorde de aquisições estrangeiras nas primeiras semanas de 2016, procurando incursões em mercados no exterior em meio à desaceleração da economia e a queda da moeda chinesa.

Conforme relatado pelo *The Wall Street Journal*²³⁸, aquisições totalizaram cerca de US\$ 68 bilhões até fevereiro de 2016, o volume mais forte de sempre para este período. A notícia cita a aquisição pela China National Chemical Corp., conhecida como ChemChina, que ofertou pagar US\$ 43 bilhões para comprar a fabricante de pesticidas suíça Syngenta AG em um acordo que, se aprovado pelos acionistas da Syngenta e reguladores, seria a maior aquisição estrangeira por uma empresa chinesa.

Portanto, partindo destes casos, pretende-se analisar os efeitos surtidos com a política de expansão das empresas estatais no cenário internacional e verificar se as práticas são (in)compatíveis com a ordem concorrencial.

A problemática faz com que seja reforçada a criação de um sistema mundial de proteção contra as práticas limitadoras da concorrência, mediante um esforço multilateral para uniformização internacional do direito da concorrência.

Conforme sugere Jaeger Junior, o ponto de partida mais fácil seria a criação de um direito material único e um direito processual uniforme. Tal lacuna poderia ser preenchida pelo ancoramento na OMC, por exemplo, com a ideia de Código Internacional Antitruste. O doutrinador refere que as propostas existentes tratam da criação de um direito vinculante, com certas limitações à soberania. Recentemente, a necessidade da retomada dos estudos para a criação de um sistema mundial para regular a concorrência passou a ser determinada pelo incremento do número de fusões no âmbito mundial. Mesmo assim, até a presente data não foi desenvolvida uma regra internacional vinculante. Em concreto, a segunda iniciativa para solucionar as problemáticas apresentadas materializou-se na proposta de um Código

²³⁷ ZHANG, Angela Huyue, The Single Entity Theory: An Antitrust Time-Bomb for Chinese State-Owned Enterprises? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 4, 2012. p. 809

²³⁸ JOURNAL, The Wall Street. **Chinese Companies Are Shopping Abroad at Record Pace**. 2016. Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/chinese-companies-shopping-abroad-at-record-pace-1454506310>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Internacional Antitrust (Draft Internacional Antitrust Code – DIAC), apresentada em 1993, em Munique²³⁹.

Já que inexistente um órgão julgador supranacional para solucionar os entraves causados pelas práticas limitadoras à concorrência em âmbito internacional, as possíveis soluções seriam com assistência bilateral de cooperação interjurisdicional entre os países ou ainda a regulamentação regional, vinculada a blocos econômicos. Para tanto, esses blocos devem possuir sistemas em funcionamento.

Assim, se alguma prática limitadora da concorrência, como o abuso de posição dominante, ocorrer em jurisdições que não estão regulamentadas por acordo de reciprocidade de cooperação, nem por acordo regional, resta verificar a competência legislativa interna com o fito de averiguar em qual país apreciará o litígio.

Na China, para a verificação de abuso de posição dominante, Ming²⁴⁰ afirma que, segundo disposições específicas da Lei Antimonopólio, a legislação fornece dois critérios. Primeiro, de acordo com os fatores enumerados no artigo 18, a posição de mercado dominante de uma empresa deve ser determinada com base na quota de mercado da empresa e a situação da concorrência no mercado relevante, a capacidade da empresa para controlar o mercado de vendas ou o mercado para a compra de matérias-primas, a sua capacidade financeira e técnica, a extensão da dependência econômica por outras empresas sobre ele, o nível de obstáculos de outras empresas a entrar no mercado relevante, etc.

Outrossim, a legislação chinesa prevê que se configura o abuso de posição dominante quando há a recusa de negociar, de exclusividade, subordinação, discriminação de preços e similares. O raciocínio levará o leitor à conclusão que para verificar se há abuso de posição dominante nos casos de aquisição por empresas chinesas em outros países, é imprescindível verificar a quota de mercado relevante que a formação da nova empresa passará a deter no mercado internacional.

Perceba-se que em transações como as que alcançam as cifras há pouco referidas, os efeitos afetam a economia global e não apenas as jurisdições em que a negociação ocorre. É por este motivo que a problemática se faz relevante. Deve-se,

²³⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional Da Concorrência**: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008.

²⁴⁰ MING, Shang. Antitrust in China: a constantly evolving subject. **Competition Law International**, London, v. 1, n. 5, fev. 2009. p. 7.

sobretudo, verificar ainda se a legislação chinesa é capaz de penalizar e coibir tais práticas. Nesse sentido, se verificará aclarar e aprofundar tais pontos no próximo capítulo.

É consabido que os artigos 46 a 52 especificam as responsabilidades legais por violações à norma concorrencial chinesa e que a instituição de defesa concorrencial deve emitir uma ordem para cessar os atos ilegais, confiscar os produtos ilegais e aplicar multas, dependendo de qual artigo foi violada e o grau e a duração da violação²⁴¹. Todavia, é inevitável investigar se a Autoridade Antimonopólio está ativamente coibindo tais práticas. Esta, portanto, será a tarefa para os próximos capítulos. Este trabalho, considerará os argumentos políticos e econômicos a favor de uma política pró-concorrência imposta por disposições legais vigentes no ordenamento jurídico chinês e se buscará analisar se estão sendo respeitadas tanto as legislações concorrenciais, quanto as exigências impostas pelos membros da Organização Mundial do Comércio.

A Lei Antimonopólio é resultado de um esforço da China em abrir suas portas ao mercado mundial. Sua lei *antitrust* foi criticada por ser “um tigre sem dentes”²⁴², porque parecia ter apenas valores simbólicos e vontade política, especialmente no exercício das suas restrições sobre os monopólios. Apesar de basear-se nos dois principais modelos concorrenciais para a promulgação da sua lei antimonopólio (Estados Unidos da América e União Europeia), a China difere de ambos em diversos aspectos.

Seu *status* político único faz com que interesses se conflitem: um país que seja predominantemente exportador de bens comercializados em mercados imperfeitamente competitivos terá incentivo para adotar um direito antitruste mais permissivo. Por outro lado, um país cujas características mercantis predominantes sejam de importação, este terá incentivos para adotar um regime antitruste mais rígido. Neste ponto que surgiram as mais intensas dificuldades ao legislador chinês para adaptá-la. As empresas estatais são uma herança do regime comunista e até hoje detêm o monopólio industrial de petróleo, energia, telecomunicações, aviação,

²⁴¹ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal Of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.245, mar. 2009.

²⁴² HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 33.

estradas, saneamento, mineração, bancos, etc. Esta é a principal razão, segundo Huo Zhengxin, pela qual Estados Unidos da América e União Europeia recusavam reconhecer a China como um país com uma economia de mercado²⁴³.

Como vimos anteriormente, durante o processo legislativo de aprovação da referida lei, alguns departamentos do governo, assim como algumas empresas de controle estatal exerceram forte pressão, demonstrando-se contrários às punições que a lei trazia às condutas monopolistas.

Então, se por um lado o legislador deveria cumprir as exigências impostas pelos membros da Organização Mundial do Comércio, por outro, sofria demasiada coação em sentido oposto ao das empresas governamentais. Nessa tessitura, o texto parece, ainda em exame preliminar, ter excepcionado às empresas estatais, detentoras de uma posição dominante na economia e que atuem sobre a segurança nacional ou que operem com direitos exclusivos concedidos pelo governo²⁴⁴, o seu não enquadramento nas proibições contidas na legislação concorrencial.

A Lei Antimonopólio dedicou um capítulo para a proibição de abuso de poderes administrativos a restringir a concorrência, enquadrando-se aqui tanto as empresas estatais quanto os órgãos vinculados à defesa concorrência. Entretanto, é no artigo 3º, disposto no capítulo I, que define se o comportamento monopolista, segundo o qual, incluem-se os seguintes: acordos de monopólio feitos entre empresas; abuso de uma posição dominante no mercado por empresas e as concentrações realizadas por empresas que podem ter o efeito de eliminar ou restringir a concorrência.

Ademais, Huo Zhengxin também se insurge no tocante a proposta que havia no anteprojeto. Sustentou que inicialmente estava descrita a possibilidade de controlar os atos emanados dos poderes administrativos que viessem a eliminar ou restringir a concorrência a ser inserida no corpo do artigo 3º. Contudo, por pressão de departamentos governamentais e de empresas de domínio governamental, tal proposta não foi aprovada²⁴⁵.

²⁴³ HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth : The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 37.

²⁴⁴ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 7.

²⁴⁵ HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth : The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 50.

Não obstante, o legislador, ao tratar das punições, excepcionou a sua aplicação ao abuso realizado pelo poder administrativo, isto é, em que pese a prática seja proibida, não há na legislação repreensão pelo seu cometimento, senão vejamos:

“Os órgãos administrativos ou organizações autorizadas com poderes administrativos de assuntos públicos por leis e regulamentos devem ser advertidos pelas autoridades superiores se eles abusam do seu poder administrativo de eliminar ou restringir a concorrência; os indivíduos que são diretamente responsáveis devem ser punidos de acordo com a lei. Este artigo não se aplica aos casos em que outros regulamentos administrativos ou leis prevêm a regulamentação do abuso do poder administrativo. O “Anti-monopoly Enforcement Authority” pode propor sugestões, de acordo com a lei às autoridades superiores²⁴⁶.

O nível de penalidade previsto pelo legislador tanto para os representantes das empresas estatais quanto para os órgãos administrativos indica ser tão ínfimo que não parece ser capaz de dissuadir as práticas desleais de concorrência, deixando uma verdadeira lacuna na norma regulamentadora.

Segundo Paula Forgioni²⁴⁷, a empresa que se encontre em posição dominante, tende e adotar o comportamento típico do monopolista, aumento de preços no limite máximo, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotaria, caso houvesse uma concorrência naquele mercado.

Apoiadas por financiamentos governamentais, as empresas estatais parecem não estar somente investindo em recursos naturais em países emergentes, mas também estão procurando oportunidades em países desenvolvidos. Visando responder se tais práticas ferem a ordem jurídica concorrencial, se passará, na terceira parte deste trabalho, a investigar se as instituições encarregadas de coibir o monopólio estão efusivamente atuando. Buscaremos verificar quais as medidas que estão sendo tomadas, que fatores estão sendo utilizados para definir o *abuso* de posição dominante e qual vem sendo o entendimento adotado pelas autoridades no sentido de coibir a vantagem competitiva.

Ao que tudo indica, a lei não parece capaz de alcançar os objetivos fundamentais, como o de salvaguardar os consumidores, e tampouco faz menção à

²⁴⁶ CHINA. Lei Antimonopólio, de 2008. Art. 51.

²⁴⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 274 p.

punição da prática reincidente das condutas vedadas em seu corpo legal, o que pode vir a causar sérias consequências.

A transição da China de uma economia planificada para uma economia de mercado é um dos maiores sucessos econômicos dos tempos modernos. Três décadas atrás, quando a economia chinesa foi rigidamente controlada pelo Estado chinês, as estatais chinesas tiveram pouca autonomia na determinação das suas atividades comerciais. Após reformas de mercado, o Estado chinês tem gradualmente abandonado o controle sobre as empresas públicas, especialmente as dos setores não estratégicos. Ao mesmo tempo, o Estado chinês continua a exercer controle em uma série de setores-chave e desempenhar um papel importante na supervisão destes setores.

Muitos juristas ocidentais, estudiosos e advogados têm aplaudido a promulgação da Lei Antimonopólio e também a consideram um passo importante para uma economia de mercado²⁴⁸. Contudo, a experiência jurídica chinesa e as autoridades responsáveis pela fiscalização e repreensão da ordem concorrencial são recentes se comparadas com outros países. A dificuldade de se criar um sistema concorrencial efetivamente atuante depende de opções políticas, econômicas e sociais, que são singulares em cada país.

Segundo afirma Frederico do Valle Magalhães Marques, “o comércio internacional tem exercido importante papel no desenvolvimento da sociedade atual, está alterando o conceito de soberania²⁴⁹”. O surgimento deste novo contexto social faz com que ordenamentos jurídicos entrem em conflito, tornando complexa a solução do negócio jurídico praticado.

Conclui-se parcialmente que este capítulo tentou delinear o contexto histórico, político e econômico contra o qual qualquer lei abrangente de concorrência iria operar. A China é diferente não só das democracias ocidentais, mas também dos outros países anteriormente comunistas do bloco soviético, em termos tanto de organização econômica e política, quanto de história e cultura. Assim, qualquer tentativa de

²⁴⁸ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal Of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.229, mar. 2009.

²⁴⁹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27.

analisar o direito da concorrência na China deve ter essas diferenças plenamente em conta.

Em suma, pôde-se verificar neste capítulo que houve alterações dos pontos de vista sobre a concorrência no mercado na China. De 1978 a 1992, havia uma política de "Abordagem de planejamento de complementação de mercado"; posteriormente, nos anos seguintes a 1992, o direito concorrencial na China seguiu as políticas para a construção de uma "economia de mercado socialista" por meio de uma diminuição dos papéis da "mão visível"; após de 2003, a China passou a estabelecer uma economia de mercado socialista "de todos os aspectos", seguindo as diretrizes da Organização Mundial do Comércio.

Com isso, foi possível verificar o desenvolvimento da política de concorrência na China, que estreou em 1980 com a Lei *Regulations on Development and Protection of Competition*; posteriormente o legislador introduziu, em 1993, a *Anti-unfair Competition Law*; em 1998, a *Price Law*; e, por fim, em 2007, a *Anti-Monopoly Law* (que passou a vigorar em 1 de agosto de 2008).

A Lei Antimonopólio teve treze anos de debate e revisão do *draft* (1994-2007) e, após a sua promulgação, ela vem dividida em oito capítulos, que versam sobre: 1 Disposições gerais; 2 Acordos de Monopólio; 3 Abuso de posição de mercado dominante; 4 Concentrações; 5. Abuso de poderes administrativos para eliminar ou restringir a concorrência; 6 Investigação de condutas monopolistas suspeitas; 7 Responsabilidade Legal; e 8. Disposições Complementares.

Foi possível observar que várias opiniões opostas sobre se a China precisava de uma Lei Antimonopólio. Por um lado, alguns acreditavam que as empresas chinesas de grande porte deveriam ser incentivadas para se tornarem sejam competitivas internacionalmente e que a Lei Antimonopólio iria dificultar esse processo. Outrossim, a norma concorrencial também poderia prejudicar as empresas estatais, pilar para a economia chinesa. Portanto, essa parte crítica entendia que seria cedo para a China ter uma Lei Antimonopólio.

De outro lado, a China precisa de uma Lei Antimonopólio para combater a alegada monopolização e o abuso de poder de mercado por multinacionais estrangeiras na China. Apesar de a China ter feito progressos na reestruturação econômica desde a abertura de mercado ao exterior, no entanto, ainda há muito a

fazer. As leis de concorrência são claramente uma das principais tarefas políticas necessárias para que a China complete a sua transformação de uma economia centralizada para uma centrada no mercado.

Evidenciou-se o esforço do compromisso do governo de honrar seus compromissos de abertura de mercado assumidos no acordo de adesão à OMC. Contudo, a China procurou, concomitantemente, estabelecer "uma economia de mercado socialista" e o reconhecimento do mercado como um mecanismo eficaz para a alocação de recursos. Portanto, combater o protecionismo regional e as barreiras comerciais inter-regionais e combater monopólios em setores-chave (telecomunicações, energia, transportes, etc.), um anseio especialmente forte dos consumidores, tem sido uma tarefa árdua.

A China enfrenta grandes dificuldades na implementação e aplicação de qualquer lei abrangente de concorrência devido às suas características intrínsecas econômicas. O eventual sucesso ou fracasso de um regime pró-competição na China não pode, de momento, ser previsto com certeza, mas as questões expostas e analisadas nestes dois capítulos serão usadas para construir uma hipótese testável no capítulo seguinte. É no capítulo final que será aferido sobre a aplicação das normas concorrenciais chinesas às empresas estatais.

III – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE DAS EMPRESAS ESTATAIS CHINESAS

Apontou-se no capítulo anterior sobre os principais aspectos da Lei Antimonopólio chinesa, sobre os requisitos necessários para a configuração do abuso de posição dominante, comparou-se com legislações de países considerados mais experientes em direito concorrencial e relatou-se sobre a expansão de mercado para além das fronteiras chinesas. Tentativas de aquisições ocorreram em países desenvolvidos, algumas frustradas, outras bem-sucedidas.

Passaremos, neste capítulo, ao exame do abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas e dos efeitos surtidos a partir do alcance de suas atividades para além das fronteiras chinesas. A partir do crescimento econômico, em decorrência da reorganização das estatais chinesas e da abertura para o comércio exterior, elas passaram a ampliar sua área de atuação e, conseqüentemente, se tornaram grandes empresas multinacionais.

A discussão a seguir irá explorar como as condições locais da China têm afetado a eficácia e relevância dos modelos antitruste ocidentais, incorporados na LAM²⁵⁰. O impacto econômico das multinacionais é bastante significativo e crescente: as multinacionais operam em diferentes Estados, incluindo economias emergentes, por meio de subsidiárias, filiais e alianças que podem se envolver em atividades de cartel e dominância de mercado. É por isso que as atividades empresariais das multinacionais são frequentemente sujeitas à concorrência estrita ou leis antitruste²⁵¹.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no seu “*Guidelines for Multinational Enterprises*” definiu as multinacionais como “empresas ou outras entidades estabelecidas em mais de um país e ligadas de tal forma que elas podem coordenar suas operações de várias maneiras²⁵²”.

²⁵⁰ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010, p. 671

²⁵¹ BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 13.

²⁵² (OECD), Organization for Economic Co-operation and Development. **Guidelines for Multinational Enterprises**. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2017. p. 11.

