

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**FACULDADE DE DIREITO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

**O NOVO DIREITO INTERNACIONAL: Direito Internacional Público e  
Privado e Direito da Integração**

**RAFAEL NERY TORRES**

**APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL  
DO DIREITO CONCORRENCIAL: a Teoria dos Efeitos na  
ordem jurídica internacional**

**Porto Alegre**

**2015**

**RAFAEL NERY TORRES**

**APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL  
DO DIREITO CONCORRENCIAL: a Teoria dos Efeitos na  
ordem jurídica internacional**

Monografia apresentada ao Curso de especialização em Direito “O Novo Direito Internacional: Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração” como requisito para a obtenção do título de Especialista pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Orientador: Dr. Augusto Jaeger Junior.

**Porto Alegre**

**2015**

Dedico essa monografia, em primeiro lugar, aos meus pais Cesar e Silvia com muito amor e gratidão. Em segundo, aos avós, que sempre apoiaram o enriquecimento dos estudos. Aos grandes amigos e demais familiares que estiveram juntos nesta conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro, aos meus pais, avós, demais parentes e amigos por participarem ativamente na construção do meu modo de pensar. Sem eles, o presente trabalho não teria o mesmo conteúdo ético.

Ao orientador, Augusto Jaeger Junior, pelo contínuo incentivo na carreira acadêmica em prol de seus alunos, pelo exemplo que serve não somente aos seus orientandos, mas também a todos que na academia buscam encontrar um futuro, e pela efetiva colaboração na construção do trabalho. Não fossem as constantes e qualificadas sugestões, certamente não teria alcançado o resultado esperado. Por toda a paciência, embora sua excelência, lhe agradeço.

Aos amigos, por compartilharem seus conhecimentos nas incontáveis conversas sobre o tema.

Espero ter cumprido na forma esperada.

## **RESUMO**

O Direito Internacional da Concorrência é o 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. A primeira tentativa de solução veio por meio da Teoria dos Efeitos, que, apesar de tentar obter sucesso para restringir as práticas anticoncorrenciais, veio a causar reações adversas na comunidade internacional. Desta forma, frente ao insucesso dessa doutrina, outras medidas se fizeram necessárias. Várias tentativas com vistas à regulamentação internacional da concorrência em prol do comércio e da sociedade internacional foram observadas. São conhecidas tentativas que remontam o pós-Primeira Guerra, com a Liga das Nações; e no pós-segunda guerra, com a Organização das Nações Unidas, a Carta de Havana, o Conselho Europeu, com os acordos de Bretton Woods e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, a OCDE, a UNCTAD e a OMC.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

Direito Internacional da Concorrência – Teoria dos Efeitos – Extraterritorialidade.

## **ABSTRACT**

The International Competition Law is the regulation that protects the freedom of competition. Freedom in which that, 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 for State intervention to regulate these conflicts. The first attempt at solution came through the Effects Doctrine, which, despite trying to succeed to restrict anti-competitive practices, came to cause adverse reactions in the international community. Thus, facing the failure of this doctrine, other measures were required. Several attempts aimed at international competition rules in favor of trade and international societies were observed. Are known attempts dating back to post-World War I, the League of Nations; and in the post-Second World War, with the United Nations, the Havana Charter, the European Council with the Bretton Woods agreements and the General Agreement on Tariffs and Trade - GATT, OECD, UNCTAD and the WTO.

## **KEY-WORDS:**

International Competition Law – Effects Doctrine – Extraterritoriality.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS .....</b>	<b>3</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>4</b>
<b>PALAVRAS-CHAVE: .....</b>	<b>4</b>
<b>SUMÁRIO.....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. DIREITO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>9</b>
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	9
1.2. CONCEPÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: TEORIA NEOCLÁSSICA, TEORIA ORDO-LIBERAL E A TEORIA ESTRUTURALISTA .....	13
1.3. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO NA ORDEM CONCORRENCIAL .....	17
<b>2. O DIREITO ANTITRUSTE EM DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>27</b>
2.1. A LEGISLAÇÃO NO BRASIL.....	29
2.2. A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NA UNIÃO EUROPEIA .....	33
2.3. A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NOS ESTADOS UNIDOS .....	39
2.4. A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NA CHINA.....	42
<b>3. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇO .....</b>	<b>46</b>
3.1. LIMITES JURISDICIONAIS .....	46
3.2. TEORIA DOS EFEITOS .....	48
3.3. DIMENSÕES MULTILATERAIS, BILATERAIS E REGIONAIS EM MATÉRIA CONCORRENCIAL.....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

A atividade empresarial não mais limita sua atuação nos contornos de seu local de produção, nem tampouco às fronteiras geográficas de seu país de origem. Com o alargamento do mercado globalizado, as distâncias forma abreviadas, possibilitando o incremento de suas atividades mercantis. Hodiernamente, as empresas se tornaram grandes corporações multinacionais e com enorme poderio de capitais. Nessa tessitura, é o Estado quem deve regular as práticas limitadoras da concorrência. Comportamentos como fixação de preços, divisão do mercado, recusa de fornecimento, venda casada, discriminação, acordos de exclusividade, entre outras, são condutas anticoncorrenciais, que lesam, principalmente, consumidores. A dificuldade enfrentada pelos Estados em coibir os ilícitos anticoncorrenciais encontra óbice, sobretudo, em seu alcance jurisdicional, que tem seu âmbito de aplicação limitado, não podendo interferir sobre a soberania de terceiros, de acordo com princípios de Direito Internacional.

A partir deste conflito entre entes públicos e privados, o presente trabalho objetiva, em linhas gerais, abordar o desenvolvimento do direito internacional da concorrência, especificamente, delinear as diferentes concepções clássicas que influenciaram as legislações atuais em matéria concorrencial. Serão também tratados os pontos controvertidos apontados pela doutrina quando da adoção da controvertida doutrina dos efeitos, de origem no Direito norte-americano, que resulta em aplicar, de forma unilateral, o ordenamento jurídico interno a fatos para além das fronteiras. Ato contínuo, será aprofundado o estudo na legislação do Brasil, da União Europeia, dos Estados Unidos da América e da China, com o fulcro de, em primeiro momento, verificar sua evolução legislativa concorrencial e, em sequência, que se possa examinar qual concepção concorrencial estes países adotam, o que se fará por meio de exame jurisprudencial e doutrinário. Finalmente, almeja-se identificar alternativas à Teoria dos Efeitos, considerando as problemáticas trazidas pela sua aplicação.

Busca-se, na presente investigação, encontrar possíveis respostas aos seguintes questionamentos: (i) é possível alcançar, por meio das legislações dos países em estudo, uma concorrência praticável? (ii) Seria de bom alvitre permitir aos



adeptos da Teoria dos Efeitos que efetivamente apliquem seu direito interno a fatos ocorridos alienigenamente, ferindo a soberania de Estados terceiros e, concomitantemente, colocando em risco as relações da comunidade internacional por tolher princípios assegurados pelo Direito Internacional?

Para tanto, através de uma análise doutrinária e casuística, sem prejuízo das experiências empíricas já trazidas pelos dois principais ordenamentos jurídicos da concorrência (americano e europeu). Por fim, pleiteia-se que haja um constante progresso do direito da concorrência no ordenamento jurídico interno de nações que ainda não o implementaram, e, com isso, o interesse político da comunidade internacional seja incrementado para que percebam a essencialidade de elaborar um Direito Internacional Multilateral da Concorrência.

O primeiro capítulo será dedicado à evolução histórica do Direito Concorrencial, passando-se, em segunda análise, pela investigação das concepções que serviram como base para as legislações atualmente em vigor: a Teoria neoclássica, a Ordo-liberal e a Estruturalista. Neste capítulo será também tratado do conceito do direito concorrencial e suas classificações do ponto de vista econômico, que servirão como base para que se possibilite melhor compreensão das legislações e das políticas adotadas pelos países quando da sua promulgação.

É no segundo capítulo que serão examinados, em cotejo com a base formada, as legislações do Brasil, da União Europeia, dos Estados Unidos e da China, por meio de doutrina nacional e internacional, assim como de precedentes que servirão para elucidação do tema.

Por fim, se adentrará no ponto fulcral do presente estudo: a aplicação extraterritorial do direito internacional da concorrência. Inicialmente será tratado dos limites jurisdicionais e a controvertida doutrina dos efeitos, desde sua origem no Direito norte-americano, as reações à aplicação e possíveis soluções em nível multilateral, bilateral e regional.

## 1. DIREITO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA

A questão posta à apreciação no presente capítulo cinge-se na análise da livre concorrência e do desenvolvimento da mesma nas relações de comércio internacional. Dito isto, é importante salientar que o capítulo será decomposto com o fito de esquadrihar minuciosamente cada trecho das questões atinentes ao desenvolvimento do tema proposto, desde sua evolução histórica, passando posteriormente pelas teorias de pensamento da Escola de Chicago – a Teoria Neoclássica –, pela Escola de Freiburg – a Teoria Ordo-liberal – e a de Harvard – Estruturalista. Será também tratado de conceituar o Direito Concorrencial e, por fim, as classificações que a Teoria Econômica elenca.

### 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Iniciando a análise da perspectiva histórica do direito em matéria concorrencial, é importante salientar que, ainda que existam possíveis interpretações de sua existência prévia ao século XX<sup>1</sup>, estas não serão objeto do presente estudo. Limitar-se-á à exposição do período posterior ao século XX, momento em que se deu o surgimento da era moderna.

Anos de efervescente energia criativa, época de invenções ousadas marcadas por nomes como os de Santos Dumont, Marie Curie, Henry Ford, entre outros, período de luta pelos direitos dos operários e das sufragistas pela conquista do voto feminino, são alguns fatos que remontam ao contexto vivido à época em questão. Nesse mesmo período histórico, no que pertine ao mercado internacional, segundo Paulo Roberto de Almeida<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 40-56.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 44, n. 1, p. 112-136, Junho de 2001. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292001000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292001000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31 de Maio de 2015.

A economia internacional — um sistema articulado de economias nacionais intercambiando bens, serviços, capitais e tecnologia, em um contexto dinâmico de assimetrias estruturais — passou por diversas fases ao longo do século XX: saltos tecnológicos, mudanças de padrões monetários, crises financeiras, anos de crescimento sustentado seguidos de conjunturas de estagnação, surtos de liberalização alternando com impulsos de protecionismo comercial, incorporação de novos atores econômicos e preservação de velhas desigualdades estruturais, fases de fechamento e de abertura aos movimentos de pessoas e aos fluxos de capitais, redistribuição dos fluxos de renda na direção de novos centros de acumulação e confirmação de antigos mecanismos de concentração e de acumulação, enfim, uma gama variada de tendências e de ciclos tão diversos quanto os processos políticos que marcaram um século ao mesmo tempo destruidor e criador.

O Direito Concorrencial surge, por conseguinte com o basilar papel de servir como instrumento na tentativa de se coibir e corrigir falhas mercadológicas, sejam elas estruturais, sejam elas ocasionadas 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 desenvolvimento<sup>3</sup> e, de outro lado, a insatisfação tanto popular quanto do Estado iniciaram o espírito de combater as práticas decorrentes do liberalismo econômico<sup>4</sup>.

A primeira legislação a regular a matéria concorrencial foi promulgada no Canadá, em 1889. O *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*<sup>5</sup> foi introduzido em um ambiente de *Common Law* com a justificativa de que, segundo seu preâmbulo, “é conveniente para declarar a lei relativa a conspirações e combinações formadas na restrição de comércio e proporcionar sanções para a violação dos mesmos”. Entretanto, esta pioneira legislação em ordem concorrencial era deficiente: embora estabelecesse uma legislação para prevenir ou diminuir a concorrência indevida tratando-a como uma ofensa criminal o comportamento anticompetitivo que causasse restrição de comércio através de conspiração, combinação, acordo ou convênio, o Parlamento não previu qualquer órgão federal para reforçar o ato legislativo. A lei de 1889 foi

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 4.