Subsistem nas legislações concorrenciais de cada país diferenças substanciais em relação aos critérios pelos quais as empresas devem ser consideradas dominantes e, por conseguinte, sujeitas a regras de conduta mais restritivas, bem como à eventual proibição de determinados comportamentos de empresas dominantes²⁵³.

A – Relevância das empresas estatais para o modelo de capitalismo de estado chinês e a verificação do abuso de posição dominante

Brusick e Evenett²⁵⁴ sugerem que o dano gerado pelo abuso de posição dominante ou o monopólio em economias em desenvolvimento são muito mais prejudiciais do que em economias desenvolvidas. Afirmam que a coalisão entre Estado e empresas dominantes podem prejudicar o desenvolvimento.

Dada a importância do Estado como investidor e regulador, é necessário examinar em detalhes a conduta do Estado nas economias em desenvolvimento e traçar um certo número de formas fundamentais pelas quais os funcionários do Estado influenciam o desenvolvimento econômico²⁵⁵. O domínio do Estado sobre as utilidades de infraestrutura como telecomunicações, transporte público, eletricidade, abastecimento de água, etc., resulta tipicamente numa situação em que o Estado detém posição privilegiada na prestação de serviços essenciais.

Num mercado perfeitamente competitivo, as empresas tomam decisões de produção e de venda independentemente, mesmo em concorrência com outras empresas, levando os preços para baixo e os volumes de produção até níveis socialmente adequados. No entanto, se os concorrentes pudessem chegar a um acordo entre si, e fazê-lo cumprir - isto é, formar um "cartel" - em relação a certas áreas de concorrência, tais como o preço, as restrições resultantes da concorrência

²⁵³ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 90.

²⁵⁴ BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power? **Wisconsin Law Review**, Wisconsin, n. 2, 2008. p.269.

²⁵⁵ BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power? **Wisconsin Law Review**, Wisconsin, n. 2, 2008. p.277.

perturbariam a disciplina de mercado e causariam perdas ao consumidor e ao bem-estar social²⁵⁶.

Um monopolista será capaz de reduzir a produção e vender a um preço superior do que em um ambiente sob perfeita concorrência, causando ineficiência e transferências de riquezas do consumidor para o monopolista. Contudo, o direito antitruste geralmente tem distinguido o comportamento abusivo das empresas dominantes do comportamento legítimo dessas empresas. De acordo com a legislação antitruste chinesa, uma posição dominante no mercado não é, em si, ilegal. É o abuso dessa posição que convidará o escrutínio antitruste²⁵⁷.

As leis antitruste têm reconhecido, em geral, dois tipos de abusos de posição dominante no mercado: o de exclusão e o de exploração: o comportamento de exclusão, como a predação de preços, a recusa de lidar com um concorrente e o aumento dos custos dos rivais, exclui a concorrência e os concorrentes do mercado e cria ou mantém o poder de mercado da empresa dominante. Em contrapartida, a conduta exploratória explora "outros participantes no mercado sem afetar diretamente a estrutura do mercado"²⁵⁸. Uma conduta típica de exploração é a cobrança de preços elevados para os consumidores, conhecida por "preços excessivos" ao abrigo das leis antitruste, como descrito no artigo 102 do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O abuso de posição dominante no mercado, uma prática monopolista típica, é regulado por leis antitruste em muitos países e regiões. De acordo com o princípio econômico do direito concorrencial, se a quota de mercado de uma empresa é demasiadamente grande, os preços dos produtos tendem a aumentar com a redução da oferta do mercado. Por conseguinte, a tarefa do direito concorrencial é de impedir e suprimir o monopólio no mercado, e na circunstância do monopólio legal existente,

²⁵⁶ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010, p. 671-672.

²⁵⁷ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010, p. 692-693.

²⁵⁸ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010, p. 692-693.

supervisionar as empresas monopolistas a fim de evitar o abuso do mercado dominante²⁵⁹.

No caso da China, as empresas públicas chinesas recebem tutela consagrada na Constituição, que enfatiza a propriedade estatal dos meios de produção. O artigo 7 da Constituição chinesa prevê que a economia estatal, isto é, a economia socialista, com propriedade de todo o povo, é a força motriz da economia nacional.

Desde o início da reforma econômica, a China tem visto uma grande expansão das empresas privadas e estrangeiras em sua economia. Em certos setores, no entanto, empresas privadas e estrangeiras ainda enfrentam barreiras substanciais impostas pelo governo para a entrada no mercado.

A lei antimonopólio da China, de 2007, regula tais abusos, incluindo o conceito, a definição e a determinação de uma posição dominante no mercado, bem como a categoria e as responsabilidades legais dos abusos de posições dominantes no mercado²⁶⁰.

As disposições sobre abuso de posição dominante da Lei Antimonopólio (LAM) são inspiradas, sobretudo, no artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), com um conjunto de pressupostos de posição dominante baseado na quota de mercado, inspiradas na legislação alemã em matéria de concorrência e que inclui o conceito de posição dominante coletiva²⁶¹.

O abuso de posição dominante no mercado é um dos três tipos de comportamentos definidos pelo artigo 3º como "conduta monopolística", aos quais a LAM é aplicável.

Uma condição prévia para o abuso de uma posição dominante no mercado é que, naturalmente, a empresa detenha essa posição. Por conseguinte, é muito

²⁵⁹ WANG, Xiaoye. Comments on the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Frontiers Of Law In China**, [s.l.], v. 4, n. 3, 5 ago. 2009. p.344.

²⁶⁰ BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 14.

²⁶¹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 90.

importante definir este termo que, segundo a LAM, significa o seguinte²⁶²: “posição dominante no mercado refere-se a uma posição de mercado detida por um operador de uma empresa que tem capacidade para controlar o preço, a quantidade ou outras condições de negociação [...] num mercado relevante, ou para impedir ou afetar qualquer outro operador comercial a entrar no mercado relevante ”(artigo 17, LAM, capítulo 3).

Harris reconhece que são necessários dois requisitos concomitantes para que uma infração de abuso de posição dominante seja aplicável: i) um concorrente (ou grupo de concorrentes) tenha uma posição dominante num mercado relevante, e ii) que a entidade ou as entidades dominantes tenham abusado dessa posição dominante através de um comportamento definido como abusivo na LAM, ou outras condutas reconhecidas como abusivas pela Autoridade de Controle Antimonopólio (AMEA)²⁶³.

O abuso de posição dominante, nos termos do artigo 17 da LAM²⁶⁴, consiste em:

(1) selling commodities at unfairly high prices or buying commodities at unfairly low prices; (2) selling products at prices below cost without any justifiable cause; (3) refusing to trade with a trading party without any justifiable cause; (4) requiring a trading party to trade exclusively with itself or trade exclusively with a designated business operator(s) without any justifiable cause; (5) tying products or imposing unreasonable trading conditions at the time of trading without any justifiable cause; (6) applying dissimilar prices or other transaction terms to counterparties with equal standing; (7) other conducts determined as abuse of a dominant position by the Anti-monopoly Authority under the State Council.

Como podemos ver, a lista de ações ilegais que uma posição dominante pode expressar não é exaustiva. O artigo 17 define o significado geral do conceito de

²⁶² BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 14.

²⁶³ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 90-91.

²⁶⁴ (1) vender commodities a preços deslealmente altos ou comprar commodities a preços injustamente baixos; (2) vender produtos a preços abaixo do custo sem qualquer causa justificável; (3) recusar negociar com uma parte comercial sem qualquer causa justificável; (4) exigir que um comerciante negocie exclusivamente com ele próprio ou negocie exclusivamente com um ou mais operadores comerciais designados sem causa justificada; (5) vinculação de produtos ou imposição de condições de negociação não razoáveis no momento da negociação sem qualquer causa justificável; (6) aplicar preços desiguais ou outras condições de transação a contrapartes com posição igualitária; (7) outras condutas determinadas como abuso de posição dominante pela Autoridade Antimonopólio sob o Conselho de Estado.

"posição dominante no mercado" e contém uma lista não exaustiva de abusos, incluindo preços excessivos, preço inferior ao custo²⁶⁵, recusa de negociação, negociação exclusiva, vinculação e tratamento discriminatório.

Tal como na União Europeia, este conceito do artigo 17 centra-se na noção de "mercado relevante", definido pelo artigo 12 da LAM como o âmbito do produto e o âmbito geográfico em que as empresas competem entre si.

Portanto, de acordo com o artigo 12 da LAM, um mercado relevante refere-se ao produto ou às dimensões geográficas do mercado em que as empresas competem entre si relativamente a determinados produtos ou serviços durante um determinado período de tempo²⁶⁶. A definição pormenorizada dos mercados relevantes consta nas Guidelines on Definition of Relevant Market²⁶⁷ (Orientações para a definição de mercado relevante) publicadas pela Comissão Antimonopólio no Conselho de Estado da China, em maio de 2009.

Zheng²⁶⁸ tece algumas críticas em relação à redação do artigo 17 da Lei Antimonopólio, senão vejamos:

"A LAM, em seu artigo 17, fornece uma lista não exaustiva de seis tipos de comportamentos que são considerados abusivos de posição dominante no mercado. Esses seis tipos de condutas se assemelham aos que são geralmente chamados de preços excessivos, preços predatórios, recusa de negociação, negociação exclusiva, vinculação e discriminação de preços de acordo com as leis antitruste dos EUA e da UE. No entanto, o artigo 17 é ambíguo quanto ao âmbito da sua proibição. É evidente que ele proíbe um tipo de conduta puramente exploradora - preços excessivos. Contudo, não está claro se os outros tipos de comportamentos proibidos abrangem apenas comportamentos de exclusão ou comportamentos de exclusão e de exploração. Por exemplo, a "recusa de negociação", proibida pelo nº 3 do artigo 17, poderia ser excludente se a empresa dominante se recusar a lidar com um concorrente, mas também poderia ser exploratória se a empresa dominante se recusar a tratar um consumidor, prejudicando diretamente o

²⁶⁵ A definição de preços abaixo do custo é complementar no artigo 42 da "Telecommunications Regulation" which prohibits below-cost pricing to the extent that it aims "to foreclose competitors". Livremente traduzido por "Que proíbe preços abaixo do custo na medida em que visa 'excluir os concorrentes'".

²⁶⁶ BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 15.

²⁶⁷ Tal como definido nas Orientações para o Mercado, um "mercado de produto relevante" é o grupo ou categoria de produtos que, na prática, os consumidores acreditam poder substituir-se facilmente, com base nas características do produto, preço e utilização. As Orientações também definem um "mercado geográfico relevante" como a área em que os consumidores ou as empresas adquirem determinados produtos, pelo que, se os produtos não estiverem disponíveis num local, podem ser facilmente substituídos por outros produtos.

²⁶⁸ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010.p. 695.

consumidor. O uso do termo genérico "transaction counterparties" no Artigo 17 não indica se o Artigo 17 pretende cobrir a primeira ou a segunda "recusa de negociação", ou ambas. Mas o que falta no artigo 17 parece ter sido preenchido por outro artigo: o artigo 6, uma das "disposições gerais" da LAM, prevê que "as empresas que detêm uma posição dominante no mercado não podem abusar dessa posição para excluir ou prejudicar a concorrência". Assim, o artigo 6º parece limitar a conduta proibida pelo artigo 17 apenas aos comportamentos de exclusão, talvez com exceção dos preços excessivos, especificamente enumerados no artigo 17".

O caso *Tetra Pak v. Comissão Europeia*²⁶⁹ é de suma importância para retratar a venda a preços abaixo do custo (preços predatórios, artigo 17 (2) da LAM). Ele ainda serve como paradigma uma vez que a partir dele restou decidido que a União Europeia não exige prova de recuperação da empresa enquanto ela praticava preço predatório. Nesse ponto, impende referir que tanto a União Europeia quanto os Estados Unidos da América reconhecem os preços predatórios como um possível abuso. Entretanto, os Estados Unidos da América exigem, como elemento adicional, a prova de recuperação - ou seja, que a empresa predatória seja capaz de recuperar os lucros que perdeu durante o período predatório cobrando preços supracompetitivos depois que seus rivais foram expulsos do mercado ou marginalizados²⁷⁰.

Outra forma de monopolizar o mercado é por meio de acordos que restrinjam a concorrência. A proibição dos atos de concentração, dispostos no Capítulo 2 da LAM (acordos de monopólio), vem disciplinada nos artigos 13 a 16, e baseia-se na Seção 1 do Sherman Act²⁷¹ e no artigo 101 do TFUE²⁷². A doutrina aduz que os

²⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Processo nº C-333/94 P. *Tetra Pak International SA. v. Comissão das Comunidades Europeias*. Relator: Quinta Seção. **Aplicação do Artigo 86. do tratado a práticas instituídas por uma empresa dominante num mercado distinto do mercado dominado**. União Europeia, 14 nov. 1996.

²⁷⁰ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 109.

²⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Antitrust Act. *National Archives*: 2 de julho de 1890.

²⁷² Atualmente, os artigos 101 a 109 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) contêm as regras aplicáveis à concorrência no mercado interno. Nos termos dos suprarreferido artigos, são proibidos os acordos entre empresas suscetíveis de restringir a concorrência. A empresa que detenha uma posição dominante está proibida de explorar de modo abusivo a sua posição e de, assim, afetar as trocas comerciais entre os Estados-membros. As concentrações e aquisições de dimensão comunitária são controladas pela Comissão Europeia, que exerce função fiscalizadora. As regras de concorrência são igualmente aplicáveis às empresas públicas (artigo 106). A versão em língua portuguesa do TFUE possui a seguinte redação: São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que 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

primeiros esboços do projeto de lei não diferenciavam acordos horizontais de verticais, que são de suma importância nas modernas legislações da concorrência²⁷³.

O acordo de monopólio refere-se ao acordo, escrito ou oral, alcançado pelos operadores econômicos com o objetivo de expulsar e restringir a concorrência, ou de produzir tais efeitos. Com base nas práticas da legislação antitruste dos Estados Unidos da América, da legislação comunitária em matéria de concorrência e da legislação alemã contra a restrição da concorrência, os acordos de monopólio da LAM são divididos em acordos horizontais e acordos verticais²⁷⁴.

A LAM identifica seis tipos de acordos horizontais (acordos entre competidores), descritos no artigo 13 e dois tipos de acordos verticais (acordos entre não competidores), artigo 14, como práticas proibidas e que passaremos a elucidar. Nesse sentido, o Artigo 13 da Lei Antimonopólio da China estabelece que:

“Article 13 Any of the following monopoly agreements among the competing business operators shall be prohibited:

- (1) fixing or changing prices of commodities;
- (2) limiting the output or sales of commodities;
- (3) dividing the sales market or the raw material procurement market;
- (4) restricting the purchase of new technology or new facilities or the development of new technology or new products;
- (5) making boycott transactions; or
- (6) other monopoly agreements as determined by the Anti-monopoly Authority under the State Council.

For the purposes of this Law, "monopoly agreements" refer to agreements, decisions or other concerted actions which eliminate or restrict competition"²⁷⁵.

ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) 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. UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

²⁷³ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 28-29.

²⁷⁴ WANG, Xiaoye. Comments on the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Frontiers Of Law In China**, [s.l.], v. 4, n. 3, 5 ago. 2009. p.344.

²⁷⁵ Artigo 13º É proibido qualquer dos seguintes acordos de monopólio entre os operadores comerciais concorrentes: (1) fixação ou alteração dos preços das mercadorias; (2) limitar a produção ou as vendas de mercadorias; (3) dividir o mercado de vendas ou o mercado de suprimento de matérias-primas; (4) restringir a aquisição de novas tecnologias ou novas instalações ou o desenvolvimento de novas tecnologias ou novos produtos; (5) fazer transações de boicote; ou (6) outros acordos de monopólio como determinado pela Autoridade Antimonopólio sob o Conselho de Estado. Para efeitos da presente lei, entende-se por "acordos de monopólio" os acordos, decisões ou outras ações concertadas que eliminam ou restringem a concorrência. Entre os referidos acordos de monopólio, os acordos sobre fixação de preços, restrição de quantidade e divisão do mercado impõem lesões muito graves à concorrência no mercado, sem benefício para os consumidores, que são chamados de "Cartel Hard Core", sujeitos à regra de ilegalidade *per se*.

Wang²⁷⁶ nos ensina que os acordos de monopólio horizontais se referem aos que dizem respeito à restrição da concorrência entre concorrentes, designados geralmente como cartéis. Já os acordos verticais são aqueles alcançados por operadores empresariais de diferentes produções ou em diferentes fases do negócio, cujas partes estão numa relação de complementação econômica com a restrição por fabricantes contra vendedores, ou vice-versa.

O acordo horizontal é um conceito amplo, trazido no parágrafo 2º do artigo 13 da Lei Antimonopólio da China: “além dos acordos escritos e orais, os acordos horizontais incluem igualmente qualquer decisão tomada por grupos empresariais ou associações profissionais ou outras práticas concertadas entre concorrentes que eliminem ou restrinjam a concorrência”. Portanto, a proibição aplica-se a acordos de monopólio escritos ou verbais e a comportamentos concertado entre empresas sem acordo escrito ou verbal explícito. Há que examinar se um acordo, uma decisão ou outra prática concertada (conjuntamente "acordo") restringe a concorrência. Em caso afirmativo, considera-se um monopólio.

A LAM segue de perto, nesse ponto, a abordagem de duas vertentes do direito comunitário (a proibição do artigo 101, nº 1 do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia²⁷⁷ – antigo artigo 81, nº 1, TCE) e a isenção prevista no artigo 101, nº 3, do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia²⁷⁸ – ex-artigo 81, nº

²⁷⁶ WANG, Xiaoye. Comments on the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Frontiers Of Law In China**, [s.l.], v. 4, n. 3, 5 ago. 2009. p.345.

²⁷⁷ Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as 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; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) 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.

²⁷⁸ 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e - 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 técnico ou económico, 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

3, TCE), que passaremos a tratar logo em sequência à análise dos acordos verticais. Huo salienta que o artigo 13, seção 4, que proíbe a restrição ao desenvolvimento de novas tecnologias ou novos produtos, causa preocupações. Nas suas palavras:

“Tal disposição pode permitir licenças obrigatórias e outras restrições desproporcionais à propriedade intelectual. Por exemplo, numa licença entre concorrentes, é habitual que um licenciante limite o âmbito das licenças a certas utilizações, como nos acordos horizontais abrangidos pelo artigo 13. Normalmente, tal restrição não suscitaria quaisquer preocupações em termos de concorrência. Contudo, de acordo com a lei vigente, são proibidos acordos que "limitem a aquisição de novas tecnologias ou novas instalações", o que pode desencorajar as empresas a conceder licenças de tecnologia a terceiros. [...] Um texto legislativo que vise especificamente a recusa de vender (ou licenciar) novas tecnologias como forma de conduta anticoncorrencial pode desincentivar a concessão de licenças de tecnologia, uma vez que qualquer restrição do âmbito de aplicação ou outros termos dessas licenças, por mais inócuo, poderia ser legalmente vulnerável sob a lei chinesa de concorrência²⁷⁹.

Podemos perceber que a sexta hipótese é uma cláusula "*catch-all*"²⁸⁰, cujo objetivo é criar uma lista não exaustiva e impedir que outros acordos que causem restrição à concorrência não explicitamente especificados no artigo 13 tornem-se impunes pela ausência de previsão legal.

Já em relação aos acordos verticais, que ocorrem entre vendedores e compradores, vêm dispostos no artigo 14 da Lei Antimonopólio e prevê a proibição de qualquer dos seguintes acordos de monopólio entre o operador e os seus homólogos comerciais: “(1) *fixing the price of commodities for resale to a third party*; (2) *restricting the minimum price of commodities for resale to a third party*; or (3) *other monopoly agreements as determined by the Anti-monopoly Authority under the State Council*”²⁸¹.

Wang tece críticas sobre os efeitos que podem emergir tanto nos acordos horizontais quanto nos verticais. Ele afirma que:

“Como os acordos horizontais são entre concorrentes, cuja natureza é restringir a concorrência, enquanto os acordos verticais não são entre

consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

²⁷⁹ HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of the People's Republic of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 47-48.

²⁸⁰ WANG, Xiaoye. Comments on the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Frontiers of Law in China**, [s.l.], v. 4, n. 3, 5 ago. 2009. p.345.

²⁸¹ (1) fixar o preço das *commodities* para revenda a um terceiro; (2) restringir o preço mínimo das *commodities* para revenda a terceiros; ou (3) outros acordos de monopólio determinados pela Autoridade Antimonopólio sob o Conselho de Estado.

concorrentes, cujo objetivo não é, geralmente, restringir a quantidade ou o aumento dos preços, mas o aumento da produção e aumentar as vendas, expandindo as riquezas, o grau dos impactos das restrições horizontais e das restrições verticais também diferem na concorrência no mercado. Por exemplo, a divisão dos mercados de vendas e a divisão regional de concorrentes (ou seja, cartéis regionais) podem permitir ao cartel ser monopolista nas suas próprias esferas de influência, o que tem como consequência eliminar e restringir a possibilidade de os consumidores selecionarem bens ou serviços. No entanto, no que diz respeito à divisão regional vertical, enquanto os fabricantes não tiverem adquirido uma posição dominante no mercado, existirá concorrência de marcas em regiões divididas. Além disso, na situação de divisão regional vertical, os vendedores têm os direitos exclusivos para venda dentro das respectivas regiões e, portanto, não pouparão esforços para promover as vendas de bens, o que levará à expansão da produção. Isto é, as restrições verticais incluem acordos sobre venda exclusiva, compra exclusiva, venda com franquia e operação de franquia. Tais acordos podem, por um lado, restringir a concorrência entre os vendedores, e, por outro lado, reduzir a possibilidade de reforçar a rede de vendas e promover a concorrência da marca. Uma vez que os fabricantes fixam os preços de venda dos vendedores ou restringem os seus preços mínimos de venda, o resultado é que o cartel de preços será estabelecido entre vendedores, o que pode prejudicar gravemente a concorrência no mercado e os interesses dos consumidores. Na vida econômica atual da China, a fixação de preços de revenda ou restrição do preço de revenda mínima é normalmente a restrição por parte dos fabricantes contra os vendedores. Assim, a disposição do artigo 14 da Lei Antimonopólio será de influência significativa sobre a produção e negócios das empresas chinesas. Não existem disposições explícitas na Lei Antimonopólio da China sobre a regra *per se* e pode considerar-se que a regra razoável se aplica ao artigo 14 da mesma. No que diz respeito aos acordos verticais, existe outra questão que, se uma das partes no acordo adquire a posição dominante do mercado, as restrições verticais podem ser indicadas como abuso da posição dominante no mercado, tal como a venda não vinculada não razoável. Nesse caso, é necessário proceder a uma análise em conformidade com as disposições da Lei Antimonopólio sobre a proibição do abuso de posição dominante no mercado²⁸².

O artigo 15 da Lei Antimonopólio da China prevê que, quando os operadores econômicos chegarem a um acordo nas seguintes circunstâncias, podem se isentar das disposições proibitivas dos artigos 13 e 14:

“(1) for the purpose of improving technologies, researching and developing new products; (2) for the purpose of upgrading product quality, reducing cost, improving efficiency, unifying product specifications or standards, or carrying out professional labor division; (3) for the purpose of enhancing operational efficiency and reinforcing the competitiveness of small and medium-sized business operators; (4) for the purpose of achieving public interests such as conserving energy, protecting the environment and relieving the victims of a disaster and so on; (5) for the purpose of mitigating serious decrease in sales volume or obviously excessive production during economic recessions; (6) for the purpose of safeguarding the justifiable interests in the foreign trade or foreign economic cooperation; or (7) other circumstances as stipulated by laws and the State Council. Where a monopoly agreement is in any of the

²⁸² WANG, Xiaoye. Comments on the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Frontiers of Law in China**, [s.l.], v. 4, n. 3, 5 ago. 2009. p.347-348.

circumstances stipulated in Items 1 through 5 and is exempt from Articles 13 and 14 of this Law, the business operators must additionally prove that the agreement can enable consumers to share the interests derived from the agreement, and will not severely restrict the competition in relevant market²⁸³”.

O Artigo 15 permite a criação de um monopólio quando for instaurado mediante aval do "interesse público", em tempos de "recessão econômica" ou com a finalidade de "salvaguardar os interesses justificáveis do comércio exterior". Isso fornece às agências governamentais um relativismo ao ser imposta a LAM²⁸⁴.

Como se pode denotar, a maior parte das hipóteses supramencionadas conduz à melhoria da eficiência econômica das empresas. Tais isenções relativas à restrição da concorrência traz-nos questionamentos acerca de uma disposição legal que pode outorgar legitimidade à criação de monopólios ou à formação de cartéis que prejudiquem gravemente a concorrência.

Nesse sentido, Brook entende que a LAM pode não se aplicar a monopólios administrativos - ou a qualquer outra conduta anticompetitiva - dirigida apenas para mercados de exportação fora da China, pelo menos na medida em que tal conduta não tenha efeitos anticompetitivos dentro da China. Segundo o autor, o n.º 6 do artigo 15 prevê isenções para os acordos de monopólio que protegem os interesses legítimos no comércio externo e na cooperação econômica e que, segundo se crê, constitui uma exceção para os cartéis de exportação²⁸⁵.

Corroborando com a referida crítica, complementa Huo que a redação das seções 5 e 6 do artigo 15 tratam do "*crisis cartel*", que se refere a um cartel constituído

²⁸³ (1) com o objetivo de melhorar as tecnologias, pesquisar e desenvolver novos produtos; (2) com a finalidade de melhorar a qualidade do produto, reduzindo custos, melhorando a eficiência, unificando especificações ou padrões de produtos, ou levando a cabo divisão de trabalho profissional; (3) com o objetivo de reforçar a eficiência operacional e reforçar a competitividade das pequenas e médias empresas; (4) para a realização de interesses públicos como a conservação da energia, a proteção do ambiente e o socorro das vítimas de uma catástrofe; (5) com o objetivo de atenuar a grave diminuição do volume de vendas ou, obviamente, a produção excessiva durante as recessões econômicas; (6) para salvaguardar os interesses justificáveis o comércio exterior ou na cooperação econômica estrangeira; ou (7) outras circunstâncias, conforme estipulado nas leis e no Conselho de Estado. Quando um acordo de monopólio se encontra em qualquer das circunstâncias previstas nos pontos 1 a 5 e está isento dos artigos 13º e 14º da presente lei, os operadores empresariais devem, além disso, provar que o acordo pode permitir aos consumidores partilhar os interesses derivados do acordo e não restringirá severamente a concorrência no mercado relevante.

²⁸⁴ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 186.

²⁸⁵ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 187.

com o objetivo de atenuar as sérias reduções das vendas ou reduzir o excessivo de excedentes durante as depressões econômicas. Nas suas palavras, um cartel formado durante depressões econômicas não deve ser permitido, porque as crises econômicas são necessárias para o funcionamento eficiente de um mercado livre²⁸⁶.

Nesse ponto, faz-se necessário verificar se a isenção do artigo 15 aplica-se às estatais, mesmo que não estejam lá expressamente no rol. Referimos anteriormente que alguns juristas se preocupam com possíveis privilégios da LAM às empresas públicas, particularmente aquelas em setores estratégicos²⁸⁷. Se esta condição for interpretada de forma ampla na China e, em algum momento, houver a necessidade de reestruturação dos setores ineficientes (nomeadamente no que respeita às estatais), pode o artigo 15 estar legitimando a criação de monopólios estatais²⁸⁸.

A preocupação é pertinente, uma vez que a formação de cartéis voltados ao exterior permite a isenção de acordos que salvaguardem interesses legítimos no comércio exterior. Enquanto se aguarda a adoção de novos regulamentos e diretrizes, é difícil antecipar como essa provisão funcionará no futuro. Uma possibilidade é que esta condição permita coordenar os preços de exportação a fim de evitar que os exportadores chineses sejam sujeitados a taxas *antidumping* no estrangeiro²⁸⁹.

Todas essas isenções estão sujeitas à aprovação de uma autoridade antimonopólio competente, cabendo ao MOFCOM (Ministério do Comércio) a atribuição de ser a "autoridade antimonopólio competente" das práticas descritas no artigo 15 a fim de conceder ou não essa imunidade.

Brooks²⁹⁰ esclarece que a LAM parece não diferenciar entre empresas estatais e outras empresas. No entanto, o artigo 7 pode fornecer uma base textual

²⁸⁶ HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of the People's Republic of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 48-49.

²⁸⁷ ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal Of International Law And Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.242, mar. 2009.

²⁸⁸ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **Esapience Center For Competition Policy**, [S.l.], 16 nov. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 01 jan. 2017. p. 9.

²⁸⁹ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **Esapience Center For Competition Policy**, [S.l.], 16 nov. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 01 jan. 2017. p. 9.

²⁹⁰ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 197.

para a interpretação ou aplicação de outras disposições da LAM que digam respeito a interesses estatais ou públicos. Ele afirma que o artigo 7 pode ser relevante para avaliar as várias isenções de interesse público previstas no artigo 15 no que tange aos acordos de monopólio que envolvem empresas públicas; ela pode também servir para determinar o que constitui uma "*justifiable cause*" para supostos abusos por parte das empresas públicas dominantes, nos termos do artigo 17²⁹¹; ou ainda para determinação da eliminação de concentrações contrárias à concorrência que envolvam estatais por motivos de "interesse público" nos termos do artigo 28²⁹².

Ao nosso ver, o legislador da LAM ao menos criou uma hipótese de dispensa, ou mesmo de privilégio às estatais quando em situação de fraqueza econômica. A redação de fato não é cristalina para que possamos concluir com precisão. Assim, para alcançar os objetivos descritos no artigo 1, que inclui não só a proibição do comportamento monopolista e a salvaguarda da concorrência leal no mercado, mas também a melhoria da eficiência da operação econômica, a proteção dos interesses públicos (bem como dos consumidores), promovendo o desenvolvimento saudável da economia de mercado socialista, talvez, (pois ainda não podemos estabelecer com veemência) a LAM tenha criado um privilégio às empresas controladas pelo governo. Precisaremos averiguar com maiores minúcias, no capítulo seguinte, se a norma concorrencial de fato se aplica às estatais (e de que modo se aplica) ou se cria uma prerrogativa a elas.

É importante ressaltar que a exigência do artigo 15 de que a maioria (mas não todas) das isenções para acordos de monopólio só possam ser concedidas se as

²⁹¹ Article 17 A business operator with a dominant market position shall not abuse its dominant market position to conduct following acts: (1) selling commodities at unfairly high prices or buying commodities at unfairly low prices; (2) selling products at prices below cost without any *justifiable cause*; (3) refusing to trade with a trading party without any *justifiable cause*; (4) requiring a trading party to trade exclusively with itself or trade exclusively with a designated business operator(s) without any *justifiable cause*; (5) tying products or imposing unreasonable trading conditions at the time of trading without any *justifiable cause*; (6) applying dissimilar prices or other transaction terms to counterparties with equal standing; (7) other conducts determined as abuse of a dominant position by the Anti-monopoly Authority under the State Council. For the purposes of this Law, "dominant market position" refers to a market position held by a business operator having the capacity to control the price, quantity or other trading conditions of commodities in relevant market, or to hinder or affect any other business operator to enter the relevant market.

²⁹² Article 28 - Where a concentration has or may have effect of eliminating or restricting competition, the Anti-monopoly Authority under the State Council shall make a decision to prohibit the concentration. However, if the business operators concerned can prove that the concentration will bring more positive impact than negative impact on competition, or the concentration is pursuant to public interests, the Anti-monopoly Authority under the State Council may decide not to prohibit the concentration.

partes puderem provar que os consumidores, pelo menos, "partilham" algumas das alegadas vantagens pró-concorrenciais²⁹³.

Levando-se em conta os eventuais efeitos negativos que podem advir das associações comerciais sobre a concorrência no mercado e, em especial, sobre a possibilidade de preços concertados, o artigo 16.º da lei antimonopólio sublinha que *"Any trade association may not organize the business operators in its own industry to implement the monopolistic conduct as prohibited by this Chapter"*²⁹⁴.

O artigo 18 da LAM²⁹⁵ especifica os fatores segundo os quais a posição dominante no mercado deve ser determinada:

"Article 18 The dominant market status shall be determined according to the following factors: (1) the market share of a business operator in relevant market, and the competition situation of the relevant market; (2) the capacity of a business operator to control the sales markets or the raw material procurement market; (3) the financial and technical conditions of the business operator; (4) the degree of dependence of other business operators upon of the business operator in transactions; (5) the degree of difficulty for other business operators to enter the relevant market; and (6) other factors related to determine a dominant market position of the said business operator".

Já o artigo 19 da LAM²⁹⁶ prevê as circunstâncias que *prima facie* demonstram quando uma empresa pode assumir uma posição dominante no mercado. São elas:

"Article 19 Where a business operator is under any of the following circumstances, it may be assumed to be have a dominant market position: (1) the relevant market share of a business operator accounts for 1/2 or above in the relevant market; (2) the joint relevant market share of two business operators accounts for 2/3 or above; or (3) the joint relevant market share of three business operators accounts for 3/4 or above. A business operator with a market share of less than 1/10 shall not be presumed as having a dominant

²⁹³ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 166.

²⁹⁴ Qualquer associação profissional não pode organizar os operadores empresariais da sua própria indústria para implementar a conduta monopolística proibida pelo presente capítulo.

²⁹⁵ 1) A quota de mercado de um operador comercial no mercado relevante e a situação de concorrência do mercado em causa; (2) a capacidade de um operador comercial de controlar os mercados de vendas ou o mercado de aprovisionamento em matérias-primas [poder de mercado, em outras palavras]; (3) as condições financeiras e técnicas do operador da empresa; (4) o grau de dependência de outros operadores empresariais ... [sobre] o operador da empresa em transações; (5) o grau de dificuldade de os outros operadores empresariais entrarem no mercado relevante; E (6) outros fatores relacionados com [...] [a determinação] de uma posição dominante no mercado do referido operador comercial.

²⁹⁶ 1) A fatia de mercado relevante de um operador de empresa corresponde a 1/2 ou mais no mercado relevante; (2) a quota de mercado relevante conjunta de dois operadores empresariais corresponde a 2/3 ou mais; ou (3) a quota de mercado relevante conjunta de três operadores de empresas corresponde a 3/4 ou mais. Ressalte-se que um operador de empresa com uma quota de mercado inferior a 1/10 não é considerado como tendo uma posição dominante no mercado, mesmo que se enquadrem no segundo ou no terceiro item.

market position even if they fall within the scope of second or third item. Where a business operator who has been presumed to have a dominant market position can otherwise prove that they do not have a dominant market, it shall not be determined as having a dominant market position”.

Belikova afirma que o artigo 19 prevê uma *presunção refutável* de uma posição dominante no mercado quando, eis que conforme texto do referido artigo “um operador de uma empresa que se presume ter uma posição dominante no mercado pode de outro modo provar que não possui um mercado dominante, não deve ser determinado como tendo uma posição dominante no mercado²⁹⁷.

Em relação às sanções administrativas, a LAM prevê em seu artigo 46 a imposição de multa, de cancelamento de registro empresarial e a hipótese de acordo de leniência, senão vejamos:

“Where business operators reach an monopoly agreement and perform it in violation of this Law, the anti-monopoly authority shall order them to cease doing so, and shall confiscate the illegal gains and impose a fine of 1% up to 10% of the sales revenue in the previous year. Where the reached monopoly agreement has not been performed, a fine of less than 500,000 yuan shall be imposed.

Where any business operator voluntarily reports the conditions on reaching the monopoly agreement and provides important evidences to the anti-monopoly authority, it may be imposed a mitigated punishment or exemption from punishment as the case may be.