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

<sup>5</sup> 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.

ampliada em seu alcance em 1910 para incluir atividades de fusões e monopólio, tendo também reformulado sua nomenclatura para *Combines Investigation Act*. Em 1919, o governo tentou fazer uma ampliação mais eficaz, convertendo as disposições penais em matéria civil, tendo, inclusive, instituído uma agência de aplicação dedicada ao tema pela primeira vez. No entanto, a legislação foi considerada inconstitucional em 1921, levando à restauração do âmbito penal em 1923. Nos anos de 1935 a 1960, uma série de alterações significativas ocorreu ao *Competition Act*. Em 1935, a discriminação de preços e as disposições sobre preços predatórios foram adicionados ao *Combines Investigation Act*. No entanto, a legislação foi efetivamente suspensa nos anos de guerra, 1941-1945, quando o *Wartime Prices and Trade Board* era o responsável pela regulação dos preços. Em 1951, uma proibição de manutenção do preço de revenda foi incluída na lei. Posteriormente, revisões significativas foram realizadas em 1952, que consistiram na criação da Comissão de Práticas Restritivas de Comércio (*Restrictive Trade Practices Commission*) para apreciar as práticas comerciais, e que introduziu o primeiro remédio estrutural que permitiu a dissolução de fusões, *trusts* ou monopólio. Posteriormente, o legislador canadense realizou reformas legislativas com o escopo de tornar a legislação concorrencial mais rígida, seja no combate à formação de cartéis, a imposição de notificação prévia quando da tentativa de concentração entre empresas, entre outras. Utilizando-se das palavras de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas<sup>6</sup>:

a finalidade do Competition Act é de manter e encorajar a competição com a ajuda de quatro objetivos: 1) promover a eficiência e a adaptabilidade da economia canadense; 2) aumentar a oportunidade de participação do Canadá nos mercados mundiais, reconhecendo, ao mesmo tempo, o papel da concorrência estratégia dentro do país; 3) assegurar que as empresas médias e pequenas possuam oportunidade equitativa no seio da economia canadense; 4) oferecer preços competitivos e possibilidade de escolha de produtos aos consumidores;

É cristalina, portanto, a intenção do legislador canadense no sentido de estimular seu mercado interno em busca de desenvolver uma concorrência ideal, visando salvaguardar as pequenas e médias empresas, e os consumidores. Ainda que a lei concorrencial canadense tenha sido a pioneira, a mesma não foi

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 4.

considerada pela doutrina como a mais relevante. O direito da concorrência na forma como hodiernamente é conhecido, foi desenvolvido muito em razão da atividade legislativa norte-americana, conforme se passará adiante a tratar.

De acordo com Augusto Jaeger Junior<sup>7</sup> e Paula Forgioni<sup>8</sup>, para limitar o poder de mercado contra seus efeitos autodestrutíveis e defender a livre concorrência, foi promulgado o Sherman Act, em 1890, nos Estados Unidos da América. 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. Segundo Paulo Fagundes Visentini<sup>9</sup>, “a década de 1850 foi sem precedentes em progresso econômico para os Estados Unidos da América”. Narra o autor que a industrialização norte-americana ocorreu em virtude de condições favoráveis à formação de empresas em grande escala, tais como a alta barreira tarifária, a estabilização da atividade bancária e da moeda, além da construção de estradas de ferro transcontinentais. Aduz, por fim, que novas populações urbanas precisavam de bens de consumo, enquanto a agricultura, os transportes e a própria indústria precisavam de máquinas. A concorrência em ascensão ocasionou o declínio dos preços na última metade do século, expulsando os concorrentes fracos e indicando a fusão de empresas rivais.

O Sherman Act veio, nessa tessitura, para declarar a ilegalidade de todos os contratos, combinações e conluios na forma de *trust* ou em qualquer outra forma que restringisse o comércio (art. 1º) e os monopólios, as tentativas de monopolizar e as combinações e conluios com o intuito de monopolizar (art. 2º). Para cada conduta, o legislador estipulou penas em âmbito civil e inclusive penal, como o cárcere privado. Entretanto, ressalta-se que as disposições trazidas no texto legislativo não se faziam suficientes para alcançar os objetivos almejados pela norma concorrencial. Dessa

---

<sup>7</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 69.

<sup>8</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69.

<sup>9</sup> VISENTINI, Paulo Fagundes. **Manual do candidato: história mundial contemporânea (1776-1991): da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética**. Apresentação do Embaixador Georges Lamazière. – 3. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2012. p. 67-70.

forma, em 1914, tal reforço veio através da promulgação do *Clayton Act*, que veio no sentido de colmatar as lacunas da norma anterior, apresentando conceitos e novas disposições penais visando repreensão de vendas casadas, preços discriminatórios ou qualquer outra prática relacionada, assim como regulamentou o controle de concentrações econômicas.

Ainda no mesmo ano, no dia 26 de setembro, o Congresso norte-americano promulgou o *Federal Trade Commission Act* com o escopo de criar uma agência reguladora encarregada de aplicar a legislação antitruste e também de fiscalizar as relações comerciais. Tal agência é homônima ao ato suprarreferido – Federal Trade Commission, passando a operar em 16 de março de 1915, com a missão de proteger o consumidor e promover a competição, assumindo o lugar de seu predecessor, o Departamento de Corporações (Bureau of Corporations). Posteriormente, em capítulo específico, se tratará da legislação estadunidense com maior aprofundamento, enquanto que para o presente momento se adentrará às concepções mais importantes do direito internacional da concorrência.

## **1.2. CONCEPÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: TEORIA NEOCLÁSSICA, TEORIA ORDO-LIBERAL E A TEORIA ESTRUTURALISTA**

É essencial, para que se adentre nos estudos sobre o direito concorrencial, que se analise, *ab initio*, as Escolas de Chicago (Teoria Neoclássica), de Freiburg (Teoria Ordo-Liberal) e de Harvard (Estruturalista). No presente capítulo serão expostos os principais fundamentos defendidos pelas escolas que foram as responsáveis pelos principais doutrinas do direito da concorrência, assim como as críticas trazidas pela doutrina contemporânea.

No período em que a Escola de Chicago evoluiu seus estudos, segundo Carolina Pancotto Bohrer Munhoz<sup>10</sup>, tal fato se deu em razão do forte embate que as empresas norte-americanas tinham com as empresas alemãs e japonesas,

---

<sup>10</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lax Editora, 2006. p. 108-127.

vivenciado em meados de 1970. A autora ainda aduz que as políticas concorrenciais adotadas nos Estados Unidos da América visavam a incentivar, sobretudo, a ordem concorrencial e a tutela dos consumidores. Entretanto, tal concepção não era adotada no Japão à época, o que ensejou a perda de competitividade pelas empresas norte-americanas no cenário internacional. Diante deste contexto, a Escola de Chicago ganhou força, servindo como remodelador do sistema concorrencial estadunidense e visando a máxima eficiência econômica. A autora ainda ressalta que a partir da adoção das ideias propostas por esta Escola, a Suprema Corte passou a adotar um sistema mais rígido no que pertine a atos de concentração, com especial relevância aos atos horizontais de concentração. Tal orientação se deu devido à lesão que os atos causavam à economia interna do país. Neste ponto, portanto, é possível denotar que se iniciou um processo gradativo de implementação de ideais políticos com vistas ao desenvolvimento do controle estatal na economia a partir da década de 1980.

Ainda no que tange à Escola de Chicago, nas palavras de Forgioni<sup>11</sup> tem-se como principais pensadores Bork, Bowmanm Mac Gee, Telser e Posner, que buscam trazer para o direito concorrencial uma análise econômica, como instrumento de uma busca maior, qual seja, a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores, introduzindo-se a habilidade de produzir a custo menor e que, como *ultima ratio*, viria a salvaguardar os interesses da sociedade consumidora. Assim, os principais institutos antitrustes passam a ser pensados em termos de eficiência “alocativa” e “produtiva”, que estão relacionadas com a distribuição de recursos na sociedade, visando verificar se as atividades que os consumidores mais apreciam estão recebendo recursos apropriadamente. Juntas, estas duas eficiências respondem pelo critério geral que determina o nível de riqueza de uma sociedade ou o bem-estar do consumidor. Esse seria, portanto, o objetivo do direito concorrencial segundo a Escola de Chicago.

A crítica feita para essa corrente assenta no entendimento no qual, conforme afirma Calixto Salomão Filho<sup>12</sup>, um dos fundamentos do bem-estar do consumidor é

---

<sup>11</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 163-173.

<sup>12</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23-25.

sua liberdade de escolha, seja para optar por um produto ou serviço de qualidade, quantidade, variação de preço, etc. Dessa forma, os ideais defendidos pela Escola em voga ensejariam em problematização ao invés de alcançar-se o desiderato mor, isto é: se estaria criando barreiras à sociedade devido à ineficiência das transações privadas. Ademais, de acordo com o referido autor, outra crítica que se pode fazer é que a eficiência alocativa passou a ser justificativa para a obtenção ou a manutenção de posições dominantes e o deslocamento das discussões antitruste da política econômica para as teorias econômicas, ou seja, a busca pela segurança jurídica pode ser um perigoso incentivo de que a aplicação da lei concorrencial, conforme proposto pela Escola de Chicago, pode não servir aos anseios *stakeholders*<sup>13</sup>.

É importante ainda mencionar o movimento denominado Revisionismo Pós-Chicago, que toma corpo a partir de 1980. Essa corrente, nos dizeres de Forgioni<sup>14</sup>, mesmo reconhecendo a relevância dos conceitos consubstanciados pela Escola de Chicago, acusa-a de ser demasiadamente simplista. Com métodos mais aprofundados, a Escola Pós-Chicago indica prejuízos concorrenciais de determinadas condutas (especialmente os acordos verticais), sem, contudo, desprezar os benefícios que delas derivam. No mesmo sentido, Salomão Filho aduz que:

“Não se pode negar que a Escola de Chicago é hoje prevalentemente na doutrina econômica que cuida da questão concorrencial. No entanto, é preciso assinalar que essa prevalência se dá precipuamente no campo da análise das estruturas. O mesmo não ocorre no campo da análise das condutas. Houve uma mudança no foco das atenções, na medida em que as novas teorias econômicas, embasadas no desenvolvimento de novos métodos econométricos e analíticos, passaram a se interessar pelo comportamento de empresas individuais ou de setores industriais isolados. Com isso, houve o deslocamento do controle das estruturas para o das condutas, ou seja, as maiores polêmicas econômicas hoje se situam nesse último campo. As três principais teorias que compõem a visão Pós-Chicago seriam: (i) teoria dos mercados contestáveis (contestable markets), a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (transaction costs)”.

Superadas as ponderações acerca da Teoria Neoclássica, passa-se, por derradeiro, à Escola de Freiburg – Teoria Ordo-Liberal.

---

<sup>13</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23-25.

<sup>14</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 171.



A Escola de Freiburg ou Ordo-Liberal surgiu em contestação aos argumentos da Escola de Chicago. Sua ascensão, em torno dos anos 1930, na Alemanha, teve sucesso devido ao fracasso econômico vivenciado com a República de Weimar e a ascensão nazista que transformou o país de uma economia de livre mercado em uma economia central planejada durante o Terceiro Reich.