Where a guild help the achievement of a monopoly agreement by business operators in its own industry in violation of this Law, a fine of less than 500,000 yuan shall be imposed thereupon by the anti-monopoly authority; in case of serious circumstances, the social group registration authority may deregister the guild²⁹⁸”.

²⁹⁷ BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 15.

²⁹⁸ A tradução do texto do artigo 46 foi livremente feita nos seguintes moldes para facilitar a compreensão do leitor: “Quando os operadores empresariais chegarem a um acordo de monopólio e o executarem em violação da presente lei, a autoridade antimonopólio ordená-los-á que deixem de o fazer e confiscarão os ganhos ilícitos e aplicará uma multa de 1% a 10% da receita com base no ano anterior. Quando o acordo de monopólio atingido não tenha sido executado, uma multa de menos de 500.000 yuan será imposta. Sempre que qualquer operador de negócios relatar voluntariamente as condições para chegar ao acordo de monopólio e fornecer provas importantes à autoridade antimonopolista, poderá ser imposta uma punição atenuada ou isenção de punição, conforme o caso. Quando a corporação ajudar a realização de um acordo de monopólio por operadores empresariais em sua própria indústria, em violação desta lei, uma multa de menos de 500.000 yuan deve ser imposta pela autoridade antimonopólio; em caso de circunstâncias graves, a autoridade de registro do grupo social pode cancelar o registro.

A LAM ainda prevê a aplicação de sanções administrativas no artigo 47²⁹⁹ pela celebração e implementação de um acordo de monopólio, incluindo: a emissão de uma ordem de cessar-e-desistir para interromper a violação; o confisco de quaisquer ganhos ilícitos; e, além disso, a aplicação de uma multa entre 1% e 10% das vendas realizadas no ano anterior. Se o acordo de monopólio ainda não foi implementado, a multa pode ser de até RMB 500.000. A atenuação ou isenção da pena pode ser obtida em casos de colaboração voluntária com a autoridade investigadora ou de fornecimento de provas materiais para a investigação.

É nesse momento em que buscaremos analisar se a redação da Lei Antimonopólio serve para atribuir penalidades a todas empresas que abusam de posição dominante, independentemente de serem estatais ou privadas, chinesas ou estrangeiras.

Já verificamos quais os critérios elencados pela legislação para que se configure o abuso. Resta-nos analisar se há algum tratamento desigual às empresas. Para tanto, tendo em vista que o cerne desta investigação é o abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas, cumpre-nos buscar julgamentos sobre o tema.

Reitera-se que a própria Lei Antimonopólio, no artigo 7³⁰⁰, prevê, em parte pertinente às estatais, que nos setores dominados por elas, “relativos à saúde da economia nacional e da segurança nacional, e nas indústrias onde o comércio estatal é autorizado por lei, *as operações legais das empresas são protegidas pelo Estado*.”

Esse dispositivo suscitou observações de que os monopólios das estatais na China estão mais ou menos isentos da aplicação da Lei Antimonopólio. No entanto,

²⁹⁹ Article 47 Where any business operator abuses its dominant market status in violation of this Law, it shall be ordered to cease doing so. The anti-monopoly authority shall confiscate its illegal gains and impose thereupon a fine of 1% up to 10% of the sales revenue in the previous year. Livrentemente traduzido para “Artigo 47 Quando um operador de mercado abusar do seu domínio de mercado em violação da presente lei, deve ser ordenado a cessar. A autoridade antimonopolista confiscará os seus ganhos ilícitos e aplicará uma multa de 1% a 10% da receita de vendas do ano anterior.

³⁰⁰ Article 7 - With respect to the industries controlled by the State-owned economy and concerning the lifeline of national economy and national security or the industries implementing exclusive operation and sales according to law, the state protects the lawful business operations conducted by the business operators therein. The state also lawfully regulates and controls their business operations and the prices of their commodities and services so as to safeguard the interests of consumers and promote technical progresses.

no entender de Zheng³⁰¹ a interpretação do artigo 7º pode ser lido de qualquer forma, dependendo do significado exato da palavra "lawful" na frase "as operações lícitas das empresas são protegidas pelo Estado". Se "lawful" significa legal sob a égide de legislações diferentes da LAM, então ela efetivamente concede uma isenção geral para os monopólios das estatais. Mas, se "lawful" significa legal sob leis que incluem a LAM, então não haverá uma isenção para monopólios das estatais, e o artigo 7º servirá apenas como um lembrete de que os monopólios estatais devem cumprir com a legislação concorrencial também.

A ambiguidade persiste uma vez que a partir do texto do Artigo 7 sozinho não há maneira de dizer que interpretação é correta. Ademais, o artigo 15 e seus incisos 5 e 6 indicam a possibilidade na própria LAM de legitimar o monopólio ou a formação de cartéis, eis que quando um acordo entre operadores empresariais restará isento da aplicação dos artigos 13 e 14 se for possível encontrar a grave diminuição do volume de vendas ou a produção excessiva durante as recessões econômicas; ou com a finalidade de salvaguardar os interesses justificáveis no comércio exterior ou na cooperação econômica externa.

Nesta senda, o exame realizado nesse capítulo foi de suma importância para que fosse possível aferir quais eram as críticas doutrinárias quando afirmaram que a LAM é um "tigre sem dentes". Entretanto, para que seja possível conferir essa hipótese, é preciso averiguar como vem sendo o tratamento das agências reguladoras e dos tribunais na china em casos de abuso de posição dominante. Desta forma, será possível suprir a dúvida que até então se encontra sobre a permissibilidade legislativa às estatais chinesas.

B – Análise casuística

Ab initio, exploraremos nesse capítulo final as decisões em âmbito administrativo e judicial em matéria de abuso de posição dominante e de monopólios

³⁰¹ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010.p. 697-698.

na China para que possamos conferir como é a interpretação dos órgãos em relação às empresas estatais.

Como referimos anteriormente, o NDRC e o SAIC são os encarregados de executar as regras previstas na LAM em relação às condutas monopolísticas e os abusos de posição dominante relacionados ou não a preços. Ou seja, ao SAIC impõe-se as regras não relacionadas ao preço, tais como acordos de monopólio, abusos de posição dominante no mercado, abusos de poder administrativo e regras contra o abuso de poderes administrativos para restringir a concorrência, enquanto que ao NDRC detém o encargo de analisar as condutas de abuso de posição dominante em relação a preço³⁰².

Em maio de 2009, o SAIC elaborou a *SAIC procedural rules* (regras processuais do SAIC), que fornecem orientações adicionais sobre como serão conduzidas as investigações. Segundo as Regras, ele será responsável pela investigação e pelo tratamento de conduta anticoncorrencial que tenha um impacto nacional importante ou outras práticas monopolísticas que possa encontrar dentro da sua jurisdição.

Tendo em vista o que propusemos nessa investigação de buscar conhecer como tem sido o entendimento dos tribunais e dos órgãos administrativos sobre abuso de posição dominante, passaremos a examinar casos que foram por eles julgados, iniciando pelo SAIC, após pelo NDRC e, por fim, com processos judiciais.

No que tange a casos de abusos de posição dominante, pudemos encontrar o recentemente julgado pelo *State Administration for Industry and Commerce*, que aplicou multa de 667,7 milhões de yuanes à empresa privada Tetra Pak³⁰³, uma empresa multinacional de embalagens e processamento de alimentos, finalizando o caso que começou em janeiro de 2012 e perdurou quase cinco anos. Apesar desse caso não versar sobre uma empresa estatal chinesa expandindo suas atividades para o exterior, mas sim de uma empresa privada sueca entrando no mercado interno

³⁰² As regras de aplicação da Lei Antimonopólio silenciam sobre qual agência teria jurisdição onde há uma combinação de preço e elementos não relacionados preço dentro de um único caso. O “*SAIC Procedural Rules on Investigation of Monopoly Cases*” prevê o compartilhamento de informações e transferência de casos, caso o SAIC entenda que não tenha jurisdição sobre o assunto.

³⁰³ State Administration for Industry and Commerce. **Investigação sobre abuso de posição dominante no mercado da Tetra Pak**. 2016. Disponível em: <http://www.saic.gov.cn/ywdt/gsyw/zjyw/xxb/201307/t20130714_136373.html>. Acesso em: 11 fev. 2017.

chinês, com ele poderemos entender se há o mesmo entendimento em detrimento das empresas privadas estrangeiras para com as empresas estatais chinesas.

Embora a LAM tenha incorporado muitas das sugestões da comunidade internacional, incluindo a de não discriminação e de ter acrescentado um capítulo específico proibindo abusos administrativos, alguns comentaristas observaram que a implementação da LAM também focou na proteção contra companhias estrangeiras³⁰⁴.

Sobre o caso, alegava-se que a Tetra Pak vinculou a venda dos seus materiais de embalagem ao seu equipamento e, sem motivos justificados, realizava vendas vinculadas, acordos de exclusividade e descontos de fidelidade, aplicando tratamento discriminatório em favor de determinados clientes³⁰⁵.

Este caso trata de infração ao artigo 17, inciso VII da LAM, regulando o "desconto de fidelidade" como "outras formas de abuso da posição dominante no mercado, conforme determinado pelas Autoridades de Execução Antimonopólio.

Com a abertura das portas na China, as empresas multinacionais voltaram seus olhos para as grandes empresas na China em consonância com suas estratégias globais, visando buscar lucros mais elevados. De acordo com dados de 2008, 80% das grandes cadeias de supermercados nas grandes cidades chinesas eram detidas por empresas estrangeiras; e algumas empresas multinacionais, como a Microsoft e a Tetra Pak, dominavam até 95% do mercado relevante de um determinado produto. Assim, as fusões e aquisições estrangeiras têm um impacto substancial na estrutura do mercado e é fácil para as empresas estrangeiras formarem um monopólio³⁰⁶.

Como referimos, esse julgamento administrativo trata de uma empresa estrangeira na qual o órgão administrativo chinês entendeu que a atividade empresarial de abuso de posição dominante necessitava ser descontinuada. Outros julgamentos foram proferidos pelo SAIC, porém nossa busca visa a um julgamento

³⁰⁴ CHEN, Bing. Erasing the misunderstanding on China's Anti-Monopoly Law: A comparative study. **Frontiers of Law in China**, [s.l.], v. 6, n. 4, 16 nov. 2011. p.618.

³⁰⁵ SLAUGHTER, William Capel; MAY, William. Competition Law in China. Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/879862/competition-law-in-china.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017. p. 08.

³⁰⁶ SUN, Jin. The implementation of China's anti-monopoly law: A case on Coca-Cola's abortive acquisition of Huiyuan Juice. **Frontiers of Law In China**, [s.l.], v. 6, n. 1, 10 fev. 2011. p.121.

de uma empresa estatal chinesa por atos de abuso de posição dominante ou outras formas de monopólio e julgada perante os órgãos competentes. Portanto, a preocupação de que a LAM não se aplica contra as estatais persiste.

Buscaremos a partir de agora analisar casos julgados perante o NDRC que envolvam estatais com posição monopolista de mercado.

Foi possível ter acesso a apenas dois exemplos de ações tomadas contra estatais perante o NDRC. O primeiro, segundo Sivaram e Mishra, foi uma investigação sobre fixação de preços contra a TravelSky, que forneceu soluções de TI para a indústria do turismo. A segunda investigação foi contra a China Telecom e a China Unicom, que, nas suas palavras, em virtude do excesso de cobrança, tal caso gerou um considerável descontentamento público³⁰⁷. Passaremos primeiramente a averiguar o caso TravelSky e após o caso China Netcom / China Unicom.

Um dos primeiros casos de investigação da NDRC sobre a suspeita de fixação de preços, a TravelSky, no ano de 2009, fornecedora de soluções de TI para a indústria do turismo, detinha 97% da indústria chinesa de reservas aéreas domésticas e uma empresa estatal sob gerenciamento do *State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council* (SASAC). Entre março e maio de 2009, a TravelSky decidiu adotar uma nova fórmula para calcular o desconto de bilhetes aéreos. Constatou-se que quase todas as companhias aéreas domésticas de propriedade estatal na China simultaneamente aumentaram os preços. Como resultado, a TravelSky ajustou suas políticas de desconto e aumentou o preço do bilhete aéreo para todas as companhias aéreas da rede da TravelSky. Suspeita de violar a LAM por atos de fixação do preço dos bilhetes de aviação civil, o NDRC iniciou investigação da TravelSky³⁰⁸.

A investigação da NDRC foi posteriormente abandonada sem qualquer processo, porque logo após a criação do inquérito, a Administração da Aviação Civil da China, o regulador da indústria da aviação, declarou publicamente que tais aumentos de preços eram o resultado de ajustes independentes por parte das

³⁰⁷ SIVARAM, Karthik; MISHRA, Apurv. **Leviathan Made in China: Is China's State Capitalism Unique?**. 2010. Disponível em: <https://www.academia.edu/8079927/Title_Leviathan-Made_in_China_Is_Chinas_State_Capitalism_Unique>. Acesso em: 20 ago. 2016. p. 11.

³⁰⁸ WANG, Zhining. **A critical analysis of aspects of the public enforcement of competition law in China with reference to the European Union and the United States**. 380 p. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Glasgow, Glasgow, 2013. p. 16.

companhias aéreas e as companhias aéreas não tinham celebrado qualquer acordo para fixar o preço³⁰⁹.

A China Telecom surgiu do desmembramento forçado de uma empresa estatal em 1999, quando foi assinado um "acordo de cavalheiros" com a China Netcom de dois anos de não competirem por clientes no território de cada um³¹⁰.

Posteriormente, China Netcom e China Unicom se envolveram em uma investigação perante o NDRC por abusarem de posição dominante no mercado de acesso em banda larga para cobrar taxas excessivas de acesso à rede aos concorrentes e, conseqüentemente, prejudicar significativamente a concorrência nesse mercado³¹¹.

Complementam Chen e Whalley³¹² que

“Um caso mais recente é a investigação de 2011 sobre banda larga das gigantes de telecomunicações China Unicom e China Telecom. Havia a suspeita de que elas obstruíam outros operadores do mercado de entrarem nos setores de banda larga e interconexão de internet. Ambas empresas estariam, assim, abusando de suas posições de mercado dominantes (dois terços do mercado doméstico de interconexão de banda larga). No entanto, após o anúncio da investigação pela NDRC em dezembro de 2011, a China Telecom e a China Unicom divulgaram declarações em seus sites oficiais, observando que haviam apresentado um pedido de suspensão da investigação antitruste. Além disso, as duas empresas reconheceram a existência de inconsistências entre o valor das conexões com a Internet e os preços correspondentes e prometeu revisões e melhorias na velocidade e custo da Internet. Verificou-se que o NDRC aceitou os "compromissos" apresentados pelas duas empresas e o inquérito findou sem mais medidas. Novamente, para uma investigação contra empresas estatais gigantes controladas pelas autoridades centrais, as autoridades antitruste têm de ser adaptáveis às circunstâncias e pressões de várias fontes”.

Ambos os casos aqui relatados sob investigação do NDRC foram de suma importância uma vez que o órgão regulador teve como alvo grandes empresas estatais em relação à aplicação da Lei Antimonopólio na China. Contudo, aqui utilizamos do mesmo pensamento de Wang e Emch, que concluem que a prática já

³⁰⁹ CHEN, Hejing; WHALLEY, John. The State-Owned Enterprises Issue in China's Prospective Trade Negotiations. **Centre for International Governance Innovation**. Waterloo. out. 2014. p. 3

³¹⁰ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly Law: History, Application, and Enforcement. **Appeal: Current Law & Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, jan. 2011. p. 38.

³¹¹ WANG, Xiaoye; EMCH, Adrian. Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law: achievements and challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 1, n. 2, 16 ago. 2013. p.258.

³¹² CHEN, Hejing; WHALLEY, John. The State-Owned Enterprises Issue in China's Prospective Trade Negotiations. **Centre for International Governance Innovation**. Waterloo, out. 2014. p. 3.

demonstrou que, em alguns casos envolvendo grandes empresas estatais, os funcionários antitruste não são capazes de manter sua independência. Os casos são exemplos reveladores, visto que não resultaram em sanções após a investigação do NDRC³¹³, o que nos leva a analisar processos judiciais sobre o tema em voga, ainda na busca de empresas estatais chinesas condenadas pela prática de abuso de posição dominante na China.

Nessa senda, em busca de processos judiciais envolvendo empresas estatais acusadas de abuso de posição dominante, Zheng afirma que até o ano de 2010, cinco ações foram intentadas e dentre elas, três envolviam as chamadas "indústrias de monopólio", ou seja, as indústrias onde as empresas públicas são dominantes e a entrada de empresas não estatais é geralmente proibida pelo governo³¹⁴.

Belikova complementa aduzindo que desde que a LAM entrou em vigor em 2008, uma série de ações privadas foram apresentadas aos tribunais chineses concernente aos casos de abuso de posição dominante. Julgamentos foram proferidos, todos no sentido de não prover os pedidos devido à falta de definição dos mercados relevantes pelos demandantes ou à falta de prova da existência de uma posição dominante ou do abuso de posição dominante³¹⁵.

O primeiro caso que se tem ciência é uma ação judicial apresentada contra uma sucursal local do China Construction Bank, um dos "Big Four" bancos estatais chineses, na cidade de Chongqing, no sudoeste do país³¹⁶. Apenas a título ilustrativo, as empresas chamadas *big four* - Industrial and Commercial Bank of China, China Construction Bank, The Bank of China, The Agricultural Bank of China - juntas, detêm 43% de todos os ativos financeiros na China, segundo pesquisa recente, enquanto

³¹³ WANG, Xiaoye; EMCH, Adrian. Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law: achievements and challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 1, n. 2, 16 ago. 2013. p.267.

³¹⁴ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010.p. 697.

³¹⁵ BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 15.

³¹⁶ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010.p. 698.

os bancos estrangeiros possuem apenas 2% e fornecem fundos para que as estatais possam executar a política nacional³¹⁷.

O demandante era uma empresa que tinha uma conta bancária na China Construction Bank, réu na ação. Clamava o autor que a parte adversa havia cobrado uma "taxa de manutenção de conta" para todas as contas com depósitos inferiores a um determinado montante, e a conta do autor foi avaliada em tal taxa. O autor se recusou a pagar, acreditando que não era razoável. Quando o autor tentou retirar fundos de sua conta, o réu se recusou a honrar a retirada, citando o não pagamento da taxa de gestão da conta como a razão. O demandante processou arguindo violação do artigo 17, n. 3, da LAM, por "recusa de negociação" e com o nº. 6 do artigo 17, por "tratamento discriminatório". O processo resultou em acordo sem que fosse possível verificar se houve violação aos artigos em comento³¹⁸.

Até agora, os tribunais chineses têm recebido alguns poucos casos antitruste que trouxeram repercussão geral e que versavam sobre abuso de posição dominante: Renren v. Baidu; Zhou Zhe v. China Mobile; Sursen v. Shanda; Rainbow v. Johnson & Johnson; Qihoo 360 v. Tencent; e outros. No entanto, já adiantaremos aqui que com exceção de alguns casos como o caso *Shaanxi digital TV* e *Huawei v. InterDigital*, a maioria dos requerentes em casos privados de antitruste não foram bem-sucedidos até agora.

Esses casos são ações interpostas em âmbito judicial (e não administrativo), conforme permissão trazida pelo artigo 50 da Lei Antimonopólio³¹⁹. Em razão da impossibilidade de exaurimento dos processos judiciais, não será possível tratar de todos na presente investigação, contudo os que de alguma forma surtiram influências para a determinação de abuso de posição dominante e que agora servem como referência para os próximos julgamentos serão aqui expostos.

³¹⁷ SIVARAM, Karthik; MISHRA, Apurv. **Leviathan Made in China: Is China's State Capitalism Unique?**. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/8079927/Title_Leviathan-Made_in_China_Is_Chinas_State_Capitalism_Unique>. Acesso em: 17 maio 2016. p. 6

³¹⁸ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010.p. 698.

³¹⁹ **Article 50** Where any loss was caused by a business operator's monopolistic conducts to other entities and individuals, the business operator shall assume the civil liabilities. Cuja tradução livre assim dispõe: Artigo 50 "Sempre que qualquer prejuízo tenha sido causado pelas condutas monopolísticas de um operador de empresa a outras entidades e particulares, o operador da empresa assumirá as responsabilidades civis".

Um processo judicial antitruste alegando abuso de posição dominante ocorreu entre a “Sursen *versus* Shanda & Shanghai Xuanting”³²⁰ e é um relevante exemplo que devemos elucidar para verificação das hipóteses que buscamos responder.

A Sursen operava um portal na web, e os réus cogerenciavam um site da literatura. A Sursen alegava que Shanda tinha abusado de sua posição dominante no mercado de literatura on-line, forçando dois autores a pararem de escrever para Sursen uma sequência de um popular romance on-line publicado pela Shanda e, portanto, violou a proibição de exigir negociações exclusivas sob a LAM. A Sursen apresentou os documentos de marketing da Shanda para provar a posição dominante da Shanda, mas Shanghai *Intermediate People's Court* (Corte Popular Intermediária de Xangai) rejeitou a ação de abuso de posição dominante movida pela Beijing *Sursen Electronic Technology*, considerando que as provas eram insuficientes para corroborar com a argumentação de que a Shanda detinha uma posição dominante no mercado relevante³²¹.

Alguns pontos aqui merecem ser esclarecidos: referimos anteriormente que a Lei Antimonopólio não contempla em seu escopo de aplicação a tutela à agricultura³²² e aos direitos de propriedade intelectual³²³. Entretanto, essa regra de

³²⁰ Beijing Sursen Electronic Technology Co (Sursen) v. Shanda Interactive Entertainment e Shanghai Xuanting Entertainment Information Technology. 110.HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 118-119;

³²¹ Este tribunal de instância inicial rejeitou as reivindicações da Sursen (o julgamento foi proferido em outubro de 2009). A Sursen então apelou da decisão e o recurso foi apreciado pelo Tribunal Superior do Povo de Xangai. O recurso, entretanto, foi improvido e o Tribunal confirmou a decisão de primeira instância (o acórdão foi proferido em dezembro de 2009). BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 16. HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 118-119;

³²² Article 56 “This Law does not govern the ally or concerted actions of agricultural producers and rural economic organizations in the economic activities such as production, processing, sales, transportation and storage of agricultural products”. Cujá tradução pode ser interpretada da seguinte forma: Artigo 56 “A presente Lei não regula as ações aliadas ou relacionadas dos produtores agrícolas e das organizações econômicas rurais nas atividades econômicas, como produção, processamento, vendas, transporte e armazenamento de produtos agrícolas”.

³²³ Article 55 “This Law does not govern the conduct of business operators to exercise their intellectual property rights under laws and relevant administrative regulations on intellectual property rights; however, business operators' conduct to eliminate or restrict market competition by abusing their intellectual property rights shall be governed by this Law”. Para facilitar o entendimento, traduzimos o texto legal nos seguintes termos: Artigo 55.º “Esta lei não regula a conduta dos operadores de empresas a exercerem os seus direitos de propriedade intelectual ao abrigo das leis e regulamentos administrativos relevantes em matéria de direitos de propriedade intelectual; Contudo, a conduta dos

exclusão em matéria de propriedade intelectual não é absoluta, conforme pudemos observar no caso em análise que, apesar de não ter considerado configurado o abuso, tratou de questões concorrenciais em matéria de propriedade intelectual.

Assim, o texto do artigo 55 da Lei Antimonopólio, que trata da hipótese de direitos de propriedade intelectual, limita o âmbito de aplicação da LAM a condutas dos operadores de empresas para eliminar ou restringir a concorrência no mercado, apenas quando abusam dos seus direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, o acórdão de outubro de 2009, no caso Sursen contra Shanda e Xuanting, o Tribunal Popular Intermediário de Xangai nº. 1 decidiu sobre uma disputa envolvendo direitos de propriedade intelectual, superando a limitação de competência do tribunal prevista no artigo 55 da Lei.

É importante ressaltar também que, segundo a LAM, os fatores que determinam se uma empresa se encontra numa posição de mercado dominante num mercado relevante incluem as quotas de mercado, o controle dos mercados, a capacidade financeira e técnica, as relações de dependência econômica e as barreiras à entrada. O fator mais importante deles, segundo Emch e Hao, é a quota de mercado³²⁴.

Assim sendo, o ponto de partida tradicional de avaliação da "posição dominante" de qualquer empresa é a definição adequada de um mercado relevante sobre o qual uma empresa é supostamente dominante.

"Mercado relevante" é definido pela LAM, no artigo 12, como o âmbito de aplicação ou ao âmbito territorial em que os operadores empresariais concorrem entre si durante um determinado período de tempo para produtos ou serviços específicos. Por esse motivo, os critérios que devemos verificar ao analisar uma conduta supostamente abusiva devem estar muito bem provados, o que não ocorreu no presente caso, levando ao seu insucesso.

operadores de empresas para eliminar ou restringir a concorrência no mercado, abusando dos seus direitos de propriedade intelectual, será regida pela presente lei".

³²⁴ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p.10.

Outro caso que se pode aqui trazer à baila é o “Li Fangping v. China Netcom”³²⁵. Li Fangping, um cliente da China Netcom, acusou a China Netcom de abuso de posição dominante ao se envolver em tratamento discriminatório. O caso foi ajuizado na *Beijing First Intermediate People’s Court* (Primeiro Tribunal Popular Intermediário de Beijing) por Fangping, que alegou que ao solicitar a instalação de telefones fixos com a China Netcom, os contratos de “pós-pagamento” só estavam disponíveis para residentes permanentes de Pequim; aos residentes não-permanentes que possuem imóveis em Pequim; aos clientes que o tenham sido, por um ano, na modalidade pré-pago; ou que fornecessem uma garantia. Esses termos e condições díspares, ao seu ver, violavam a proibição contida no artigo 17 (6) da LAM, que assim dispõe: “*A business operator with a dominant market position shall not abuse its dominant market position to conduct following acts: [...] (6) applying dissimilar prices or other transaction terms to counterparties with equal standing*”³²⁶;

Em outras palavras, como Fangping viveu e trabalhou em Pequim, mas não foi registrado como residente em Pequim, o plano de "pós-pagamento" lhe foi recusado devido ao seu *status* de residência. Ele alegava que a empresa havia restringido uma série de ofertas especiais apenas a clientes com domicílio registrados em Pequim, e assim eles abusaram de sua posição de domínio³²⁷.

O tribunal considerou que os planos de pagamento não eram substancialmente diferentes e que, com base na alegada razão de evitar problemas de cobrança de dívidas, a Netcom tinha o direito de restringir alguns serviços telefônicos a certos clientes. Havia, no entender do tribunal, um grau relativamente elevado entre os serviços de telefonia fixa e de telefonia móvel e entre os serviços de Internet por cabo e sem fios e, desse modo, o tribunal, considerou que as políticas da

³²⁵ Este caso serviu como referência para que fosse posteriormente incorporado à interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre a Lei Antimonopólio da China. O caso foi eleito um dos 10 melhores casos de Propriedade Intelectual em 2010 pela “China Lawyer Intellectual Property Practice Innovation Forum of All China Lawyers Association”. Mais informações disponíveis em BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, 27 jun. 2016. p. 16; BROOK, Thomas. China’s Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law and Law Reform**. Victoria, v. 16, n. 1, 2011. p. 44. HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 118;

³²⁶ Um operador de empresa com uma posição dominante no mercado não deve abusar da sua posição dominante no mercado para conduzir os seguintes atos: [...] (6) aplicar preços desiguais ou outras condições de transação a contrapartes de igual valor.

³²⁷ ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, jan. 2010. p. 698-699.

China Netcom para telefonia fixa pós-pagamento foram justificadas devido à necessidade de controlar os riscos de crédito. Além disso, a corte rejeitou a reivindicação de Fangping devido a insuficiência de evidências do abuso de posição dominante alegada³²⁸.

Sobre o referido caso, impende tecer algumas considerações que se entende relevante. O presente litígio versava sobre uma pessoa física que ingressou em juízo contra uma pessoa jurídica de propriedade estatal, contudo a atividade desta foi considerada pelo tribunal como não abusiva, devido à ausência de provas nesse sentido. Veja-se, aqui, de um lado, havia uma empresa estatal com alto grau de poder econômico e de outro a hipossuficiência de um consumidor que postulava apenas a sua equiparação para com os demais consumidores. Esse caso poderia ter sido um importante paradigma de abuso de posição dominante, contudo não logrou êxito o demandante.

Outro interessante caso litigioso de abuso de posição dominante foi interposto pela Tangshan Renren Information Service Company (TRISC) em face da Baidu Inc³²⁹ em 31 de outubro de 2008. O processo Baidu, assim como em outros (como o da China Mobile), foi iniciado depois de uma queixa ter sido recebida, mas não restou apreciado pela SAIC (State Administration for Industry and Commerce). Ressalte-se que a China Mobile é uma Empresa Estatal Chinesa e se fosse julgada, provavelmente traria um importante paradigma para o direito concorrencial chinês, posto que teria o potencial de testar as disposições de monopólio administrativo. Foi, no entanto, resolvido extrajudicialmente e não forneceu informações adicionais sobre como a LAM seria aplicada às empresas públicas³³⁰.

Quanto ao caso TRISC v. Baidu Inc, pode-se relatar, em suma, que a TRISC é uma empresa privada que opera como uma plataforma de informação *online*, que negocia acordos entre empresas farmacêuticas, distribuidores e empresas, enquanto que a Baidu opera como a principal fonte de busca *online* chinesa.

³²⁸ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law and Law Reform**. Victoria, v. 16, n. 1, 2011. p. 44; HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 118;

³²⁹ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law and Law Reform**. Victoria, v. 16, n. 1, 2011. p. 43; HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 120;

³³⁰ BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law and Law Reform**. Victoria, v. 16, n. 1, 2011. p. 42-43.

A TRISC entrou com uma ação na *Beijing nº. 1 Intermediate People's Court* (Tribunal Popular Intermediário de Pequim nº. 1), alegando que a Baidu havia abusado de sua posição dominante no mercado de buscas *online* chinês, reduzindo artificialmente os resultados de busca do TRISC para coagi-la a continuar a comprar publicidade através do "Baidu Serviço". Asseverou também que o Baidu detinha mais de 60% do mercado chinês de busca na Internet³³¹. Especificamente, a TRISC alegou que a conduta do Baidu procurou forçar a lidar exclusivamente com o Baidu sem qualquer justificção, em violação do Artigo 17 (4)³³².

Tendo em vista a ausência de publicização das decisões, utilizaremos dos relatos de Harris para melhor elucidar os fatos acontecidos:

A TRISC alegou que a conduta do Baidu a tinha feito perder o tráfego em linha e consequentemente perder rendimentos substanciais. A TRISC procurou liminarmente proibir que o Baidu continuasse com esta conduta e, no mérito, a concessão de danos de aproximadamente RMB\$ 1.000.000,00 em receitas perdidas. O Baidu contestou sustentando que a desclassificação da TRISC nos resultados de busca era uma ação legítima sob suas políticas de listagem, porque TRISC supostamente tinha montado um "bot" on-line para postar automaticamente posts de "spam" em vários sites e enviou mensagens de extensão (chamadas "junk links") para aumentar artificialmente ranking TRISC no Baidu resultados de pesquisa.

Ademais, o Baidu argumentou que o serviço de busca fornecido por ela é um serviço gratuito sem fins lucrativos e, portanto, não está coberto pela Lei Antimonopólio e não poderia constituir um mercado do produto relevante ao abrigo da LAM. O tribunal rejeitou este argumento, aduzindo que o Baidu derivou publicidade e outras receitas através do seu serviço de busca, mesmo que os usuários possam usar a função de busca gratuitamente. O tribunal baseou a sua decisão de limitar o mercado geográfico relevante à China na sua constatação de que os prestadores de serviços localizados na China são concorrentes mais próximos do que outros, devido às diferenças de cultura, linguagem e hábitos dos utilizadores chineses³³³.

O tribunal avaliou que para determinar se o Baidu detinha posição dominante, era necessário comparar com outros mecanismos de busca na China. Esse ponto fornece uma ilustração sobre presunção de dominância de mercado nos termos do

³³¹ SLAUGHTER, William Capel; MAY, William. Competition Law in China. Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/879862/competition-law-in-china.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017. p. 15.

³³² **Article 17** - A business operator with a dominant market position shall not abuse its dominant market position to conduct following acts: (4) requiring a trading party to trade exclusively with itself or trade exclusively with a designated business operator(s) without any justifiable cause; livremente traduzido nos seguintes termos: Um operador de empresa com uma posição dominante no mercado não deve abusar da sua posição dominante no mercado para conduzir os seguintes atos: (4) exigir que uma parte comercial negocie exclusivamente com ela própria ou negocie exclusivamente com um ou mais operadores comerciais designados sem qualquer causa justificável.

³³³ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 120-121;

art. 19 da LAM³³⁴. No julgamento sobre o mérito, o tribunal proferiu sua decisão em favor do Baidu.

Em primeiro lugar, o tribunal considerou que as provas apresentadas pela TRISC eram insuficientes para provar que o Baidu era dominante no mercado relevante. Sobre esta questão, TRISC apresentou apenas algumas declarações de várias fontes de mídia sobre a quota de mercado do Baidu³³⁵. Além disso, o Tribunal salientou que a LAM não proíbe uma posição dominante no mercado *per se*, mas proíbe o abuso desta posição³³⁶.

O tribunal deliberou no sentido de que estas fontes não fornecem uma base suficientemente científica e objetiva para provar a quota de mercado dominante do Baidu, uma vez que as fontes não incluíam qualquer explicação sobre os métodos utilizados para calcular a quota de mercado.

No que tange ao caso TRISC v. Baidu, gostaríamos de tecer algumas considerações acerca das Diretrizes sobre Definição dos Mercados Relevantes, e em relação às diretrizes e sobre os métodos para cálculo de quota de mercado (SSNIP).

A Comissão Antimonopólio promulgou no ano de 2009 as “Diretrizes sobre a Definição dos Mercados Relevantes”³³⁷, que se aplicam a acordos de monopólio, abusos de posição dominante e processo de revisão de fusões. Desse modo, possuem a importante missão de definição do mercado relevante, visto que, de acordo com o artigo 2º das Diretrizes, é um pré-requisito para a análise da concorrência, é um passo importante nas ações antimonopólio e a efetiva de aplicação da Lei Antimonopólio.

As orientações da Comissão, de acordo com o artigo 3º das Diretrizes Sobre Definição dos Mercados Relevantes, estabelecem que o mercado do produto

³³⁴ MEZZANOTTE, Felix; HOU, Liyang. The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil Litigation in China. **Journal Of Antitrust Enforcement**. Oxford, jan. 2015. p. 20.

³³⁵ O órgão jurisdicional se referiu às Diretrizes da Comissão Antimonopólio (AMC) do Conselho de Estado sobre Definição de Mercados Relevantes, indicando que os tribunais podem levar em consideração as diversas diretrizes, regras e regulamentos antimonopólios promulgados pela AMC ou AMEAs (Anti-Monopoly Enforcement Authority), o que pode ajudar a tornar as decisões judiciais concernentes à LAM mais consistentes .

³³⁶ SLAUGHTER, William Capel; MAY, William. Competition Law in China. Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/879862/competition-law-in-china.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017. p. 15.

³³⁷ ANTIMONOPÓLIO, Comissão. **Diretrizes sobre a Definição dos Mercados Relevantes**. 2009. Disponível em: <http://www.gov.cn/zwhd/2009-07/07/content_1355288.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

relevante abrange todos os produtos do mesmo grupo ou categoria que são considerados substitutos próximos pelo cliente, devido às características dos produtos, pela sua utilização pretendida ou pelos seus preços³³⁸.