O ponto central desta teoria era a liberdade de ação no que tangia à concorrência e à garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado, o que levava a acordos lesivos à ordem concorrencial. Munhoz<sup>15</sup> cita que os fundadores desta Escola foram Eucken, Grossmann-Doerth e Böhm, e que estes defendiam um papel ativo e intervencionista do Estado em relação à concorrência. Jaeger Junior acrescenta que a garantia da competição no mercado é fundamental para a organização e o bom funcionamento da economia, tornando possíveis a realização da concorrência efetiva e o autocontrole do mercado<sup>16</sup>. Entretanto, os demais defensores da Escola de Freiburg sustentavam que se faz necessário um processo competitivo em si, essencial para garantir o funcionamento de uma economia de mercado. Com isso, estes doutrinadores propuseram que se fizesse a instauração de um mercado competitivo através de regras e princípios jurídicos, o que tornaria a intervenção excessiva do Estado desnecessária, entretanto, que também se utilizasse de uma agência independente, cuja função precípua seria a de fiscalização.

Por sua vez, para os doutrinadores da Escola Estruturalista, de Harvard, segundo Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues,<sup>17</sup> é importante evitar as excessivas concentrações de poder no mercado, porque podem gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. Ademais, segundo Forgioni<sup>18</sup>, tal escola parte do pressuposto de que toda sociedade empresária com poder econômico utilizará esse poder para implementar condutas anticompetitivas, motivo pelo qual a maior preocupação dessa corrente está ligada ao aumento da

---

<sup>15</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lax Editora, 2006. p. 108-127.

<sup>16</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p.87

<sup>17</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113.

<sup>18</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 161

concentração do mercado, buscando-se o conceito de *workable competition* em que a manutenção e o aumento do número de agentes econômicos no mercado são os objetivos almejados.

Os doutrinadores tradicionais da escola em questão são Areeda, Turner e Sullivan. A pedra fundamental de seus estudos está ligada na relação existente entre a conduta do agente econômico e a estrutura de mercado (estrutura-conduta-desempenho). Gaban e Domingues<sup>19</sup> sustentam que esse modelo demonstra que a elevação das barreiras à entrada e à redução do número de vendedores facilitam a coordenação entre firmas (conduta), elevando a probabilidade de que os preços praticados no mercado sejam maiores que o custo médio marginal a longo prazo (desempenho). Dessa forma, a Escola defende que se deve evitar a situação econômica com poucos vendedores, visto que fato que afastaria a eficiência econômica. A escola visava à concorrência como um fim em si mesmo, com a manutenção ou o aumento do número de agentes econômicos no mercado.

A Escola Estruturalista de Harvard, como também era denominada, pregava a necessidade da efetiva proteção dos consumidores, preservando seu direito de escolha e não os sujeitando aos monopólios, assim como a manutenção de pequenas e médias empresas no mercado, garantindo-lhes abrigo contra as práticas de agentes com poder econômico elevado. Frisa-se que a preocupação dos pensadores da escola de Harvard não é voltada para a eficiência, mas sim para a existência efetiva da concorrência. Portanto, seu objetivo estaria pautado na manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado. A estrutura econômica, segundo a Escola de Harvard seria mais pulverizada.

### **1.3. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO NA ORDEM CONCORRENCIAL**

---

<sup>19</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113.

Para Frederico do Valle Magalhães Marques<sup>20</sup>, “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 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 que<sup>21</sup>

“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 Munhoz<sup>22</sup>, 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 coaduna com o atual panorama da União Europeia. Augusto Jaeger Junior<sup>23</sup> defende, em apartada síntese, que a liberdade de concorrência mostrou-se como a quinta liberdade fundamental para o desenvolvimento de processos de integração. Dentre o rol de liberdades estão a de circulação de bens e mercadorias, a liberdade de circulação de trabalhadores e pessoas, a liberdade de prestação de serviços, a liberdade de capitais e a liberdade

---

<sup>20</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 107.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 28.

<sup>22</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lax Editora, 2006. p. 139.

<sup>23</sup> JÚNIOR, Augusto. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. 799 p.

de concorrência. Isto é, segundo a teoria da integração econômica em sentido estrito, o tipo de integração econômica regional pode apresentar-se sob desenhos diferenciados, denominados de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e integração total. Cada passo é sempre acrescido de um grau mais intenso e complexo de integração. A então Comunidade Econômica Europeia teve inicialmente como objetivo a formação de um mercado comum, estágio este já superado. Já o Mercosul tem como objetivo final o alcance de um semelhante mercado. Nesse é que se fazem presentes, como metas a serem atingidas, as liberdades econômicas fundamentais, que, segundo a doutrina tradicional, envolvem bens, pessoas, serviços e capitais. Todavia, a interpretação buscada por Augusto Jaeger Junior era a de que a concorrência não aparecia ao lado das liberdades fundamentais, mas sim era uma delas, qual seja a quinta.

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se aperfeiçoam as condições de competitividade das empresas, forçando-as ao constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.

Como alicerce fundamental da economia liberal, a concorrência tem por finalidade assegurar o regime de economia de mercado, não tolerando o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre. Neste sentido, é correto afirmar que a concorrência significa o ato ou efeito de concorrer, ou seja, traz em si a ideia de competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem, em condições de igualdade. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado. Assim, livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos atuarem sem embaraços juridicamente plausíveis, em dado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços, isto é, procura garantir que os agentes econômicos tenham oportunidade de competir de forma justa no mercado. Por derradeiro, ainda que a conceituação do direito antitruste ou concorrencial divirja entre as diferentes visões, o direito concorrencial demonstra essencial relevância em diversos ramos do

direito, seja no direito econômico, administrativo, consumidor e também no comunitário.

Salienta Luiz Carlos Buchaim<sup>24</sup>, sem analisar especificamente as diversas correntes que estudam a intervenção do Estado na economia e sua regulação, em variados graus, que o direito da concorrência tornou-se objeto de matéria legislativa em todo o mundo, seja na ordem legislativa interna, seja na esfera do direito público internacional. De acordo com dados coletados por Wei Dan<sup>25</sup>, em 1980, apenas quinze países tinham leis da concorrência ou *antitruste*, todavia esse valor desenvolveu-se em cerca de sete vezes até o final de 2010. Mais de 112 países já tinham adaptado leis concorrenciais e outros quatorze estavam em processo de preparação. É notório o desenvolvimento e a adoção pelos países de regime capitalista de mercado 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”.

Delineadas as questões prefaciais sobre o direito concorrencial, passar-se-á à análise, segundo a doutrina especializada em matéria econômica, das classificações de ordem concorrencial que servirão ainda como base para futura análise do direito concorrencial unilateral, qual seja aquela com base na aplicação extraterritorial de direito interno em matéria antitruste.

---

<sup>24</sup> 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. 2015.

<sup>25</sup> DAN, Wei. A Lei Antimonopólio da China e o seu regime de controle de concentração. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, Jun. de 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100010)> Acesso em 20 de Agosto de 2014.

A doutrina, desta forma, identifica cinco grandes tipos ou estruturas de mercado. São eles: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita ou monopolística, o oligopólio (com o seu correspondente oligopsônio), o monopólio e o monopólio bilateral. Fábio Nusdeo<sup>26</sup> ainda faz uma ressalva de que muito embora não haja separações absolutas, nem compartimentos estanques entre um regime e outro, a separação dos regimes faz-se de maneira virtualmente contínua, ao longo de uma linha marcada pela intensidade da concorrência. Ela é máxima no extremo esquerdo da linha, isto é, no regime de concorrência perfeita, e é mínima ou desaparece por completo no extremo oposto, isto é, no regime de monopólio bilateral.

Fábio Nusdeo<sup>27</sup> sustenta que para a caracterização da concorrência perfeita, é necessário o preenchimento de sete requisitos. Primeiro, grande número de compradores e vendedores em interação recíproca; segundo, nenhum deles deve deter fatia de mercado suficiente para influenciar as condições de compra e venda dos produtos; terceiro, equidade ou igualdade do produto; quarto, plena acessibilidade dos agentes operadores e de seus fatores ao mercado, de forma que permita a sua retirada pelos demais interessados; quinto, acesso irrestrito às informações relevantes; sexto, ausência de economia de escala; e sétimo, ausência de economias externas.

É a concorrência perfeita que se busca, ainda que de forma utópica, alcançar por meio de políticas concorrenciais. Entretanto, tal regime está distante da realidade vivida nas relações comerciais atuais. Como se pode verificar, neste regime, a lei da oferta e da procura não se aplicaria, proporcionando ao consumidor um poder que o permite auferir o máximo de benefícios possíveis na cadeia comercial, a ponto de extinguir os lucros nas transações. Veja-se, logo, que o preço do produto será o mais baixo possível, fato que constitui este modelo apenas em abstrato e que demonstra um comportamento concorrencial puro.

---

<sup>26</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 266.

<sup>27</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 266.

Frederico do Valle Magalhães Marques<sup>28</sup> ainda esclarece que tal regime irá ocorrer em mercados em que exista um grande número de competidores, ofertando um mesmo produto, cada um com uma pequena participação no mercado, sendo o preço estabelecido naturalmente, em razão da interação dos agentes econômicos.

Já a concorrência praticável – *workable competition* – é defendida pela doutrina utilizando-se como referência o conceito elaborado na concorrência perfeita. Dessa forma, para se alcançar o conceito de concorrência praticável, partiu-se da premissa de que a concorrência perfeita não existe, sendo tão-somente um modelo utópico e fantasiado. Assim, a concorrência praticável consiste naquela concorrência possível ou desejada, sendo aquela que proporcionasse maior ganho social.

Marques<sup>29</sup> assevera que

“Ela se estabelece entre empresas de dimensões, custos, horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente da qualidade e dos tipos de produtos e ao desenvolvimento de novos produtos. Ela permite a difusão de benefícios devidos a este progresso, a favor dos clientes (sob forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob forma de elevação de suas remunerações)”.

A ideia basilar, segundo Carlos Jaques Vieira Gomes<sup>30</sup>, é a de que a imperfeição deva existir, decorrente de fatores complexos no que tange ao mercado, entretanto, não pode ser considerada como de todo um mal, porque o sistema econômico consegue, por fim, atingir um crescente estado de produtividade. É pela via da busca de maior eficiência do mercado, que a concorrência praticável delimita as condutas dos concorrentes com normas jurídicas que visam a restringir práticas anticompetitivas e a proteger a própria concorrência.

Passando-se à concorrência imperfeita, é importante delimitar, inicialmente, as características essenciais do regime de concorrência imperfeita. Nesta, o número

---

<sup>28</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 111.

<sup>29</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 112.

<sup>30</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. p. 169.

de compradores e de vendedores é grande. Todavia, conforme leciona Nusdeo<sup>31</sup>, os demais requisitos da concorrência perfeita, conforme suprarreferido, não se fazem presentes, em especial o da homogeneidade de produtos e o da atomização. A figura do consumidor resta atrelada ao fornecedor, por motivo de localização física, pela marca em si, pela publicidade, ou por qualquer outro motivo que o coloque nesta situação. Marques<sup>32</sup> aduz que a ausência de homogeneidade das mercadorias cria a favor de cada empresa uma zona de monopólio, no sentido de que o vendedor goza de um mercado particular.

O referido doutrinador ainda conclui que quanto mais imperfeita for a concorrência, mais difícil se torna a interligação entre os comprometimentos do mercado e, em cada um deles, os vendedores desfrutarão de uma posição muito próxima à de um monopolista. Daí ser o regime denominado também de *concorrência monopolista*.

É, portanto, com a legislação antitruste que o Estado pode controlar e evitar que os regimes prejudiciais à economia se instaurem. A legislação antitruste oferece ao governo vários meios de promover a concorrência, aumentando o bem-estar social.

No oligopólio, a oferta de produtos ou serviços está concentrada nas mãos de poucos<sup>33</sup>. Nesse sistema, os agentes econômicos (oligopolistas) concorrem entre si para precisar qual o caminho que estará sendo perseguido pelos seus concorrentes e empregam comportamentos paralelos, onde o comportamento de um é acompanhado pelos demais<sup>34</sup>. Ademais, a competição tem por base, não as variações de preços, mas a publicidade e as diferenças de qualidade e tecnologia.