Portanto, o mercado relevante, segundo as Diretrizes Sobre Definição dos Mercados Relevantes, refere-se ao mercado do produto e ao mercado geográfico no qual as empresas competem entre si durante um determinado período relativamente a produtos ou serviços específicos.

Na prática antimonopólio da aplicação da lei, como pudemos verificar nas jurisprudências suprarreferidas, foi necessário definir o mercado do produto relevante e o mercado geográfico relevante. Ocorre que o insucesso dos julgamentos, por vezes, decorreu-se em razão da insuficiência dessas definições.

Tais lacunas poderiam ter sido supridas se a metodologia “hipotético monopolista” tivesse sido utilizada. Em situações complexas, em que o âmbito de aplicação do mercado em que as empresas se encontram em concorrência não é claro, pode ser utilizada a metodologia de análise “hipotético monopolista” para definir o mercado relevante.

A Comissão endossou nas Diretrizes o uso do teste monopolista hipotético (ou teste SSNIP) nos casos em que a definição de mercado relevante é mais complexa e difícil de determinar.

Segundo o artigo 10 das Diretrizes³³⁹, “Hypothetical monopolist test is an analysis methodology to define relevant market, which is currently widely adopted in formulating antitrust guidelines by many countries. This methodology is used as an economic analytical tool to analyze the relevant data and define the relevant market so as to overcome the uncertainty that may arise in definition of the relevant market”.

O teste analisa um mercado de produto relevante e a probabilidade de uma empresa hipotética poder impor um modesto, mas substancial (5 a 10 por cento)

³³⁸ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 92.

³³⁹ Tradução não oficial: “O teste monopolista hipotético é uma metodologia de análise para definir o mercado relevante, que é atualmente amplamente adotado na formulação de diretrizes antitruste por muitos países. Esta metodologia é utilizada como uma ferramenta analítica económica para analisar os dados relevantes e definir o mercado relevante de modo a superar a incerteza que pode surgir na definição do mercado relevante”.

aumento de preço, durante um período de tempo (tipicamente um ano) e permanecer rentável mesmo que alguns consumidores parem de comprar o produto³⁴⁰.

Em outras palavras, o teste SSNIP define um mercado de produto relevante identificando cada produto produzido ou vendido pela empresa dominante (ou as empresas que se fundem em caso de definição de mercado no contexto do controle das concentrações) e avaliando se um hipotético monopolista desse produto, mantendo constantes os termos de venda de todos os outros produtos, “provavelmente iria impor... um pequeno, mas significativo e não-transitório aumento de preços³⁴¹”.

Dessa forma, de acordo com o teste SSNIP, “[um] dado produto em uma dada região é caracterizado como mercado relevante se uma empresa hipotética controla toda a produção (“hipotético monopolista”) e pode maximizar os lucros a preços significativamente acima do nível competitivo”³⁴².

O teste SSNIP, portanto, é um método científico que determina hipoteticamente o monopólio de uma empresa e define se um produto está em uma situação de mercado relevante. Contudo, o teste não foi utilizado no caso TRISC v. Baidu e, assim, não foi possível determinar a quota de mercado relevante, nem o alegado abuso de posição dominante.

Relatou-se uma quantidade substancial de casos de abuso de posição dominante entre empresas privadas, contudo não foi possível até então verificar casos exitosos contra estatais, tendo alguns julgados findado por ausência de provas de mercado relevante. Diante dessa dificuldade foram promulgadas as “Interpretações Judiciais” pelo Supremo Tribunal Popular sobre abuso de posição dominante e que alteraram substancialmente o ônus de prova.

Segundo Wang e Emch³⁴³, muitos observadores constataram que uma razão importante pela qual a maioria dos demandantes perderam seus processos

³⁴⁰ COATE, Malcolm B.; FISCHER, Jeffrey H.. A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. **Potomac Papers In Law And Economics**, [s.l.], out. 2007. p.6-7.

³⁴¹ HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 92.

³⁴² HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 92.

³⁴³ WANG, Xiaoye; EMCH, Adrian. Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law: achievements and challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 1, n. 2, 16 ago. 2013. p.264.

concorrenciais privados decorria do custoso ônus da prova colocado sobre eles. Outros observadores argumentam que há outros fatores importantes para a baixa taxa de sucesso dos demandantes, em particular a preparação deficiente dos casos.

O rol contido no artigo 17 da LAM pode ter sido inspirado no antigo artigo 82 do TCE (atual artigo 102 do TFUE), apesar disso, a LAM não fornece orientações suplementares sobre o ônus da prova. Isto é, para a configuração do abuso, a autoridade ou o requerente teriam de provar que o comportamento é, em princípio, abusivo, enquanto o arguido poderia refutar demonstrando que tinha razões legítimas para se comportar de maneira particular³⁴⁴.

O Supremo Tribunal Popular, então, elaborou a “Interpretação Judicial n.º 5” para julgar corretamente os casos de litígio civil decorrentes de conduta monopolística, visando à proteção e promoção à concorrência justa no mercado e manutenção dos interesses dos consumidores e do interesse público³⁴⁵.

Essa Interpretação Judicial³⁴⁶, emitida em maio de 2012, foi denominada de “Disposições relativas a várias questões relativas à aplicação da lei no processo de litígios civis decorrentes da conduta monopolística”, e contém 16 artigos sobre a competência, o ônus da prova, as regras de prova, o testemunho de peritos, o processo judicial, a forma da responsabilidade civil e as regras sobre limitações.

Sobre o ônus de prova, o Supremo Tribunal Popular exarou o entendimento no sentido de reduzi-lo, posto que, até então, a sua aplicação era demasiada sobre os requerentes. Nos termos do artigo 9º da Interpretação Judicial:

Where the alleged monopolistic conduct is found the abuse of the dominant position in the market by the public enterprise or other operators with monopolistic position, the people’s court may preliminarily determine the dominant market positions of the alleged conductor with the reference to the

³⁴⁴ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 11.

³⁴⁵ Essas disposições foram formuladas de acordo com as disposições pertinentes da Lei Antimonopólio da República Popular da China, a Lei de Conflitos da República Popular da China, a Lei de Contrato da República Popular da China, a Lei de Processo Civil da República Popular da China e outras leis.

³⁴⁶ CHINA. Interpretação Judicial nº Interpretação nº 5 do Supremo Tribunal Popular, de 03 de maio de 2012. **Provisions of the supreme people’s court on several issues concerning the application of law in the trial of civil dispute cases arising from monopolistic conduct**. China, Disponível em: <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=9300&lib=law&SearchKeyword=Application of Law in the Trial of Civil Dispute Cases&SearchCKeyword;=&EncodingName=gb2312>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

market structure and competition conditions unless the conductor has sufficient evidence to prove otherwise³⁴⁷.

Logo, o ônus da prova pode se inverter, incumbindo ao requerido demonstrar que a sua conduta não é abusiva. Ou seja, o requerente deve suportar o ônus da prova relativamente à posição dominante do demandado no mercado relevante e as alegadas condutas abusivas, ao passo que o requerido deve suportar o ônus da prova das justificações do seu comportamento.

Ainda, o artigo 10³⁴⁸ define que “o requerente pode apresentar as informações divulgadas pelo requerido como prova das suas posições dominantes no mercado. E o tribunal popular pode determinar as posições dominantes do condutor no mercado quando as informações puderem demonstrar a posição dominante do demandado no mercado relevante, a menos que o condutor tenha provas suficientes para atestar o contrário”. Isto é, se os réus forem empresas de utilidade pública ou outras empresas legalmente autorizadas a possuir uma posição de monopólio, o tribunal pode ter uma conclusão preliminar de posição dominante no mercado com base na estrutura do mercado e nas condições da concorrência.

Findadas as questões alusivas às modificações trazidas pelas Interpretações Judiciais, passaremos então a versar sobre *cases* nos quais foi judicialmente reconhecido o abuso de posição dominante: *Baocheng v. Huarun*, *Huawei v. Inter Digital* e *Zhijian Zou v. Yunde Automobile*.

No caso *Baocheng v. Huarun*³⁴⁹, havia a alegação de abuso na recusa de negociação. A Huarun detinha 100% do mercado de reabastecimento de gás em Wuxi City. Nesse caso, a apreciação do Tribunal sobre a posição dominante no mercado

³⁴⁷ Texto livremente traduzido para: “Quando uma alegada conduta monopolista for constatada seu abuso de posição dominante no mercado por uma empresa pública ou por outros operadores com posição de monopólio, o tribunal popular pode determinar preliminarmente as posições dominantes no mercado do alegado condutor com referência à estrutura do mercado e às condições de concorrência a menos que o condutor tenha provas suficientes para provar o contrário”.

³⁴⁸ The plaintiff may submit the information released by the defendant as the proof to its dominant positions in the market. And the people’s court may determine the dominant market positions of the conductor when the information could demonstrate the defendant’s dominant position in the relevant market, unless the conductor has sufficient evidence to prove otherwise.

³⁴⁹ Huarun Co. é a única empresa que fornece serviços de abastecimento de gás no centro de Wuxi. Sem provas contrárias, pôde-se concluir que a Huarun Co. tem domínio de mercado no mercado de abastecimento de gás de Wuxi, uma cidade chinesa. MEZZANOTTE, Felix; HOU, Liyang. The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil Litigation in China. **Journal of Antitrust Enforcement**. Oxford, jan. 2015. p. 17.

se baseou fortemente na aplicação do art. 19 da Lei Antimonopólio, que trata de presunções de abuso de posição dominante.

O artigo 19 estabelece uma presunção de posição dominante se forem ultrapassados determinados limiares de mercado. Considera-se dominante se uma única empresa detiver quota superior a 50% do mercado relevante. Existem ainda presunções de que duas ou três empresas se encontrem numa posição dominante no mercado se a sua quota de mercado agregada exceder dois terços ou três quartos, respectivamente. No entanto, uma empresa individual é excluída desta presunção se a sua quota de mercado for inferior a 10%³⁵⁰.

Estas presunções são inspiradas na Lei alemã contra restrições de concorrência ("Act against Restraints of Competition" - GWB³⁵¹), que estabelece limiares de quota de mercado similares para presumir uma posição dominante coletiva³⁵².

Segundo a GWB, as empresas que atingem um limiar de quota de mercado podem, no entanto, provar que a presunção de posição dominante coletiva não se aplica ao demonstrarem a existência de uma concorrência substancial entre elas ou que a totalidade das empresas que preenchem o limiar não tem uma posição dominante no mercado *vis-à-vis* outros participantes do mercado³⁵³.

³⁵⁰ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p.10.

³⁵¹ O artigo 18 da GWB trata dos critérios para configuração do mercado dominante:

(1) An undertaking is dominant where, as a supplier or purchaser of a certain type of goods or commercial services on the relevant product and geographic market, it 1. has no competitors, 2. is not exposed to any substantial competition, or 3. has a paramount market position in relation to its competitors. (2) The relevant geographic market within the meaning of this Act may be broader than the scope of application of this Act. (3) In assessing the market position of an undertaking in relation to its competitors, account shall be taken in particular of the following: 1. its market share, 2. its financial strength, 3. its access to supply or sales markets, 4. its links with other undertakings, 5. legal or factual barriers to market entry by other undertakings, 6. actual or potential competition from undertakings domiciled within or outside the scope of application of this Act, 7. its ability to shift its supply or demand to other goods or commercial services, and 8. the ability of the opposite market side to resort to other undertakings. (4) An undertaking is presumed to be dominant if it has a market share of at least 40 per cent.

³⁵² EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p.10-11.

³⁵³ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p.11.

A LAM também permite que empresas em posição dominante possam refutar essa presunção, com base no artigo 19, parágrafo segundo³⁵⁴. Evidentemente, os fatores enumerados no artigo 18³⁵⁵ servem para este fim de refutar uma presunção baseada exclusivamente em quotas de mercado. No entanto, a LAM não fornece qualquer orientação sobre se e como pode ser impugnada uma posição de mercado dominante coletiva³⁵⁶.

Na União Europeia, conforme lecionam Emch e Hao³⁵⁷,

“para a determinação da existência de uma posição dominante coletiva, é necessário que uma autoridade de concorrência ou um requerente provem que as empresas seguem uma política comum (que não necessita de qualificar-se como um acordo ou prática concertada enquanto tal). Três condições básicas devem ser cumpridas ao abrigo da legislação da UE. Em primeiro lugar, deve existir uma transparência suficiente do mercado que permita a cada empresa que faz parte da posição dominante coletiva controlar se as outras empresas adotam a política comum. Em segundo lugar, deve ser possível estabelecer um mecanismo de retaliação para conduta que se desvie da política comum. Em terceiro lugar, os outros concorrentes e os consumidores não podem pôr em causa o resultado da política comum”.

Contudo, não restou configurado o abuso no mercado relevante de reabastecimento de gás, em que pese deter a quota de 100%³⁵⁸. Dessa forma, a LAM de fato foi aplicada ao caso, sem que, contudo, restasse configurado o abuso de posição dominante.

³⁵⁴ Where a business operator who has been presumed to have a dominant market position can otherwise prove that they do not have a dominant market, it shall not be determined as having a dominant market position.

³⁵⁵ Article 18 - The dominant market status shall be determined according to the following factors: (1) the market share of a business operator in relevant market, and the competition situation of the relevant market; (2) the capacity of a business operator to control the sales markets or the raw material procurement market; (3) the financial and technical conditions of the business operator; (4) the degree of dependence of other business operators upon of the business operator in transactions; (5) the degree of difficulty for other business operators to enter the relevant market; and (6) other factors related to determine a dominant market position of the said business operator.

³⁵⁶ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 11.

³⁵⁷ EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **ESapience Center For Competition Policy**, [s.l.], nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 11.

³⁵⁸ MEZZANOTTE, Felix; HOU, Liyang. The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil Litigation in China. **Journal of Antitrust Enforcement**. Oxford, jan. 2015. p. 38.

Já o entrave havido entre a Huawei (empresa chinesa) v. Inter Digital (empresa estadunidense)³⁵⁹, ensejou litígio havido tanto perante a jurisdição norte-americana quanto chinesa³⁶⁰.

Não pretendemos analisar os processos que tramitaram no Estados Unidos da América, posto que não são objeto desta pesquisa. Contudo, é de suma relevância que aprofundemos os estudos em relação ao processo havido em território chinês.

A Huawei processou a InterDigital por transgredir suas obrigações FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*) e por violar a LAM da China por atos de discriminação no licenciamento de patente; exigiu royalties excessivos no licenciamento de patentes e até estabeleceu termos discriminatórios mais rigorosos da Huawei do que de outros licenciados similares³⁶¹.

A Huawei alegava, segundo consta na doutrina³⁶² que "mercados relevantes", neste caso, referiam-se a mercados de licenciamento de patentes essenciais da InterDigital, enquanto "âmbito territorial relevante" referia-se ao mercado chinês e ao mercado estadunidense de licenciamento de patentes.

Conforme relatam Slaughter e May³⁶³,

"duas ações foram interpostas pela Huawei Corporation no Tribunal Popular Intermediário de Shenzhen e julgadas em fevereiro de 2013 contra a InterDigital Inc. Considerou o tribunal que a InterDigital (i) abusou da sua posição dominante e (ii) não negociou suas licenças numa base FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*)³⁶⁴).

Quanto à primeira decisão, o tribunal concluiu que a InterDigital violou a Lei Antimonopólio, praticando preços excessivos, vinculando o licenciamento de patentes essenciais ao licenciamento de patentes não essenciais e se recusando a negociar. A InterDigital foi compelida a cessar o seu comportamento impróprio e a pagar à Huawei RMB 20 milhões em danos. No segundo caso, as ofertas da InterDigital de licenciar patentes essenciais da Huawei foram consideradas como não cumprindo os padrões FRAND.

³⁵⁹ WANG, Xiaoye; EMCH, Adrian. Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law: achievements and challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 1, n. 2, 16 ago. 2013. p.264.

³⁶⁰ Esse entrave gerou três processos: na Comissão de Comércio Internacional dos EUA (ITC), na Corte Federal dos EUA e na China

³⁶¹ SOKOL, D. Daniel; ZHENG, Wentong. FRAND in China. **Texas Intellectual Property Law Journal**, Gainesville, v. 22, fev. 2014. p.85.

³⁶² SOKOL, D. Daniel; ZHENG, Wentong. FRAND in China. **Texas Intellectual Property Law Journal**, Gainesville, v. 22, fev. 2014. p.85; SLAUGHTER, William Capel; MAY, William. Competition Law in China. Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/879862/competition-law-in-china.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017. p. 16.

³⁶³ SLAUGHTER, William Capel; MAY, William. Competition Law in China. Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/879862/competition-law-in-china.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017. p. 16.

³⁶⁴ justa, razoável e não discriminatória.

O Tribunal decidiu ainda que as royalties devidas pelas patentes chinesas essenciais 2G, 3G e 4G da InterDigital não deveriam exceder 0,019% do preço de venda de cada produto Huawei, embora não explicasse como chegou a esse valor”.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, mesmo ante nosso melhor esforço, não encontramos publicação oficial desse julgamento. O que se tem ciência é oriundo dos relatos de Mezzanotte e Hou³⁶⁵ que,

“Mesmo quando a InterDigital ocupava uma posição de monopólio devido à detenção de uma patente essencial padrão, o tribunal considerou que a sua análise devia ultrapassar a quota de mercado e examinar se o poder de mercado da InterDigital seria limitado pelo poder de compra compensatório. Esta avaliação foi efetuada unicamente com base na iniciativa do tribunal e a posição dominante no mercado da InterDigital não foi estabelecida antes de o tribunal estar suficientemente convicto de que outras empresas do lado do comprador não puderam restringir o poder de mercado da InterDigital. (...) A análise não diferiu muito daquela pretendida no âmbito do artigo 18 do enquadramento da LAM, segundo o qual a avaliação da posição dominante no mercado exige que o juiz avalie uma pluralidade de fatores, incluindo as quotas de mercado”.

Ao que tudo indica, esse é o primeiro caso em que restou configurado o abuso de posição dominante em um litígio havido entre uma empresa estrangeira e uma empresa nacional chinesa, ainda que não seja uma estatal. Esse julgado é um caso paradigmático não somente a este trabalho, mas também serve de referência aos demais casos de abuso de posição dominante na China. Ocorre que, como referiu-se acima, não foi possível obter o teor tanto do julgamento em primeiro grau, quanto em sua revisão em segundo grau.

A falta de transparência em termos de não-publicação das decisões da InterDigital causa preocupações, segundo Sokol e Zheng³⁶⁶, sobretudo às empresas estrangeiras. Uma porque ela afeta a legitimidade do sistema antitruste chinês, tanto no mercado interno quanto internacional. Outra porque na ausência de uma decisão publicamente disponível, não há como interpretar as bases para as conclusões do tribunal e, assim, é complexa a missão de verificar como o tribunal adota e interpreta

³⁶⁵ MEZZANOTTE, Felix; HOU, Liyang. The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil Litigation in China. **Journal of Antitrust Enforcement**. Oxford, jan. 2015. p. 38.

³⁶⁶ SOKOL, D. Daniel; ZHENG, Wentong. FRAND in China. **Texas Intellectual Property Law Journal**, Gainesville, v. 22, fev. 2014. p.86.

a Lei Antimonopólio. Ademais, a aplicabilidade da Lei Antimonopólio permanece obscura³⁶⁷.

O último caso versa sobre o litígio entre Zhijian Zou v Guangxi Yunde Automobile, sobre o mercado relevante de rotas de ônibus para e da cidade de Chongzuo. O alegado abuso de posição dominante dizia respeito à negociação exclusiva. O demandante, um operador privado de ônibus, alegou que a conduta do réu produziu efeitos de sua exclusão devido a detenção de 100% do mercado relevante. Nesse caso, o mercado relevante foi considerado pelo Supremo Tribunal Popular, com base no artigo 19 da Lei Antimonopólio, restando configurado o abuso posição de monopólio³⁶⁸.

Para o propósito desta pesquisa, esses casos serviram para que fosse possível confirmar que, de fato, empresas chinesas foram consideradas em posição de abuso monopolista, mesmo quando o litígio ocorria contra uma empresa estrangeira, como no caso TRISC v. Baidu. Esse, sem dúvida, é o caso de maior relevância para esta investigação, ainda que não tenha sido possível identificar a imposição de penalidades em detrimento de empresas estatais chinesas.

A implementação da LAM foi um grande passo para a implementação de uma ordem concorrencial, porém pode não estar alcançando ainda os objetivos aos quais se destina. Foram necessários diversos julgamentos, tanto em âmbito administrativo, quando em judicial, até que houvesse a primeira ação julgada procedente. Isso mostra que o tema ainda é um ponto delicado na China, a partir desses casos paradigmáticos, aspira-se que demais venham para que possamos aferir sobre a aplicação da LAM às empresas estatais chinesas em casos de abuso de posição dominante.

³⁶⁷ SOKOL, D. Daniel. Merger Control under China's Anti-Monopoly Law. **Nyu Journal of Law And Business**, New York, v. 10, n. 1, 27 jan. 2013. p. 21.

³⁶⁸ MEZZANOTTE, Felix; HOU, Liyang. The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil Litigation in China. **Journal of Antitrust Enforcement**. Oxford, jan. 2015. p. 37-38.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação se dividiu em três partes essenciais: na primeira, tratou-se das transformações econômicas, mercantis, sociais e jurídicas chinesas, mormente, no período do século XX até os dias atuais; na segunda, tratou-se da análise legislativa concorrencial; e na terceira, da verificação do abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas.

Dedicamos especial atenção também aos fatores que ensejaram no seu desenvolvimento econômico. A história chinesa pôde ser dividida em três marcos: o período da queda da Dinastia Qing (1912) e a instauração da República; o abandono do sistema comunista para a recepção do sistema socialista, em 1949; a abertura de mercado e consequentes reformas, em 1978, e o ingresso na Organização Mundial do Comércio.

A China demonstrou-se, por um período, fechada às práticas mercantilistas. Tais atividades eram totalmente repudiadas e somente atividades agrícolas serviram de base para a economia no início do século XX. Esse panorama não se sustentou, e modificações, sobretudo em razão da desigualdade social, da escassez e da fome populacional, demandavam, cada vez mais, de alguma melhoria nas condições de vida.

Com abertura do país ao comércio exterior, foram tomadas medidas para atrair investidores, alterando-se, em diversos aspectos, toda a economia chinesa. Um relevante fator foi a reorganização das Empresas Estatais, que após a percepção da ineficiência e do prejuízo que estavam causando, os governantes (e administradores das estatais) tomaram medidas no sentido de filtrar e manter somente aquelas consideradas essenciais para o desenvolvimento da economia socialista chinesa.

Em outras palavras, o Estado percebeu que muitas das empresas estatais estavam causando prejuízo e que reformas eram imprescindíveis. Por derradeiro, determinou que setores-chave considerados importantes para a segurança econômica chinesa, tais como a geração e distribuição de energia, óleo e petroquímica, telecomunicação, carvão, aviação, exportação, etc., fossem de controle exclusivo estatal.

Averiguou-se que as empresas estatais são uma herança do regime comunista. Naquele período, os líderes políticos iniciaram processo de nacionalização das empresas que lá estavam instaladas, fato este que alcançou o patamar de 89,17% da produção industrial, em 1958. Posteriormente, quando o Estado percebeu que as empresas estavam gerando enormes custos, passou a privatizá-las e reorganizar as que entendia ser necessária a manutenção. O número de empresas estatais desabou, mas os lucros agregados das restantes aumentaram em cerca de 22 vezes. Como resultado, nos últimos 15 anos, a lista de empresas chinesas que compõem o seleto grupo das mais ricas do mundo vem aumentando gradativamente, influenciando toda a economia chinesa.

Desde a abertura das portas para o comércio exterior, adotado por Deng Xiaoping, a China vem constantemente ascendendo no mercado global, atingindo, hoje, o patamar de segunda maior economia do mundo. Outrossim, constatou-se que ela não mais adota o sistema comunista, no qual o Estado detinha todas as quotas acionárias das empresas. Atualmente, inspirada no Japão, em Cingapura e na Coreia do Sul, a China adotou o que a doutrina chama de “Capitalismo de Estado”, que fornece uma alternativa ao capitalismo de mercado puro, combinando as vantagens da iniciativa privada, como a concorrência entre as empresas e a intervenção do governo.

Tendo-se verificado o panorama econômico chinês, adentrou-se na segunda parte, na qual se buscou conhecer a evolução da legislação concorrencial até os dias atuais, assim como os órgãos responsáveis pela fiscalização das empresas estatais. Neste ponto, verificou-se que as normas concorrenciais chinesas são recentes, tendo sido a primeira norma de defesa da concorrência promulgada em 1980, e que, com o passar dos anos, foram se dissipando em cerca de quarenta leis, de vários níveis, como leis ordinárias, regulamentos, normas administrativas e documentos regulatórios, causando a ineficiência do direito concorrencial.

Foram necessários longos anos de trabalhos e pesquisas conjuntas com organismos concorrenciais de outros países para que a Lei Antimonopólio da República Popular da China surgisse, desde as iniciativas iniciais até a adoção da Lei pelo Congresso Nacional do Povo, em 30 de agosto de 2007, e sua implementação em 1º de agosto de 2008.

O seu texto legislativo, que é o resultado de numerosos compromissos e destina-se a encarnar a própria essência de uma economia de mercado numa "economia de mercado socialista" que ainda permanece em grande parte sujeita ao controle do Estado. Com o advento da Organização Mundial do Comércio, a China se viu compelida pelos demais membros a reformular seu ordenamento jurídico. Conseqüentemente, a Lei Antimonopólio foi, após cerca de quinze anos de trabalho, promulgada em 2008 para cumprir a exigência imposta pela OMC.

Buscou-se, portanto, no segundo capítulo, examinar os principais aspectos da legislação antitruste chinesa, no que tange à sua origem, aos critérios para a configuração do abuso de posição dominante e ao tratamento dado às empresas estatais. Neste momento, foi possível averiguar que a norma se baseou, mormente, no ordenamento concorrencial dos Estados Unidos da América, no da União Europeia e no da Alemanha.

Quanto aos critérios para que se configure o abuso de posição dominante, adotou o legislador os seguintes: (a) a quota de mercado relevante de um operador de uma empresa ser metade ou superior do mercado relevante; (b) ou ainda quando a quota de mercado relevante conjunta de dois operadores de empresas responda por 2/3 ou superior; (c) ou, por fim, quando a quota de mercado relevante conjunta dos três operadores de empresas responda por 3/4 ou superior.

Contudo, as penalidades previstas na Lei Antimonopólio mostraram que não se aplicam às empresas estatais, devido a dúbia interpretação do artigo 7º da referida lei, que diz que é o Estado quem legalmente regula e controla suas operações comerciais e os preços de seus produtos e serviços; assim como a possível legitimidade trazida no artigo 15 e seus incisos 5 e 6, que indicam a possibilidade no próprio texto da LAM de permissibilidade de monopólio ou a formação de cartéis, quando um acordo entre operadores empresariais restará isento da aplicação dos artigos 13 e 14 se for possível encontrar a grave diminuição do volume de vendas ou a produção excessiva durante as recessões econômicas; ou com a finalidade de salvaguardar os interesses justificáveis no comércio exterior ou na cooperação econômica externa.

No terceiro capítulo, examinou-se acerca das empresas estatais *per se*, para que se pudesse determinar a extensão das suas atividades (leia-se *market share*) na

China. Foi nesse momento que alcançamos o cerne da investigação, qual seja a possibilidade de configuração segundo a Lei Antimonopólio do abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas.

Partiu-se da constatação de que as empresas estatais estão investindo em recursos além de suas fronteiras, como alguns casos recentes nos Estados Unidos da América, na Austrália, no Canadá e na União Europeia para traçar um rumo no sentido de analisar se a legislação concorrencial chinesa, citada como um “tigre sem dentes”³⁶⁹, serve para impor penalidades, perante a jurisdição chinesa, no caso de um eventual litígio por abuso de posição dominante das estatais.

Este trabalho procurou descrever e analisar as atuais disposições para a regulação da concorrência na China. É consabido que suas características econômicas tornam a aplicação do direito concorrencial um desafio talvez mais difícil de ser alcançado do que em outras economias não tão protecionistas.

Entretanto, todos os países que incorporam em seu ordenamento jurídico normas concorrenciais enfrentam desafios econômicos provocados pela liberalização do comércio internacional. Para sobreviver e prosperar, as economias devem se esforçar para ser o mais competitivo possível ou então podem perder a competição. Existem evidências de que a China não vem adotando políticas competitivas tanto internamente quanto internacionalmente.

A China percorreu um longo caminho desde que a redação do LAM começou em 1994. Em comparação com as leis e regulamentos antitruste anteriores da China, o *draft* final da LAM fez progressos significativos em termos de abrangência, clareza e consistência com os princípios econômicos. Apesar do progresso, no entanto, os responsáveis pela política antitruste da China não vêm aplicando efetivamente a LAM quando se trata de empresas estatais.

Este estudo demonstrou que uma lei antitruste formal na China não encontra os mesmos moldes das leis antitruste ocidentais e não são inteiramente compatíveis com esses modelos. Essas condições chinesas, principalmente a fase de transição na qual o país está passando, as estruturas de mercado da China e o controle abrangente do Estado na economia, limitaram o alcance e a aplicabilidade da LAM. O

³⁶⁹ HUO, Zhengxin. A Tiger Without Teeth : The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, n. 1, 2008. p. 33.

futuro da Lei Antimonopólio e dos modelos antimonopolistas ocidentais na China dependem de como as condições locais dela evoluirão nos próximos anos. Em outras palavras, com a adoção da LAM, a implantação do direito antitruste na China não terminou, mas acabou de começar.

A LAM, a formação da autoridade de controle antimonopólio e da comissão antimonopolista constituem a tão esperada entrada da China no mundo das leis de concorrência e das autoridades de concorrência. Eles também constituem outro grande passo para longe do planejamento central e da propriedade estatal da economia em direção a uma economia competitiva baseada no mercado. As agências e a LAM, por si só, porém, não se mostraram capazes de resolver suficientemente os problemas dos monopólios das estatais.

Medidas para o desenvolvimento das autoridades antimonopólio precisam ser tomadas, caso contrário as empresas estatais chinesas com posições de controle em indústrias com ligações importantes à economia nacional e à segurança do Estado permanecerão sob posição monopolista. A imposição de maior autonomia, transparência das decisões, bem como aproximação com as instituições antimonopólio seriam formas de implementação ao combate das práticas anticoncorrenciais.

Da mesma forma, o papel do Judiciário no que diz respeito aos recursos de decisões administrativas e litígios civis no âmbito da Lei Antimonopólio também desempenham papel relevante para a salvaguarda da liberdade de concorrência na China.

Reformas visando a liberalização da entrada de mercado, reformas constitucionais e estrutura do governo, e melhorias ao sistema legal, serão indispensáveis à meta da China de promover a competição em sua economia. Portanto, para que seja possível fazer cumprir a LAM em sua plenitude, a China precisa buscar ativamente essas reformas mais amplas da política de concorrência. Assim, os reguladores antitruste da China poderão se concentrar em oferecer os mesmos critérios de tratamento que atualmente adotam ao impor a LAM em relação a empresas estrangeiras para com empresas estatais chinesas que detém posição dominante em setores monopolizados.

Os abusos de posição de mercado dominante por empresas isoladas são um tipo significativo de prática anticoncorrencial que afeta tanto os países industrializados como os países em desenvolvimento. Os casos apresentados sobre abuso de posição dominante mostraram que, em sua maioria, restaram infrutíferas as comprovações de abuso de monopólio e, os que obtiveram êxito, versavam sobre empresas privadas, ou seja, ainda não se conhece de empresa públicas chinesas que tenham sido condenadas pela prática de abuso de posição dominante.

Vimos que as empresas chinesas lançaram uma onda recorde de aquisições estrangeiras, à medida que buscam avanços nos mercados externos, em meio à desaceleração da economia chinesa e à queda da moeda. É provável que o governo continue a fornecer apoio financeiro às empresas estatais para comprar ativos estrangeiros em áreas consideradas pilares para o desenvolvimento chinês.

A abordagem chinesa ao que foi chamado de "domínio coletivo", que presume a posição dominante com base em sua participação de mercado é preocupante. Com base em nossa análise detalhada das disposições mais importantes da LAM, assim como na casuística que pesquisamos, vamos ampliar estas conclusões e adicionar as nossas próprias preocupações. Esses incluem:

a) As disposições da LAM relacionadas com a posição dominante no mercado (artigos 6, 7, 15 e 17) são vagas e exigirão um aperfeiçoamento significativo e a adoção de orientações clarificadoras, através da elaboração de regras de execução ou outras medidas de autonomia aos órgãos fiscalizadores.

b) A Autoridade de Controle de LAM foi colocada dentro da competência do Conselho de Estado chinês - essencialmente um órgão político. Da mesma forma, constatou-se a necessidade de um Judiciário livre da influência política.

c) A falta de experiência no sistema jurídico na administração de leis antitruste nos tribunais em toda a China indica que os tribunais chineses podem ser incapazes de interpretar adequadamente a LAM.

A Lei Antimonopólio contempla os mais relevantes aspectos comportamentais de mercado (cartéis, abusos de posição dominante, abusos anticoncorreciais das autoridades administrativas, monopólios, etc), bem como de alterações estruturais (controle das concentrações). Isso mostra que as disposições legais atualmente abrangem a proteção em matéria concorrencial de cada uma destas áreas. No

entanto, em que pese tenha havido uma reorganização em termos de dispersão legislativa, como havia anteriormente à promulgação da Lei Antimonopólio, a implementação do controle antitruste em questão de abuso de posição dominante parece-nos que não vem sendo alcançado na prática.

Constatamos que diversos, portanto, desafios na execução da norma foram enfrentados, desde mecanismos insuficientes contra o monopólio administrativo, insuficiente independência para a aplicação da legislação antitruste até a carência no quadro normativo. Insta-nos ainda responder à indagação mais relevante desta investigação: comprova-se o abuso de posição das empresas estatais chinesas?

A partir da análise legislativa, pudemos estabelecer quais os requisitos para a configuração do abuso de posição dominante. Constatamos que as empresas estatais são os pilares condutores da economia chinesa nos setores considerados essenciais. Averiguamos também que o sistema de Capitalismo de Estado, adotado na China, assegura tratamento favorecido às estatais e tal fato restou comprovado na análise casuística em que diversos julgamentos foram iniciados, envolvendo abuso de posição dominante, principalmente de empresas privadas estrangeiras. Contudo o tratamento não é o mesmo quando se trata de empresas estatais chinesas, cuja repreensão sequer vem disposta na legislação concorrencial.

A Lei Antimonopólio é, por todos os meios, um evento importante no desenvolvimento contínuo do direito da concorrência da China. Ela é oriunda de um compromisso complexo entre diferentes nações, na qual o China se comprometeu em implementar um direito concorrencial efetivo. A adesão da China à Organização Mundial do Comércio (OMC), em 11 de novembro de 2002 levantou a preocupação chinesa de que as perdas de emprego resultariam do "inevitável desaparecimento de indústrias estatais improdutivas", mas a adesão também fomentou a crença, dentro e fora China, que tais perturbações seriam melhoradas pelos benefícios da liberalização do mercado e da livre concorrência.