Neste sistema, conforme assevera Marques<sup>35</sup>, o grande problema reside no fato de que os oligopolistas se unem e passam a repartir o mercado, atuando, em

---

<sup>31</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 269.

<sup>32</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 115-118.

<sup>33</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 271.

<sup>34</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 118.

<sup>35</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 118.



conjunto, praticamente como um monopolista e controlando os preços e a produção de seus produtos e/ou serviços, alijando os demais competidores e criando uma barreira à entrada de novos *players*.

Conclui, ainda, Nusdeo<sup>36</sup> que:

“É fácil de compreender que num oligopólio há uma grande tendência no sentido de se unirem os operadores, os quais passarão então a atuar como na unidade, levando a uma situação de monopólio. Porém, numa fase de crise, os oligopolistas poderão tender para o regime anterior, isto é, exercer uma concorrência imperfeita, procurando, cada um deles, obter uma fatia maior de mercado.

O oligopólio é, assim, um regime extremamente volátil, pois com base num conluio entre os oligopolistas, chamado cartel, pode transformar-se num monopólio. Por outro lado, não chegando eles a um acordo ou rompendo-o quando já existente, passam a atuar de maneira muito próxima à da concorrência imperfeita, desencadeando guerras comerciais para a conquista de mercados”.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior<sup>37</sup>, por sua vez, utiliza-se da quantificação estabelecida no § 2º do artigo 36 da Lei 12.529/11, segundo o qual presume-se em “posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”. Tendo isso em vista, o autor define da seguinte forma a necessidade de atenção a uma concentração oligopolista:

“De modo geral, em consequência, é importante definir se uma empresa pertence ou não ao oligopólio. Ou seja, definir a diferença entre relações internas e externas num determinado oligopólio. Deve-se dizer, pois, que uma empresa pertence ao oligopólio (relações internas) se ela é capaz de limitar, na forma de reações interligadas e recíprocas, o espaço de ação econômica das demais, de modo a criar restrições ou possibilidade de restrições à efetiva concorrência. Aqui se entende a presunção dos 20% em um mercado relevante que, elevada ao quadrado, significa um índice de 400, o qual, em princípio, num mercado de concentração moderada (índice de mais de 1000) já merece cuidado”.

---

<sup>36</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 271.

<sup>37</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico**. 8 jan. 2013. <Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/138>>. Acesso em: 15 maio. 2015.

Neste sentido, dispõem Antonio Carlos Aida Sauaia e David Kallás<sup>38</sup> que empresas oligopolistas frequentemente enfrentam dilemas semelhantes. Devem decidir por “competir” para aumentar sua fatia de mercado ou “cooperar” pelos lucros, mantendo tacitamente um conluio. Neste caso tornam-se passivas, limitam a produção e praticam preços mais elevados.

Já o monopólio é a situação econômica que é caracterizada pelo controle do mercado, por um só produtor. Manifesta-se aqui em toda a sua plenitude o poder econômico, pois o monopolista está em condições de atuar, simultaneamente, nas duas variáveis que caracterizam a compra e venda, isto é, o preço e a quantidade<sup>39</sup>. A causa principal do monopólio está nas barreiras à entrada: um monopólio permanece como único vendedor em um mercado porque outras empresas não conseguem entrar no mercado e concorrer com ele. As barreiras à entrada, por sua vez, têm três origens: um recurso-chave é a propriedade de uma única empresa; o governo concede a uma única empresa o direito de produzir com exclusividade algum bem; os custos de produção tornam um único produtor mais eficiente do que um grande número de produtores<sup>40</sup>.

Marques<sup>41</sup> ressalta que na estrutura monopolista,

“não há a necessidade do monopolista deter cem por cento da divisão de mercado e determinado produto e/ou serviço, sendo suficiente para sua caracterização a existência de um, e apenas um, agente econômico com a participação expressiva no mercado, a tal ponto que os demais concorrentes não possuem qualquer influência sobre o preço do produto ou serviço ofertado, não oferecendo concorrência ou ameaça ao monopolista, no que diz respeito a sua participação no mercado”.

A posição monopolista é predatória e causa diversas consequências à sociedade, tais como falta de investimentos em novas tecnologias, aumento do preço pago no produto ou serviço e consequente redução de consumo.

---

<sup>38</sup> SAUAIA, Antonio Carlos Aida; KALLAS, David. O dilema cooperação-competição em mercados concorrenciais: o conflito do oligopólio tratado em um jogo de empresas. Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 11, n. spe1, 2007. p. 77-101. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552007000500005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000500005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01 jul. 2015.

<sup>39</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 273.

<sup>40</sup> MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macro economia**. Tradução da 2ª ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 316.

<sup>41</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121

Do ponto de vista do consumidor, o monopólio se torna indesejável em razão do alto custo atribuído ao produto. Entretanto, o monopólio absoluto é um caso relativamente raro, pois o poder de monopolista estará sempre limitado pela possibilidade de entrada no mercado de novos agentes econômicos, atraídos justamente pelos altos lucros gerados pelo monopólio<sup>42</sup>. O bem-estar em um mercado monopolista, como em todos os mercados, inclui o bem-estar tanto de consumidores, quanto de produtores. Assim, no entendimento de Mankiw<sup>43</sup>, a menos que os consumidores sejam, por alguma razão, mais merecedores do que os produtores, o lucro monopolista não é um problema social.

Todavia, tal entendimento não está em consonância com as próprias políticas públicas almejadas pelas normas antitrustes. É com a legislação concorrencial que se permite ao governo meios de promover a concorrência. Veja-se que um dos fins próprios da normatização é justamente o alcance do bem-estar social. As regras da concorrência nos dias de hoje, nas palavras de Moncada<sup>44</sup>, não se limitam a defender o mercado como ordem normal das trocas econômicas. Organizam o mercado e desenvolvem-no, no pressuposto de que do seu adequado funcionamento decorre a ordem econômica mais justa e eficiente.

Por fim, o último regime concorrencial a ser tratado é o monopólio bilateral. Este regime é o que está *contrario sensu* da concorrência perfeita. Aqui, ambos os agentes – consumidor e produtor – tentam locupletar-se em prol de seu melhor interesse. Marques<sup>45</sup> aduz que na estrutura de monopólio bilateral, há um único vendedor e um único comprador, que irão negociar, onde o vendedor procurará auferir o máximo de remuneração possível com a venda de seus produtos e o comprador buscará conseguir a maior quantidade de produtos pelo menor preço.

---

<sup>42</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 274.

<sup>43</sup> MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macro economia**. Tradução da 2ª ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 330.

<sup>44</sup> MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito econômico**. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 403

<sup>45</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124.

O doutrinador ainda refere, corroborando com o entendimento de Nusdeo<sup>46</sup>, que este regime aproxima-se do mercado de transferência de tecnologia, em que o seu *know-how* é tão especializado que apenas uma empresa terá condições de absorvê-lo e adotá-lo, fato que não aconteceria em nível mundial.

Superadas até então as considerações iniciais acerca da evolução histórica do direito concorrencial, das concepções clássicas do direito da concorrência, onde se tratou da Teoria Neoclássica, Teoria Ordo-Liberal e da Teoria Estruturalista, e tendo, ainda, abordado o conceito e classificação na ordem concorrencial, tais considerações introdutórias serviram como base para posterior compreensão dos ordenamentos jurídicos em vigor, os quais se buscarão, neste segundo capítulo, explorar suas origens, seu desenvolvimento legislativo e suas principais características no direito antitruste. Como se verá em sequência, os legisladores dos países a seguir estudados adotaram diferentes concepções clássicas, de acordo com o nível de intervenção estatal nas economias, proteção do mercado interno e desenvolvimento de suas economias – é, portanto, neste ponto que se justifica a necessidade de tratar das classificações de ordem concorrencial. Dentre os ordenamentos jurídicos que servem como referência aos demais no direito concorrencial, estão o dos Estados Unidos da América e o da União Europeia. Entretanto, ambos vêm vivenciando recente período de recessão econômica, fato que fez emergir a necessidade de se investigar outros ordenamentos jurídicos, tais como o do Brasil e da China, nações que estabeleceram, em maio de 2015, diversos acordos de cooperação econômica. Dessa forma, se iniciará a presente investigação pelo ordenamento jurídico brasileiro, em seguida pela da União Europeia, depois a estadunidense e, por fim, a República Popular da China.

## 2. O DIREITO ANTITRUSTE EM DIREITO COMPARADO

---

<sup>46</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 277.

Pretende-se analisar em separado os ordenamentos jurídicos do Brasil, da União Europeia, dos Estados Unidos e da China, onde se trará, inicialmente, seu desenvolvimento legislativo histórico e atual, assim como as principais características levando-se em consideração os estudos até então alcançados nos capítulos anteriores, para que se busque uma solução à problemática trazida pela Teoria dos Efeitos.

Antes de adentrar-se no estudo da legislação concorrencial, faz-se necessário trazer à baila os comentários acerca da importância da legislação de defesa concorrencial, conforme a seguir exposta nas palavras de Luís Solano Cabral de Moncada<sup>47</sup>:

“Os objetivos das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os sectores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mesma eficiente afectação dos recursos económicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação económica que ao nível do consumidor que ao nível dos produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política económica. Mas não é por razões económicas que se defende a concorrência. É também por razões de ordem pública, pretendendo-se impedir e combater concentrações excessivas de poder económico privado ou público, na certeza de que o resultado respectivo ou seja, o dirigismo económico privado é susceptível de pôr em causa a transparência do funcionário do mercado e o controlo pelo público consumidor por ele potenciado do andamento dos preços e quantidades dos bens e serviços bem como a autenticidade das necessidades, numa palavra, a soberania do consumidor”.

A concorrência, portanto, se justifica, seja do ponto de vista económico, político ou social. A liberdade de concorrência faz com que se alcance um maior crescimento económico e de forma racional, alargando-se os direitos fundamentais defendidos pelas Constituições.

---

<sup>47</sup> MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito económico**. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 403

## 2.1. A LEGISLAÇÃO NO BRASIL

A Lei nº 12.529/2011, que disciplina a concorrência no Brasil desde 31 de maio de 2012, tem por objetivo aperfeiçoar a norma anterior (Lei nº 8.884/1994), em que se instaurou de forma eficaz a política da concorrência uma vez que, até então, as iniciativas legislativas nessa matéria não eram capazes de atender às necessidades da economia nacional. Ao contrário do que ocorrera nos EUA, onde as leis antitrustes nasceram de pressões sociais em um contexto de grandes conglomerados monopolistas e condutas anticompetitivas, no Brasil a legislação antitruste, segundo Forgioni, alcançou nível constitucional, pela primeira vez, com a Constituição de 1934, em que se buscava a liberdade econômica<sup>48</sup>. Entende a autora o direito antitruste como técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência<sup>49</sup>.

Passando-se à evolução legislativa, segue no ano de 1938, de autoria de Nelson Hungria, o surgimento da primeira normativa em matéria concorrencial promulgada no Brasil: o Decreto-lei 869. Ele definiu crimes contra a economia popular, e veio como uma norma regulamentadora de caráter penal-econômico, porque visava à repressão ao abuso do poder econômico, inspirada pelo regime norte-americano, cuja vigência se deu nas Constituições do Brasil de 1934 e 1937.

Posteriormente, a Lei nº 1.521/1951 alterou dispositivos da legislação então vigente (Decreto-lei 869/1938), disciplinando sobre crimes contra a economia popular. Ressalta-se que, apesar de ter implementado o direito concorrencial no Brasil em meados dos Anos Trinta, a doutrina considera o Decreto-lei 7.666/45, conhecido como “Lei Malaia”, o primeiro diploma nacional de repressão ao abuso do poder econômico.

Em 22 de junho de 1945, o Decreto-lei 869 foi substituído pelo Decreto-lei 7.666/45, que definiu os atos contrários à ordem moral e econômica, de autoria de

---

<sup>48</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.98.

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.87.