Desde que a LAM entrou em vigor, as agências de execução encarregadas de fazer cumprir as disposições de abuso de posição na China, ou seja, a Administração Estatal de Indústria e Comércio ("SAIC") e o Comissão de Reforma de Desenvolvimento Nacional (NDRC), não tomaram medidas suficientes de combate às estatais que abusam de sua posição dominante.

De outra banda, quando se trata de uma empresa estrangeira ingressando no mercado considerado essencial ao desenvolvimento da economia chinesa, o tratamento das agências de regulamentação mostrou-se mais efetivo. Nesse sentido, o governo publica periodicamente um catálogo de orientação sobre os setores e indústrias em que a entrada é proibida ou restrita, denominado “Guidance Catalog On Foreign Investment”, voltado às empresas estrangeiras.

É imperioso que haja, por fim, plena autonomia às agências fiscalizadoras, tratamento igualitário nos julgamentos administrativos e judiciais no que tange às empresas, sejam elas privadas ou públicas, nacionais (leia-se *chinesas*) ou estrangeiras. Deve-se ter em mente que a liberdade de concorrência tem por finalidade última a tutela do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTIMONOPÓLIO, Comissão. **Diretrizes sobre a Definição dos Mercados Relevantes**. 2009. Disponível em: <http://www.gov.cn/zwhd/2009-07/07/content_1355288.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Organização Política e Judiciária na República Popular da China. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 115-136.

BANG, Hyeon-Cheol The Reform of Chinese State Commercial Banks: Responding to China's WTO Accession. Disponível em: <<http://zhy.cai.swufe.edu.cn/classic/99871509hcbang.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

BARRAL, Welber; CORREA, Carlos. Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio. Florianópolis: **Fundação Boiteux**, 2007.

BASEDOW, Jürgen. The modernization of european competition law: a story of unfinished concepts. Austin: **Texas International Law Journal**, v. 42, n. 3, 2007. p. 429-439.

BEHR, Volker. Development of a New Legal System in the People's Republic of China. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, v. 67, n. 4, p.1161-1180, jun. 2007.

BELIKOVA, Ksenia. General Approaches to Dominant Market Position, Prohibition of Abuse of Market Power, and Market Structure Control Within the Brics Countries. **Brics Law Journal**, Moscow, v. 3, n. 1, p.7-33, 27 jun. 2016.

BRANDÃO, Clarissa. O direito internacional da concorrência e os investimentos estrangeiros diretos. In: RIBEIRO, Marilda Rosário de Sá (Org.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2014, p. 621-638.

BROOK, Thomas. China's Anti-Monopoly law: History, Application and Enforcement. **Review of Current Law and Law Reform**, Victoria, v. 16, n. 1, p.31-48, jan. 2011.

BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power? **Wisconsin Law Review**, Wisconsin, n. 2, p.269-294, 2008.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os Objetivos do Direito da Concorrência em Face da Ordem Econômica Nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43133>>. Acesso em: 09 Maio 2016

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

CANNON, Terry; JENKINS, Alan. **The geography of contemporary China: The impact of Deng Xiaoping's decade**. New York: Routledge, 1990. 316 p.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 312 p.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1285 p

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

CHEN, Albert. Hung-Yee. Legal thought and legal development in the People's Republic of China 1949-2008. Hong Kong: **Routledge**. University of Hong Kong - Faculty of Law. 2010. 45 p.

CHEN, Bing. Erasing the misunderstanding on China's Anti-Monopoly Law: A comparative study. **Frontiers of Law in China**, [s.l.], v. 6, n. 4, p.609-634, 16 nov. 2011.

CHEN, Chunlai. **China's Integration with The Global Economy: WTO accession, foreign direct investment and international trade**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. 227 p.

CHEN, Hejing; WHALLEY, John. The State-Owned Enterprises Issue in China's Prospective Trade Negotiations. **Centre for International Governance Innovation**. Waterloo, p. 1-13. out. 2014.

CHEN, Jianfu. **Chinese Law: context and transformation**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. 770 p.

CHEN, Lei. The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective. **The Legal History Review**, [s.l.], n. 78, fev. 2015.

CHINA. Lei Antimonopólio, de 30 de agosto de 2007.

CHINA. Interpretação Judicial nº Interpretação nº 5 do Supremo Tribunal Popular, de 03 de maio de 2012. **Provisions of the supreme people's court on several issues concerning the application of law in the trial of civil dispute cases arising from monopolistic conduct.** China, Disponível em: <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=9300&lib=law&SearchKeyword=Application of Law in the Trial of Civil Dispute Cases&SearchCKeyword;=&EncodingName=gb2312>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

CHOW, Gregory. C. The impact of joining WTO on China's economic, legal and political institutions. **Pacific Economic Review**. Vol. 8, n.2, 2003. p. 105–115.

COATE, Malcolm B.; FISCHER, Jeffrey H.. A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. **Potomac Papers In Law And Economics**, [s.l.], p.1-48, out. 2007.

DAN, Wei. O caminho chinês ao estado de direito. São Paulo: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, vol. 4, p. 50–75, 2008.

_____. A lei antimonopólio da china e o seu regime de concentração. São Paulo, SP: **Revista Direito GV**, Vol. 8, n. 1, p. 237–266, 2012.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins, 2002.

_____. The international unification of private law. **International Encyclopedia of Comparative Law**, v. 2, n. 5. Tübingen: Mohr Siebeck, 1971. 218 p.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MACHADO, Diego Pereira. **Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia**. Salvador, BA: JusPodivm, 2011, 322 p.

DOBSON, Wendy. China's State-Owned Enterprises and Canada's FDI Policy. University of Toronto: **The School of Public Policy**. vol. 7, ed. 10, mar, 2014. p. 1-25.

EMCH, Adrian; HAO, Qian. The New Chinese Anti-Monopoly Law: An Overview. **Esapience Center For Competition Policy**, [S.l.], p.1-21, 16 nov. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030451>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

EMCH, Adrian; HUANG, Andy Xuecheng. Between Business and Government: The Addressees of Obligations Under the Anti-Monopoly Law. **Kluwer Law International**, p.231-258, ago, 2013.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 510 p.

FORTUNE. **500 Global**. 2015. Disponível em: <<http://fortune.com/global500/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

GONZÁLEZ, Carmen G. China En América Latina: derecho, economía y desarrollo sostenible. Facultad de Derecho. Bogotá: **Revista de Derecho Privado**. nº 44, 2010. p. 1–42.

HAILE-MARIAM, Yacob. Privatization of State-Owned Enterprises and The Law: Issues And Problems. **Emory International Law Review**. Atlanta, p. 35-72. mar. 1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emint7&div=3&id;=&page;=>>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

HALLADAY, Casey W. The Origins of Canada's Cartel Laws. Toronto: **Canadian Competition Law Review**, Vol. 25, n. 1, 2012.p. 157-163.

HARRIS JUNIOR, H. Stephen et al. **Anti-Monopoly Law and Practice in China**. New York: Oxford University Press, 2011. 574 p.

HARRIS JUNIOR, H. Stephen Jr. The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Chicago Journal of International Law**: Chicago. v. 7, n. 1, p. 169-229, jun. 2006.

HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, Vol. 6, 2011. p. 32–61.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. 271 p.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. **Direito Internacional Da Concorrência**: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008. 433 p.

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

_____. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. 799 p.

JAPÃO. Report on Compliance by Major Trading Partners with Trade Agreements - WTO, FTA/EPA and BIT. Ministério da Economia, Comércio e Indústria do Japão, 2012. Disponível em: <http://www.meti.go.jp/english/report/data/gCT12_1coe.html>. Acesso em: 17 maio 2016.

JIANGYU, Wang. An overview of China's corporate law regime. Singapura: **National University of Singapore (NUS) - Faculty of Law**. 2008. p. 1–35.

JUNG, Youngjin; HAO, Qian. The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?. **Northwestern Journal Of International Law & Business**, Chicago, v. 24, n. 1, p.107-172, jan. 2003

LEURQUIN, Pablo. China Contemporânea e Democracia. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 93-111.

LI, Minqi. **The Rise of China and the Demise of the Capitalist World Economy**. New York: Monthly Review Press, 2008. 208 p.

_____. **Three Essays on China's state owned enterprises: towards an alternative to privatization**. 2002. 183 f. Tese (Doutorado) - Curso de Política Econômica, University Of Massachusetts Amherst, Ann Arbor, 2002

LO, Vai lo; TIAN, Xiaowen. **Law and Investment in China: The legal and business environments after WTO accession**. Abingdon: Routledge Curzon, 2005. 386 p.

LORENZ, Moritz. The New Chinese Competition Act. **European Competition Law Review**, United Kingdom, v. 29, n. 4, p.257-263, 2008.

LUBMAN, Stanley. Looking For Law In China. Berkeley, School of Law (Boalt Hall) University of California: **Columbia Journal of Asian Law**, v. 20, n. 1, 2006. 92 p.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 512 p.

MASOUDI, Gerald F. Some Comments on the Abuse of Dominance Provisions of China's Draft Antimonopoly Law. In: **UIBE COMPETITION LAW CENTER CONFERENCE ON ABUSE OF DOMINANCE: THEORY AND PRACTICE**, Beijing, 2007. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519301/download>>. Acesso em: 31 maio 2016.

MATTLIN, Mikael. Chinese Strategic State-owned Enterprises and Ownership Control. **Asia Papers**, China, v. 4, n. 6, p.3-28, 2009.

MEZZANOTTE, Felix; HOU, Liyang. The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil Litigation in China. **Journal of Antitrust Enforcement**. Oxford, p. 1-24. jan. 2015.

MILHAUPT, Curtis J. e ZHENG, Wentong. Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm. **Georgetown Law Journal**, v. 103, n. 3, 2015.

MING, Shang. Antitrust in China: a constantly evolving subject. **Competition Law International**, London, v. 1, n. 5, p.4-11, fev. 2009.

MORRISON, Wayne M. China and the World Trade Organization. In: CRS Report for Congress. 17 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.iwar.org.uk/news-archive/crs/8115.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, Livre Concorrência E Desenvolvimento**. São Paulo: Lax Editora, 2006. 266 p.

NAIDIN, Leane Cornet; BRANDÃO, Fernanda; VIANA, Manuela Trindade. **O processo de adesão da China e da Rússia à OMC e as implicações para a agenda dos BRICS**, disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/2743/doc/1132094750.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016

NIE, Stella. **Short History of Reforms Concerning Chinese State-Owned Enterprises**. 2005. Consulate General of Switzerland in Shanghai Commercial Section n. 02. Disponível em: <http://www.sinoptic.ch/shanghaiflash/texts/pdf/200502_Shanghai.Flash.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016

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

(OECD), Organization for Economic Co-operation and Development. **Guidelines for Multinational Enterprises**. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 592 p.

OWEN, Bruce M; SUN, Su; ZHENG, Wentong. Antitrust in China: The problem of incentive compatibility. **Stanford Law and Economics**, nº. 295, ago. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=595801>>. Acesso em 18 abr. 2016.

_____. China's Competition Policy Reforms: The Anti-Monopoly Law and Beyond. **University of Florida Levin College of Law**. Florida, p. 231-265. 01 jan. 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=facultypub>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

PEREIRA FILHO, Venício Branquinho. Direito Constitucional na China. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 137-157.

PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Letícia de Souza. A China e a Organização Mundial do Comércio. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 387-412.

POMERANZ, Kenneth. **The great divergence: China, Europe, and the making of the modern world economy**. Princeton: Princeton University Press, 2001. 392 p.

PRIME, Penelope B. China Joins The WTO: how, why, and what now? The overall, long-term, effects should be positive, but don't expect too much, too soon. **Business Economics**, vol. XXXVII, n. 2, 2002. p.26-32.

REIS, Gabriel Valente dos. **Direito Concorrencial Internacionalizado - Entre a Teoria dos Efeitos e os Efeitos da Teoria.** [s.l.] Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2010. p. 302–329

SANTOS, Karla Margarida Martins. **Cartéis Internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução.** São Paulo: ed. LTr, 2007. 152 p.

SCHOPPA, R. Keith. **Twentieth Century China: A History in Documents.** New York: Oxford University Press, 2004. 222 p.

SHI, Chengia. Recent Ownership Reform and Control of Central State-Owned Enterprises in China: Taking One Step at a Time. Sidney: **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 30, No. 3, 2007. p. 1-11.

SILVEIRA, Paulo Antônio Callendo Velloso da. **Defesa Da Concorrência No Mercosul:** acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo: LTr, 1998.

SIVARAM, Karthik; MISHRA, Apurv. **Leviathan Made in China: Is China's State Capitalism Unique?** 2010. Disponível em: <https://www.academia.edu/8079927/Title_Leviathan-Made_in_China_Is_Chinas_State_Capitalism_Unique>. Acesso em: 20 ago. 2016.

SLAUGHTER, William Capel; MAY, William. Competition Law In China. Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/879862/competition-law-in-china.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

SOKOL, D. Daniel. Merger Control under China's Anti-Monopoly Law. **Nyu Journal of Law And Business**, New York, v. 10, n. 1, p.1-36, 27 jan. 2013

SOKOL, D. Daniel; ZHENG, Wentong. FRAND in China. **Texas Intellectual Property Law Journal**, Gainesville, v. 22, p.71-93, fev. 2014.

SONG, Bing. Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China. **Stan. J Int'l L.** [s.L]. p. 387-422, 1995. p.397.

State Administration for Industry and Commerce. **Investigação sobre abuso de posição dominante no mercado da Tetra Pak.** 2016. Disponível em: <http://www.saic.gov.cn/ywdt/gsyw/zjyw/xxb/201307/t20130714_136373.html>. Acesso em: 11 fev. 2017.

SUN, Jin. The implementation of China's anti-monopoly law: A case on Coca-Cola's abortive acquisition of Huiyuan Juice. **Frontiers Of Law In China**, [s.l.], v. 6, n. 1, p.117-130, 10 fev. 2011.

SUN, Zhenyu. China's Experience Of 10 years In The WTO. Genebra: **International Centre for Trade and Sustainable Development**, 2011. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/2011/12/2011-ebook-on-china-and-wto.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 41, n. 1, p. 57-89, Jun. 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06 Jun. 2016.

TORRES, Rafael Nery; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Noções de direito civil na República Popular da China: rumo a um Código Civil: entre histórico e perspectiva comparada. *Civilística*, v. 5, p. 1-23, 2016.

TRADE POLICY REVIEW: China (WT/TPR/S/342). Genebra: World Trade Organization, 15 jun. 2016. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/tp_r_e/tp442_e.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017.

UPDATE, China Brazil. **Comércio Bilateral Balança Comercial Brasil-China do Primeiro Semestre de 2014**. São Paulo: Conselho Empresarial Brasil-China, n. 10, out. 2014.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. A experiência normativa na China: passado e presente. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 59-76

VIZENTINI, Paulo Gilberto Fagundes. A Novíssima China e o Sistema Internacional. **Revista de Sociologia e Política**. (UFPR. Impresso), v. 19, 2011. p. 131-141.

_____. **O Dragão Chinês e o Elefante Indiano: a ascensão da Ásia e a transformação do mundo**. 1. ed. Porto Alegre: Leitura XXI, v. 1, 2011. 167 p.

VIZENTINI, Paulo; PEREIRA, A. D.; REIS DA SILVA, A.; ADAM, G. P.; VIEIRA, M. B. **BRICS: as potências emergentes**. 1. ed. Petrópolis: Vozes, v. 1, 2013. 228 p.

XAVIER, Vítor César Silva; FEIJÓ, Vladimir Pinto Coelho. Sistema Jurídico Chinês: tradições e inovações. Belo Horizonte: **Phronesis Revista do Curso da FEAD**, nº 5, 2009. p. 121-130.

XU, Guodong. An introduction to the structures of three major civil code projects in nowadays China. In: GODDARD, Jorge Adame. **Derecho civil y romano: culturas y sistemas jurídicos comparados**. Cidade do México: Unam, 2006.

YI, Xiaozhun. A Decade in the WTO, a Decade of Shared Development. Genebra: **international Centre for Trade and Sustainable Development**, 2011. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/2011/12/2011-ebook-on-china-and-wto.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

WANG, Xiaoye. Comments on the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. **Frontiers of Law in China**, [s.l.], v. 4, n. 3, p.343-375, 5 ago. 2009.

WANG, Xiaoye; EMCH, Adrian. Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law: achievements and challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 1, n. 2, p.247-271, 16 ago. 2013.

WANG, Zhining. **A critical analysis of aspects of the public enforcement of competition law in China with reference to the European Union and the United States.** 380 p. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Glasgow, Glasgow, 2013.

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.

WILLIAMS, Mark. **Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 471 p.

WORLD TRADE ORGANIZATION. WTO successfully concludes negotiations on China's entry. *In:* WTO News: 2001 Press Releases. (17/11/2011). Disponível em: <http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr243_e.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. **World Trade Report 2013.** 02 mar. 2013. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report13_e.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. China in the WTO: past, present and the future. dez, 2012. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/s7lu_e.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

ZHAN, Haining. Achievement to Date and Challenges Ahead: China's Antitrust Law and Its Implications. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Syracuse, v. 36, n. 2, p.229-258, mar. 2009. Trimestral.

ZHANG, Angela Huyue, The Single Entity Theory: An Antitrust Time-Bomb for Chinese State-Owned Enterprises? **Journal of Competition Law and Economics.** V. 8, n. 4, 2011. p. 805-830.

ZHANG, Lihong. The Codification of Civil Law in China: history, current situation and perspective. Paraíba: **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 211-246.

_____. The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law. **Tulane Law Review.** New Orleans, v. 83, n. 1, p.999-1039, 2009.

ZHANG, Xin. **International Trade Regulation In China:** Law and policy. Oregon: Hart Publishing, 2006. 345 p.

ZHENG, Wentong. Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control. **University Of Pennsylvania Journal Of International Law**, Gainesville, v. 32, n. 2, p.643-721, jan. 2010.