Agamemnon Guimarães, e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), que, definiu condutas anticompetitivas, como fixação de preços entre concorrentes, vendas de produtos abaixo do preço de custo, coibição do açambarcamento de mercadorias e da manipulação da oferta e da procura, entre outras, todavia sua atuação foi inclusive considerada inexpressiva pela doutrina<sup>50</sup>. A Comissão foi o órgão regulador antecessor ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica que o substituiria alguns anos depois, o que permite afirmar que, a partir de 1945, já há um esboço de defesa da concorrência no Brasil. Somado a isso, a punição, de acordo com Valéria Guimarães de Lima e Silva<sup>51</sup>, deixou de ter caráter penal para tornar-se administrativa. Segundo a autora,

“[O Decreto-lei 7.666] também se distanciou do texto legal que o antecedeu por estabelecer as hipóteses de abuso do poder econômico passíveis de condenação tão-somente a partir dos efeitos provocados por determinada prática, e não em razão de sua própria natureza. Isso afastou tanto as punições dos ilícitos *per se* como excluiu também a análise da intenção do agente para fins de caracterização do ilícito. Ademais, mediante tal Decreto-lei, foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça”.

A Lei Malaia vigorou apenas poucos meses, mas foi um espelho da trajetória nacionalista de Agamenon Magalhães, defendendo o interesse nacional contra os trustes internacionais, empenhando-se em conduzir a economia em prol da industrialização do país.

Posteriormente, em 10 de setembro de 1962, a Lei 4.137/62 foi promulgada para regular e reprimir o abuso do poder econômico. Ela previa regime repressivo, como demonstra o artigo 74, ao condicionar os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados entre empresas à aprovação e registro do CADE no prazo de 30 dias após a realização.

A Lei 4.137/62 condenava, de acordo com seu artigo 1º, a dominação de mercados, a eliminação total ou parcial da concorrência (artigo 2º, inciso I) e o aumento arbitrário de lucros (artigo 2º, inciso II), procurando assegurar a liberdade

---

<sup>50</sup> CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 110

<sup>51</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 289

econômica descrita no artigo 148 da Constituição Federal em vigor na época. Augusto Jaeger Junior<sup>52</sup> refere que o artigo 148 da Constituição Federal de 1946 era regulamentado pela Lei 4.137/62, que apesar de seus mais de trinta anos de vigência, não teve expressiva aplicação. O doutrinador cita que de 1963 a 1990, somente foram iniciados nos CADE 337 procedimentos, dentre os quais apenas 117 trataram de procedimentos administrativos e destes, somente 16 restaram em condenações, todas suspensas pelo Judiciário.

Na opinião de Forgioni<sup>53</sup>, durante os “surto de aplicabilidade” da Lei 4.137/62 não se encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência.

Durante o período que se sucedeu, a doutrina (Jaeger Junior, Valéria Guimarães e Paula Forgioni) constatou que o desenvolvimento das atividades econômicas foram interrompidas em razão da forte intervenção estatal na economia, assim como uma por forte onda de concentração empresarial em diversos setores industriais, resultando em baixa competitividade à nível nacional.

Uma nova perspectiva adveio com o fim do regime político, trazendo mudanças substanciais no contexto político-jurídico-econômico pátrio. Com a elaboração da nova Constituição de 1988, em termos econômicos, se alterou o perfil intervencionista do Estado, estabelecendo um regime mais liberal de mercado, com a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada. Nos ensinamentos de Jaeger Junior, a Constituição de 1988 consubstanciou e garantiu a existência de um direito constitucional econômico fundado no trabalho humano, na livre-iniciativa e na liberdade de concorrência, na função social da propriedade, na defesa do consumidor e na redução das desigualdades sociais<sup>54</sup>. Não obstante, a liberdade de concorrência alterou o sistema anterior de intervencionismo para o de liberalismo. A intervenção passa a ser subsidiária, figurando o ente estatal como agente normativo e regulador da economia. Ao dispor no parágrafo 4º do artigo 173, que “a lei

---

<sup>52</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 117.

<sup>53</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.124.

<sup>54</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 118.



reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Após a promulgação da Constituição de 1988, duas leis de ordem concorrenciais foram editadas: Leis 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definidora de crimes atentatórios à ordem tributária, econômica e às relações de consumo, e Lei 8.158, de 8 de fevereiro de 1991, instituindo normas para a defesa da concorrência.

Ainda, no sentido de agilizar os processos administrativos atinentes à violação da ordem econômica, a Lei 8.158/91 instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, órgão governamental ligado ao Ministério da Justiça, com ampla competência para investigar e propor medidas e sanções capazes de corrigir os desvios de comportamento dos agentes econômicos, atuando ao lado do CADE.

A doutrina crítica, como a de Valéria Guimarães Lima e Silva<sup>55</sup>, assevera que textos legais passaram a coexistir. A autora afirma que:

“Enquanto a Lei 4.137/62 disciplinou formas de abuso de poder econômico e especificou para cada uma delas os meios ou práticas possíveis para alcança-las; já a Lei 8.137/90 fixou os crimes contra a ordem econômica, enquanto a Lei 8.158/91 tratou das infrações à ordem econômica. Ademais, os mesmos atos considerados como crimes pela Lei 8.137/90 eram qualificados como distorções mercadológicas pela Lei 8.158/91. Finalmente, o advento da Lei 8.158/91 criou uma dualidade indesejável de legislações sobre a mesma matéria, uma vez que tanto ela quanto como a Lei 4.137/62 dispunham sobre ilícitos concorrenciais”.

Nessa tessitura, nasceu o Projeto de Lei 3.712-E, de 1993, que acabou por resultar na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou expressamente as leis 4.137/62 e 8.158/91. Esta legislação, conforme leciona Jaeger Junior<sup>56</sup>, segue a doutrina Ordo-Liberal alemã, que estabelece a livre concorrência como objetivo e bem jurídico a ser tutelado. Ademais, tal diploma transformou o CADE em uma autarquia federal, fato este que destinou a ele orçamento próprio; somado a isso, a lei sistematizou o denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”,

---

<sup>55</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 295.

<sup>56</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 119.

composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico. Há, ainda, que se ressaltar que as principais características desta lei, conforme leciona Jaeger Junior<sup>57</sup>:

“a apresentação de uma clara definição do alcance jurisdicional, tendo se filiado à teoria dos efeitos, previsão de investigações a serem desenvolvidas pela SDE, reorganização do CADE, a sua aplicação a indivíduos, companhias privadas e entidades públicas, definição do que seja posição dominante, inclusão de uma lista de práticas consideradas violações da liberdade de concorrência, proibição de preços arbitrários e previsão de sanções criminais para os violadores, autorização do CADE para a imposição de penas e penalidades administrativas, submissão de práticas concentracionistas que possam afetar a concorrência a um procedimento de revisão perante o órgão, e, ainda, classificação das decisões administrativas do CADE como instrumentos extrajudiciais passíveis de serem executados perante as cortes nacionais.

A lei em matéria concorrencial que está em vigor no Brasil é a Lei 12.529/11. Dentre as principais alterações trazidas pela legislação estão as seguintes: revoga a Lei 8.884/94 e passa a ser o novo 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 será 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 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.

## 2.2. A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NA UNIÃO EUROPEIA

---

<sup>57</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 121.

Antes de aprofundar-se na temática da legislação concorrencial na União Europeia, é imperioso elucidar sobre seu processo histórico de integração com vistas a alcançar a efetivação como um bloco econômico. Justifica-se esta incursão introdutiva sobre a formação do processo de integração da União Europeia devido ao caráter único que a mesma detém na ordem internacional hodiernamente. Esta união econômica e política de 28 países adota um sistema em que instituições supranacionais são responsáveis pelas tomadas de decisões relacionadas que servirão para o bem-comum dos membros, por meio de Regulamentos, Diretivas, Decisões, Recomendações e Pareceres. As instituições são a Comissão Europeia, o Conselho da União Europeia, o Conselho Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Banco Central Europeu e o Parlamento Europeu. O Direito Concorrencial na União Europeia assume caráter ímpar, tendo em vista ter aplicação a todos os membros, conforme se passará a expor.

Inicialmente, portanto, passa-se a relatar acerca do processo integracionista da União Europeia, para que, em sequência, adentre-se na legislação em si. Nas palavras de Jaeger Junior<sup>58</sup>:

“Finda a Segunda Guerra Mundial, novas ideias surgiram [de uma integração europeia]. Vale lembrar o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Carta manifesta expressamente uma tendência política em favor do regionalismo e reconhece às instituições um papel importante no âmbito do sistema universal de paz e segurança coletiva. [...] Em 1947, o ministro das relações norte-americano George C. Marshall lançou o Plano Marshall para a reconstrução da Europa. A Europa havia saído dos conflitos em ruínas, tanto no campo econômico, como no social e no político. [...] Uma das condições impostas pelos EUA era a colaboração econômica entre os próprios países europeus. [...] Do Plano Marshall derivou a primeira organização do pós-guerra, a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), de 1947, em 1961 convertida na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Ainda, relata em síntese o doutrinador que, em 1951, foi assinado o Tratado para fundação da Comunidade Europeia para o Carvão e o Aço (TCECA), experiência esta que serviu para influenciar novos acordos, tais como o Tratado para a Fundação da Comunidade Econômica Europeia (TCEE) e o Tratado para Fundação da Comunidade Europeia para Energia Atômica (TCEEA). Em 1957, novos dois tratados foram assinados: a Comunidade Europeia para Energia Atômica

---

<sup>58</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p.48

(CEAA) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE). Posteriormente, deu-se evolução em número de Estados-membros, assim como evolução do conteúdo do tratado em si. Ato contínuo, narra o autor que em 1992 foi assinado o Tratado da União Europeia (TUE ou de Maastricht), que veio ser importante modificação no fomento do processo integracional, onde foram definidas regras para a união econômica e monetária, entre outras medidas<sup>59</sup>.

No mesmo sentido, Florisbal de Souza Del'Olmo<sup>60</sup> menciona que após 1945, como o fim da Segunda Grande Guerra, a integração entre os Estados se mostrou como uma necessidade. Os Estados destruídos não mais se relacionavam, enquanto que a imediata reestruturação se fazia necessária. Diversas medidas foram tomadas, dentre elas a formação de um bloco econômico, por meio dos tratados mencionados, cuja denominação era Comunidade Econômica Europeia, fato este que, conforme leciona Del'Olmo<sup>61</sup>, modernamente, em razão da unificação da personalidade jurídica da União Europeia com o Tratado de Lisboa de 2007, passa a ser chamado unicamente União Europeia.

A União Europeia (UE) é uma união econômica e política de 28 Estados-membros independentes situados na Europa. Nos anos que seguiram a sua formação, o território da UE foi aumentando através da adesão de novos Estados-membros, ao mesmo tempo que aumentava a sua esfera de influência através da inclusão de novas competências políticas. O Tratado da União Europeia instituiu o nome atual do bloco em 1993. A última revisão significativa aos princípios constitucionais da UE, o tratado de Lisboa, entrou em vigor em 2009. Bruxelas é a capital administrativa da União Europeia.

A União Europeia instituiu um mercado interno através de um sistema padronizado de leis aplicáveis a todos os Estados-membros. No Espaço Schengen foram abolidos os controles de passaporte. O Acordo de Schengen é uma convenção entre países europeus sobre uma política de abertura das fronteiras e livre circulação de pessoas entre os países signatários.

---

<sup>59</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p.46-59.

<sup>60</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MACHADO, Diego Pereira. **Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia**. Salvador, BA: JusPodivm, 2011. p. 25-26.

<sup>61</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MACHADO, Diego Pereira. **Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia**. Salvador, BA: JusPodivm, 2011. p. 29.

A área criada em decorrência do acordo é conhecida como Espaço Schengen e não deve ser confundida com a União Europeia. Trata-se de dois acordos diferentes, embora ambos envolvam países da Europa. De todo modo, em 02 de outubro de 1997, o Acordo de Schengen passaram a fazer parte do quadro institucional e jurídico da União Europeia, pela via do Tratado de Amsterdam. É condição para todos os estados que aderirem à UE aceitarem as condições estipuladas no Acordo de Schengen. Posteriormente, o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, modificou as regras jurídicas do Espaço Schengen, visou, segundo a alteração feita pelo seu artigo 2º, “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controles na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenômeno”.

Superadas as questões prefaciais, passa-se ao exame da normatização antitruste na União Europeia.

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).

Impende salientar que com o alcance do mercado interno, se fez necessário uma norma que adaptasse e regulamentasse o novo contexto transfronteiriço vivido pela União Europeia<sup>62</sup>. Foi com o Regulamento nº 01 de 2003, que se estipulou as regras processuais aplicáveis a empresas. Posteriormente, o Regulamento nº 139 de 2004, dedicado à unificação das regras do controle das concentrações de empresas e as ocorridas nas regras materiais e processuais aplicáveis aos Estados-

---

<sup>62</sup> Ver o tema em JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p.311-392.

membros. Tais normas representaram o reflexo do acompanhamento da evolução da aplicação das regras das liberdades fundamentais, o que reforçou a ideia da liberdade da concorrência como quinta liberdade fundamental<sup>63</sup>.

A reforma nas regras processuais aplicáveis às empresas promoveu uma completa troca de sistemas, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal. O Regulamento 17 de 1962 havia sido o primeiro regulamento de execução. Ele estabeleceu um sistema de notificação centralizado e a exclusiva competência da Comissão para a declaração de inaplicabilidade do ex-artigo 81, n.1, TCE. Com o tempo, esse sistema passou a apresentar limitações. A Comissão, assim, criou alternativas para contornar os problemas. As isenções por categorias já eram entendidas como alternativas para diminuição do encargo de trabalho da Comissão, devido à quantidade de notificações. Veio, então, o Regulamento 01 de 2003, que consagrou em seus princípios e pilares a descentralização, a aplicabilidade direta, a cooperação, o maior poder de investigação da Comissão, a concentração da atuação em violações relevantes, o aumento da participação das instâncias nacionais, a supressão do sistema de notificação e autorização, etc.

A realização do mercado interno, a entrada em circulação do Euro e o alargamento previsto para 2004 continuavam a conduzir as empresas a reestruturações. Impunha-se um instrumento único que permitisse um controle eficaz às concentrações. Surge, então, o Regulamento 139 de 2004, que é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária.

O Direito da União Europeia relativo à concorrência se influenciou, portanto, no pensamento Ordo-Liberal da Escola de Freiburg<sup>64</sup>, enquanto que o Direito Concorrencial norte-americano se baseou na Escola de Chicago. O sistema derivado da experiência estadunidense interdita *a priori* todo comportamento suscetível de produzir um efeito restritivo na concorrência. Já o sistema comunitário, para a caracterização do abuso de um agente, pressupõe uma análise econômica das consequências. Segundo Silva, muitas são as diferenças entre os sistemas concorrenciais norte-americano e o comunitário. A primeira delas é a função da

---

<sup>63</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. 799 p.

<sup>64</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p.87.

concorrência: na União Europeia, a concorrência assume interesses de ordem política, econômica e social com o objetivo de realizar o Tratado, enquanto que nos Estados Unidos da América, o Direito Antitruste, baseado no conceito de punição *per se* de determinados atos, não permite flexibilização de determinados atos ilícitos, ao contrário da União Europeia, que adota a regra da razão em sua política concorrencial<sup>65</sup>. Assevera a autora que, por esta razão, a concorrência é entendida pela União Europeia como concorrência praticável ou *workable competition*, cujas características foram demonstradas no item 1.3.2.

Um exemplo de litígio em matéria antitruste na União Europeia inclui o famoso Caso Microsoft<sup>66</sup>. A Comissão Europeia, em março de 2004, após 5 anos de investigação, aplicou à Microsoft, ainda que com sede nos Estados Unidos, multa de 497 milhões de euros por abuso de posição dominante, violando o ex-artigo 82 do TCE (atual artigo 102 do TFUE), em virtude de: (a) recusar fornecer aos seus concorrentes a informação de interface que lhes permitisse “dialogar” com o sistema operativo da Microsoft; (b) vender o seu sistema operativo Windows em conjunto com o Windows Media Player, “forçando” os clientes e consumidores a adquirir o segundo sempre que adquiriam o primeiro.

Além da multa, a Comissão Europeia ainda impôs à Microsoft duas medidas de obrigações que considerou necessárias para restabelecer a concorrência: primeiro, no que diz respeito à interoperabilidade, a Microsoft deveria divulgar uma documentação completa em matéria de interfaces a assegurar a plena interoperabilidade entre os servidores para grupos de trabalho com outros sistemas que não da Microsoft e os PC e servidores que operam com o sistema Windows. Tal medida permitiria aos outros fornecedores o desenvolvimento de produtos susceptíveis de concorrer em igualdade de condições no mercado; a segunda obrigação dizia respeito à subordinação, em que a Microsoft tinha a obrigação de oferecer aos fabricantes de PC's uma versão do seu sistema operacional sem o Windows Media Player, de maneira a deixar aos adquirentes a escolha do conjunto de serviços que preferirem.

---

<sup>65</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 219-222.

<sup>66</sup> Caso Microsoft Corp v Commission, IP/04/382, 2004.

### 2.3. A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NOS ESTADOS UNIDOS

Como anteriormente referido, o Sherman Act foi introduzido em 1890 em um ambiente de *Common Law* para declarar a ilegalidade de todos os contratos, combinações e conluíus na forma de *trust* ou em qualquer outra forma que restrinja o comércio e os monopólios. Cumpre nesse momento trazer à baila lição de René David<sup>67</sup> acerca da estrutura do direito dos Estados Unidos.

“O direito dos Estados Unidos pertence, pela sua estrutura, à família da Common Law. Na Inglaterra e nos Estados Unidos existe a mesma concepção geral do direito e da sua função; de modo geral, admitem-se, nestes dois países, as mesmas grandes divisões do Direito, utilizam-se os mesmos conceitos, existe a mesma maneira de conceber a regra do direito. As categorias common law, equity, torts, bailment, trusts são as que um jurista americano, tal como um jurista inglês, considera como naturais. O direito, quer para um jurista americano, que para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram.

Assim, diante de tais apontamentos de René David, faz-se necessário trazer à baila casos tidos como referência pelos juristas para que se possa melhor compreender o tema. Outrossim, é também mister apresentar-se a legislação concorrencial estadunidense para que se viabilize a análise dos julgamentos. Todavia para evitar desnecessária tautologia acerca da evolução histórica do direito antitruste nos Estados Unidos, eis que já tratada em capítulo anterior, passar-se-á diretamente ao atual ordenamento jurídico.

A lei de Sherman, de autoria de John Sherman, de 1890, visava defender a concorrência entre as empresas nos Estados Unidos, evitando que qualquer delas dominasse mercado relevante em que atuava<sup>68</sup>. A norma determinava que todo

---

<sup>67</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. (Les grands systèmes du droit contemporains). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 459-460.

<sup>68</sup> Sobre o tema, na literatura nacional, ver ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. **Virginia Journal of**



contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras é declarada ilegal. Ainda, toda a pessoa que monopolize ou tente monopolizar qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras será considerada culpada.

O Sherman Act condenou e colocou um fim à Standard Oil Co., o maior truste petrolífero dos Estados Unidos, no julgamento *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*<sup>69</sup>. Neste caso, as empresas Standard Oil Trust e Standard Oil Company of New Jersey foram acusadas de monopolizar e restringir o comércio interestatal norte-americano de petróleo e seus derivados através de uma série de ações. A Corte então dissolveu a combinação, ordenando a venda das ações da empresa.

A lei era muito criticada pela sua rigidez<sup>70</sup> visto que punições eram voltadas aos ilícitos *per se*, isto é, a simples constatação da conduta, de sua existência, já enseja a condenação. Ademais, a generalidade dos termos contidos na norma e ausência de definição legal não eram suficientes para trazer segurança jurídica, e as disposições trazidas no texto legislativo não se faziam suficientes para alcançar os objetivos almejados pela norma concorrencial. Dessa forma, em 1914, tal reforço veio através da promulgação do *Clayton Act*, que veio no sentido de colmatar lacunas da norma anterior, apresentando conceitos e novas disposições penais visando repreensão de vendas casadas, preços discriminatórios ou qualquer outra prática relacionada, assim como regulamentou o controle de concentrações econômicas.

O Clayton Antitrust Act, de 1914, foi aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos da América como uma edição para clarificar o Sherman Act. A norma proibiu

---

**International Law, Charlottesville**, v. 33, n. 1, 1992, p. 1-50; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação**. Curitiba: Juruá, 2001, 230 p.; FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69. JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 69. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 80.

<sup>69</sup> Caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 211. U.S. 1 (1911)

<sup>70</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: *Juruá*, 2008. p. 70.

contratos de venda exclusiva, corte de preço local para congelar os concorrentes, abatimentos, entre outras espécies. O ato legislativo também abordou a discriminação de preços das empresas, visando impedir que as empresas se envolvam em empréstimos predatórios o que poderia diminuir a concorrência ou criar um monopólio. A lei também considerou ilegal a venda de produtos focados em apenas um comprador, em razão da instauração de monopólio sobre o produto. Outra proibição trazida pelo legislador foi a prevenção de concentrações anticoncorrenciais, a fim de evitar que algumas fusões limitassem a concorrência.

Alguns importantes casos podem ser citados, como a dissolução forçada da AT & T, a divisão da Kodak e o emblemático caso Alcoa.

No primeiro, em 1974, o Departamento de Justiça acusou AT & T de comportamentos anticoncorrenciais e tentou dividir a empresa. Invocando o Sherman Act, o governo afirmava que a AT & T tinha poder de monopólio sobre as telecomunicações, e postulou que a empresa deveria vender algumas de suas subsidiárias, como a fabricante Western Electric e a Bell Laboratories<sup>71</sup>.

Outro exemplo é a divisão da Kodak<sup>72</sup>. Ao mesmo tempo, a Kodak controlada 96 por cento do mercado de filmes e de câmeras nos Estados Unidos da América. Este julgamento, concluído em 1921, resultou em um decreto de consentimento, que impediu a Kodak de vender qualquer filme de rótulo privado sob o seu rótulo. Após isso, a Kodak começou a comercializar filmes à cor, de slides chamados Kodachrome, no final de 1930, e um filme colorido, Kodacolor, em 1954. Naquela época, ela detinha mais de 90% do mercado de cinema colorido. Em nova violação ao Sherman Act, tendo o veredito obrigado a Kodak a licenciar o processamento para terceiros<sup>73</sup>.

É, por fim, importante referir o caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, de 1945<sup>74</sup>, no qual surgiu a Teoria dos Efeitos. Nesse julgamento, 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

---

<sup>71</sup> Caso AT & T v. United States, 552 F.Supp. 131 (DDC 1982).

<sup>72</sup> Caso United States v. Eastman Kodak Co., 226 Fed. 62 (W.D.N.Y. 1915)

<sup>73</sup> Caso Berkey Photo v. Eastman Kodak, 603 F. 2d 263 (1979)

<sup>74</sup> Caso United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2<sup>nd</sup> Cir. 1945).

forma, os julgadores entenderam por condenar as empresas pelos danos causados, ampliando sua jurisdição extraterritorialmente, com base em seu ordenamento jurídico interno. O presente caso será oportunamente aprofundado em capítulo dedicado exclusivamente à Teoria dos Efeitos em sequência.

## **2.4. A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NA CHINA**

Antes que possa imergir ao cerne do presente estudo (a Teoria dos Efeitos), iniciar-se-á a tratar da legislação concorrencial na República Popular da China. Como anteriormente referido, a relevância dos estudos em relação à China se mostra pertinente em razão da mesma ter se tornado o país com maiores econômicos na atualidade e vem estabelecendo relações comerciais cada vez mais significantes desde a instauração de abertura para o comércio exterior, em 1978, com Deng Xiaoping.

No ano de 2008, a China promulgou a Lei Antimonopólio, adotando, em seu ordenamento, a Teoria dos Efeitos, em seu artigo 2º. A LAM é resultado de um esforço da China em abrir suas portas ao mercado mundial. Com a alteração da Constituição em 1993 em que declarou “economia de mercado socialista” e, posteriormente, com a assinatura do Protocolo de Adesão à Organização Mundial do Comércio, em 2001, a República Popular da China se tornou o 143º membro da organização e vem realizando uma constante adaptação de política comercial externa. Os compromissos assumidos pelos chineses perante os membros da OMC diziam respeito (1) ao 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 a mercado; (5) e a aplicação do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, sigla em inglês) a partir da data de adesão<sup>75</sup>. A promulgação da Lei Antimonopólio é

---

<sup>75</sup> 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

resultado da revisão legislativa comercial e tem sido considerada uma “carta magna da liberdade econômica” na China.

Esta lei, segundo artigo 3º, proíbe práticas de acordos monopolistas feitas entre empresas, abuso de uma posição dominante no mercado e as concentrações realizadas por empresas que podem ter o efeito de eliminar ou restringir a concorrência, assim como, de acordo com o artigo 55, é aplicável aos comportamentos das empresas a fim de eliminar ou restringir a concorrência no mercado por abusar dos direitos de propriedade intelectual estipulados na lei de propriedade intelectual e nos regulamentos administrativos. Por outro lado não é aplicável às partes aliadas relacionados com a operação de produção, processamento, venda, transporte e armazenamento de produtos agrícolas realizadas pelos agricultores ou suas empresas profissionais. Ademais, é ainda oportuno referir que a lei se aplica em toda a República Popular da China, com exceção da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Região Administrativa Especial de Macau, já que estas jurisdições têm leis próprias de concorrência e políticas aplicáveis a mercados domésticos.

A China vem passando por um processo de ocidentalização do direito chinês, visando estruturar suas leis com vistas a uma melhor relação de negociações comerciais. Nas palavras de Wei Dan<sup>76</sup>, à semelhança de outros países emergentes, quando elaboraram a regulamentação da concorrência, a China extraiu lições dos dois regimes jurídicos mais proeminentes: Estados Unidos da América e União Europeia. Ressalta-se que cada um desses ordenamentos apresenta 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. Ao cotejar o ordenamento jurídico americano com o europeu, há, em muitos aspectos, diferenças entre ambos. O direito concorrencial europeu rege-se pelo sistema da *Civil Law*, que, notadamente, privilegia as normas escritas, cuja origem remontam ao direito romano, enquanto que o americano rege-se pelo sistema de *common law* e depende de interpretação do juiz com base em direito

---

<<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/2743/doc/1132094750.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>76</sup> WEI DAN. A lei antimonopólio da china e o seu regime de concentração. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 237–266, 2012.

consuetudinário. Somado a isso, os objetivos da lei na União Europeia são mais diversificados. Estabelece 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 não ocorre na lei norte-americana. Apesar de enquadrar-se em sua maioria ao modelo europeu, no que tange à determinação de lei aplicável, entendeu o legislador chinês adotar a doutrina Americana. É neste o ponto que se pode apontar os maiores questionamentos na ordem internacional, isto é, muitos países não aceitaram ser vítimas da aplicação extraterritorial de legislação nacional com base na Teoria dos Efeitos, pondo em debate novamente a legalidade perante os princípios do direito internacional e a legitimidade no âmbito das relações internacionais. Assim, a problemática está muito presente e poderá trazer à comunidade consequências contrárias àquelas que o legislador tentou trazer.

Quando da elaboração dos ordenamentos jurídicos em matéria concorrencial, Estados Unidos e União Europeia se encontravam diante da necessidade de incremento dos seus mercados internos, fato que não ocorre com a China. Encontramo-nos diante de uma crise mundial que se iniciou no mercado *subprime*, vindo a atingir a economia global. A China, por outro lado, apresenta altíssimos índices de crescimento econômico que se iniciaram desde a abertura para o comércio exterior e teve importante desenvolvimento após o ingresso como membro da Organização Mundial do Comércio, em 2001. Desde então, a China apresentou mudanças significativas em sua política comercial e econômica e tornou-se o país com o maior fluxo de comércio do mundo.

Nesse sentido, no ano de 2008, passou a vigorar na China a Lei Antimonopólio que visou “proteger ou cessar a conduta monopolista, a preservação e a promoção da ordem de concorrência leal no mercado, melhorar a eficiência econômica, a proteção dos interesses do consumidor, proteger o interesse público, e promover o desenvolvimento saudável da economia socialista de mercado”. No entanto, os interesses internos parecem conflitar ao escopo proposto pela lei e, conseqüentemente, às exigências dos demais membros da Organização Mundial do Comércio. A China adotou o modelo de Capitalismo de Estado, inspirado nas experiências bem sucedidas do Japão, Coreia do Sul e Singapura e oferece uma alternativa ao Capitalismo de Mercado, combinando as vantagens da iniciativa privada e intervenção do Estado na economia. O referido modelo consiste, na China,

em manter presença em setores-chave que são considerados importantes para a segurança econômica, tais como geração e distribuição de energia, petróleo e petroquímica, telecomunicações, carvão, aviação, exportação, etc. Nesses setores, o controle estatal é feito por meio de empresas estatais.

É neste ponto que se encontra conflitos de interesses, isto é, por um lado a legislação visa reprimir as práticas anticoncorrenciais, por outro, a adoção do sistema de Capitalismo de Estado defende a detenção de uma posição dominante de suas empresas estatais que atuam sobre a segurança nacional. Ressalta-se que a China vem caminhando para um Estado democrático liberal e consagrou na atual Constituição, após a revisão de 1993, seu primeiro passo na proteção da economia privada, pondo em prática a “economia de mercado socialista”, ao invés do planejamento econômico baseado na propriedade pública socialista<sup>77</sup>.

Quando comparada com outros países do BRICS, a promulgação da LAM da China foi tardia. O Brasil introduziu um regime antitruste em 1962 e o incorporou através da lei 8.884/94. Atualmente esta lei foi revogada e alterada pela Lei 12.529/11. A Rússia adaptou a Lei da Concorrência em 1991 e aprovou a Lei de Defesa da Concorrência em 2006. A primeira lei da concorrência da Índia foi promulgada em 1969, substituída em 2002 e alterada em 2007. A África do Sul promulgou em 1955 e alterou em 1979, 1988, 2000 e 2009<sup>78</sup>. O legislador chinês buscou nos dois principais ordenamentos jurídicos concorrenciais (Estados Unidos da América e União Europeia) inspiração para elaborar a mais recente norma de defesa da concorrência na República Popular da China. É possível, desde já, denotar que, em sua maioria, o legislador chinês se baseou no modelo europeu, entretanto, no que tange à aplicação extraterritorial, adotou, seguindo diversos países do mundo, o modelo americano, com base na Teoria dos Efeitos.

Sua legislação antitruste foi criticada como um tigre de papel, porque parecia ter apenas valores simbólicos e vontade política, especialmente no exercício das suas restrições sobre os monopólios. Apesar de basear-se no modelo Europeu para a promulgação da Lei Antimonopólio, a China é muito diferente da União Europeia.

---

<sup>77</sup> WEI DAN. O Caminho Chinês Ao Estado De Direito. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, p. 65.

<sup>78</sup> WEI DAN. **A lei antimonopólio da china e o seu regime de concentração**. Revista Direito GV, v. 8, n. 1, p. 238.

Seu *status* político único faz com que interesses se conflitem. O Estado, desta forma, assume uma função dupla: regulador e executor.

### 3. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇO

#### 3.1. LIMITES JURISDICIONAIS

Talvez o mais importante papel do Direito Internacional 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 Munhoz<sup>79</sup>:

[...] 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 às fronteiras geográficas de seu país de origem. Com o alargamento do mercado globalizado, as distâncias se

---

<sup>79</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Ed. Lex Editora, 2006. p. 17.

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 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. Cite-se exemplificativamente a República Federativa do Brasil, que rege, conforme artigo 4º da Carta Magna de 1988, nas relações internacionais por zelar e respeitar a não-intervenção, a autodeterminação dos povos e o tratamento isonômico entre os Estados.

No que tange ao domínio terrestre do Estado e jurisdição, segundo leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>80</sup> “é irrecusável a constatação de que a soberania do Estado (*imperium*) tem como área geográfica de seu exercício o *território*”. É, portanto, sobre o território que o Estado exerce, exclusivamente, a jurisdição. Tal conceito é de suma importância para o presente estudo, o que será aprofundado no decorrer do trabalho.

A partir deste conflito entre entes públicos e privados, a presente investigação abordará em fase inicial o ainda recente contexto histórico do direito concorrencial nas nações com maior economia a nível global na atualidade: os Estados Unidos da América, a União Europeia e a República Popular da China. Serão também tratados os pontos controvertidos apontados pela doutrina, iniciando pela adoção da controvertida doutrina dos efeitos, de origem no Direito norte-americano, que resulta em aplicar, de forma unilateral, a disciplina interna jurídica a fatos para além das fronteiras. Ato contínuo, serão delineadas as reações à Teoria dos Efeitos e possíveis soluções em nível multilateral, bilateral e regional.

---

<sup>80</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. rev., atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 503.



### 3.2. TEORIA DOS EFEITOS

Após o julgamento do Caso S.S. Lotus<sup>81</sup>, 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.

O Direito da Concorrência, quando do seu primórdio, necessitava impedir – através de sua produção legislativa interna – as práticas limitadoras da concorrência. Jaeger Junior<sup>82</sup> identifica quatro princípios utilizados pelas legislações de defesa da concorrência que visam determinar, de forma unilateral, estabelecer o alcance jurisdicional da normativa em si, ou seja, são critérios adotados pelos legisladores para que a norma seja aplicada às condutas lesivas à concorrência que surtam efeitos naquele território. São eles: o princípio da territorialidade estrita, o da Pseudoterritorialidade, o da Teoria dos Efeitos e o da Ponderação. É em busca de se encontrar soluções para casos transfronteiriços que a doutrina passou a desenvolver elementos de conexão para determinação de lei aplicável<sup>83</sup>.

*Ab initio*, no que pertine ao Princípio da Territorialidade Estrita, uma legislação nacional de defesa da concorrência é aplicável aos fatos ocorridos dentro do respectivo território. Esta regra encontra guarida nos princípios estabelecidos pelo Direito Internacional, na qual cada Estado exerce sua soberania dentro do seu território. Esse princípio, entretanto, restringe o âmbito de aplicação de uma legislação de defesa da concorrência, visto só ter eficácia interna, enquanto que as relações comerciais não mais cingem-se ao território de apenas um país. Este

---

<sup>81</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso France v. Turkey (S.S Lotus), **Recueil des Arrêts**, série A, n.10, 1927, p. 23

<sup>82</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 61-68.

<sup>83</sup> Sobre o tema ver também FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 443-447. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 62-76.

modelo de princípio é utilizado em países como Inglaterra, Paquistão e Índia e em outros países da *Commonwealth*<sup>84</sup>.

Já o Princípio da Pseudoterritorialidade, é uma opção intermediária que utiliza aspectos vantajosos tanto do modelo anterior quanto da teoria dos efeitos, que será a seguir tratada. Segundo esse modelo, caem no âmbito de aplicação de defesa da concorrência as práticas limitadoras nos mercados nacionais que sejam provocadas por empresas sediadas tanto internamente quanto externamente. Esse princípio viria a suprir a demanda dos Estados que queriam se manter ao Princípio da Territorialidade Estrita e, ao mesmo tempo, evitar as críticas de outros membros da sociedade internacional. O desenvolvimento deste princípio ocorreu no âmbito da União Europeia, a partir do aprimoramento da Teoria da Unidade Econômica<sup>85</sup>. Na prática, este princípio ampliou os limites territoriais e alcançou empresas estrangeiras que não possuíam qualquer subordinada dentro do território. Portanto, estão sujeitas ao âmbito de aplicação as práticas limitadoras da concorrência que sejam provocadas por empresas a partir desses mercados e as práticas realizadas no exterior<sup>86</sup>.

O Princípio da Ponderação foi desenvolvido em razão das críticas que a Teoria dos Efeitos gerava. Este modelo é caracterizado por considerar os interesses dos outros Estados quando do julgamento de empresas oriundas do exterior, baseando-se na doutrina da cortesia internacional. O reconhecimento deste princípio encontrou aceitação na jurisprudência norte-americana<sup>87</sup> e conduziu para uma consideração de outros elementos antes não levados em consideração. O princípio da ponderação encontrou reconhecimento em legislações nacionais e também na Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. Ademais, o princípio em voga está relacionado ao da cortesia internacional<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 62.

<sup>85</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 75-76.

<sup>86</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 63.

<sup>87</sup> O Princípio da Ponderação evoluiu com os casos *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. and S.A.*; *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*; e *Laker Airways Ltd. V. Sabena, Belgian World Airways*.

<sup>88</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 68.

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 China. Tal teoria será mais profundamente abordada a seguir.

A Teoria dos Efeitos (*effect doctrine*)<sup>89</sup> remete, em sua origem, à necessidade do Julgador Americano em proteger seu mercado das práticas limitadoras da concorrência. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos (Department of Justice – DOJ) foi o responsável pelo ajuizamento do pioneiro e ainda hodiernamente conhecido caso *United States v. Aluminium Corp. of America* (Alcoa), de 1945<sup>90</sup>. O *Antitrust Sherman Act*<sup>91</sup> é o ato que regula as práticas anticoncorrenciais americanas e teria sido infringido pela Alcoa (empresa de origem Suíça), que detinha, em 1938, cerca de 90% (noventa por cento) do mercado de lingote de alumínio virgem. A empresa estava envolvida em um cartel internacional com vários produtores de alumínio canadenses e europeus para monopolizar o mercado de alumínio. Em sua defesa, a empresa contradizia argumentando que a maioria das atividades repercutia fora os EUA e, portanto, extrapolava o alcance da jurisdição norte-americana. Surgiu, então, a Teoria dos Efeitos, que aplicou ao caso direito interno a fatos ocorridos extraterritorialmente. Por derradeiro, o Tribunal de Apelação concluiu que apesar do comportamento limitador da concorrência tinham sido realizados no exterior, seus efeitos puderam ser sentidos no mercado norte-

---

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> Caso *United States v. Aluminium Corp. of America* (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2<sup>nd</sup> Cir. 1945).

<sup>91</sup> “Todo contrato, combinação na forma de confiança ou de outra forma, ou conspiração, na restrição do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Cada pessoa que fará qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração declarada como ilegal será considerado culpado de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punido com multa não superior a 100.000 mil dólares, se uma empresa, ou, no caso de qualquer outro pessoa, US \$ 1.000.000, ou com pena de prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as referidas punições, a critério do tribunal.”

americano. Não importa a nacionalidade da empresa, nem tampouco o local do fato. Segundo esta teoria, tendo sido sentidos efeitos econômicos no país cuja legislação adota a Teoria dos Efeitos, estaria este apto a regulamentá-lo.

Impende ressaltar, no que tange à aplicação extraterritorial, que, após debates acirrados acerca da sua aplicabilidade, foi aprovada por dois dos órgãos acadêmicos de enorme renome internacional que consideram questões jurídicas internacionais: a “International Law Association” (Associação de Direito Internacional) e o “Institut de Droit International” (Instituto de Direito Internacional). Apesar do importante papel que os órgãos representam o reconhecimento da teoria não foi suficiente para confirmar diretamente sua validade jurídica no âmbito internacional. O Comitê de Legislação Comercial Restritiva (*Restrictive Trade Legislation Committee*) da Associação de Direito Internacional aprovou a doutrina efeitos como um princípio de direito internacional na 55ª Conferência, em Nova York, em 1972<sup>92</sup>. Assentou que a doutrina dos efeitos proporcionava autoridade a um Estado para estabelecer um marco regulatório para as ações que ocorreram fora de suas fronteiras, mas que, no entanto, tiveram efeitos dentro do seu território. Sendo assim a teoria permite a aplicação extraterritorial das leis internas se os seguintes requisitos fossem atendidos: (a) As ações e seus efeitos constituem atividades que se inserem no âmbito da regulação de lei interna; (b) Existência de efeitos domésticos significativos; e (c) Os efeitos são o resultado direto e principalmente pretendido de ações extraterritoriais. Já o Instituto de Direito Internacional, durante sessão em Oslo, em 1977, afirmou que a jurisdição sobre regulamentos que regem as atividades anticoncorrenciais de empresas multinacionais pode ser aplicada extraterritorialmente se as ações tiveram efeitos imediatos, ou pelo menos previsíveis, substancial e direto dentro de um território nacional.<sup>93</sup>

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

---

<sup>92</sup> International law association. Report of the 55th Conference, New York, 1972.

<sup>93</sup> Ministério da Economia, Comércio e Indústria do Japão. **Report on Compliance by Major Trading Partners with Trade Agreements - WTO, FTA/EPA and BIT: PART II - WTO Rules and Major Cases; Chapter 14 - Unilateral Measures**, p.. 650. Disponível em: <<http://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/2010WTO/2-14-2ExcessiveExtraterritorial.pdf>>. Acesso em 21, out. 2014.

Internacional. Entretanto, as relações comerciais não mais se limitam ao território de um país. Com a ascensão do mundo globalizado como o conhecemos, criou um conceito de “economia-mundo”, que nas palavras de Octavio Ianni<sup>94</sup>, 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. Emerge, portanto, a necessidade dos Estados afetados por práticas anticoncorrenciais, aplicarem seu direito interno extraterritorialmente no sentido de salvaguardar seus interesses.

A celeuma havida no caso S.S. Lotus<sup>95</sup>, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, ajuizado em 1927, é tradicionalmente citado na doutrina como o precedente de aplicação extraterritorial de direito interno. Em suma, na noite de 2 de agosto de 1926, uma colisão entre a embarcação francesa com cargueiro turco ocorreu em alto-mar, vindo esta a naufragar. Deste naufrágio, oito tripulantes turcos faleceram. A embarcação Lotus (francesa) resgatou os dez sobreviventes e aportou em Constantinopla em 3 de agosto. A autoridade policial determinou o aprisionamento preventivo do comandante do navio francês, Lieutenant Demons, no qual sustentou em sua defesa a ausência de jurisdição turca, a qual, todavia, rechaçou. Ante esta decisão da justiça turca, as relações diplomáticas se estremeceram entre os países, levando a França a protestar o caso para que fosse submetido à Corte Permanente de Justiça Internacional, em Haia.

O cerne do debate era acerca da competência para o julgamento. A decisão da Corte foi no sentido de que o cargueiro seria parte do território turco e que, portanto, não haveria óbice para aplicação da lei penal de seu país. A questão da jurisdição, logo, assume relevância, posto que restou estabelecido neste precedente que não existe proibição pelo Direito Internacional para que um Estado exerça sua jurisdição sobre um estrangeiro no que diz respeito à infração cometida fora do território.

---

<sup>94</sup> IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 31.

<sup>95</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso France v. Turkey (S.S Lotus), *Recueil des Arrêts*, série A, n.10, 1927, p. 23.

Após o estabelecimento deste precedente, segundo Professor Jaeger Junior<sup>96</sup>, no campo do direito concorrencial, se fez necessário a promulgação de normas que estabelecessem elementos de conexão para determinar a competência do julgamento dos Estados afetados pelas práticas limitadoras da concorrência. Estes se desenvolveram com o apoio dos princípios que já eram conhecidos para a legislação extraterritorial do direito penal: o princípio da territorialidade, da nacionalidade, da proteção e o da universalidade.

No que tange ao Princípio da Territorialidade, um Estado é autorizado a regular todos os fatos que ocorrem dentro de seu território e a garantir a execução dessas regras. O ponto determinante é o local do acontecimento; quanto ao Princípio da Nacionalidade, vincula-se à nacionalidade ou à sede de determinada empresa, tendo o Estado direito de regular aqueles que tenham nacionalidade desse Estado, independentemente de estarem dentro ou fora do território Nacional. Ressalta Silva que a grande dificuldade em relação ao tema encontra-se na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica<sup>97</sup>. Quanto ao da Proteção, um Estado precisa se proteger e, assim, pode regular práticas ocorridas mesmo fora de seus limites, ainda que tenham sido efetuadas por estrangeiros; por último, o da Universalidade defende que um Estado tem o direito de proteger determinados bens jurídicos em interesse da coletividade.

Todavia, toda a produção legislativa sobre fatos ocorridos no exterior vinculados a qualquer um desses princípios seriam insuficientes para regular as práticas limitadoras da concorrência ocorridas no exterior, o que levou o legislador a ampliar a sua jurisdição até onde os efeitos da prática anticoncorrencial surtiram.

A aplicação extraterritorial de direito interno foi, pioneiramente, aplicada pelos Estados Unidos da América, no já referido caso Alcoa, tendo influenciado diversos outros países a adotá-la, conforme se passará a expor.

No Brasil, a norma concorrencial é disciplinada atualmente pela Lei 12.529/2011, que, conforme seu artigo 2º, “aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo

---

<sup>96</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p.33-36.

<sup>97</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 65.

ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”, recebendo notória influência do direito estadunidense.

Alguns casos julgados pelo CADE, trazidos pela doutrina podem ser citados como exemplo o caso do Cartel de Vitaminas, julgado em 2007, havido entre as empresas dos grupos Roche, Aventis e Basf<sup>98</sup>. Nesta celeuma, apesar de que as empresas já tinham sido condenadas na Europa e nos Estados Unidos, a competência do CADE foi estabelecida com base no artigo 2º da lei em vigor à época (Lei 8.884/94). Ademais, alguns outros casos foram levados ao crivo do CADE, em matéria de concentração, tais como o ato de concentração nº 28/1995 entre a Nalco Chemical Company e a Exxon Corporation; o ato de concentração 132/1997, havido entre a Aticus Corporation e a Texas International Inc; o ato de concentração 53500.005134/1999 entre a MCI Worldcom Inc. e a Sprint Corporation, que, em todos os casos, os efeitos puderam afetar a economia brasileira.

A China recentemente promulgou sua Lei Antimonopólio em 2007, tendo sido resultado da revisão legislativa comercial e é considerada uma “carta magna da liberdade econômica<sup>99</sup>” na China. Primeiro, porque antes da LAM passar a vigorar, as regras relativas à concorrência estavam dispersas em cerca de quarenta leis, de vários níveis, como leis ordinárias, regulamentos, normas administrativas e documentos regulatórios<sup>100</sup>, fato este que problematizava aplicação. Segundo, pois, não bastasse dispersão legislativa das normas concorrenciais, também não havia um sistema unificado antitruste. Terceiro, porquanto o conteúdo das regulamentações era considerado relativamente simples, segundo Sr. Shang Ming – Diretor-Geral da Secretaria Antimonopólio pertencente ao Ministério do Comércio Chinês<sup>101</sup>.

O legislador chinês buscou nos dois principais ordenamentos jurídicos concorrenciais (dos Estados Unidos da América e União Europeia) inspiração para elaborar a mais recente norma de defesa da concorrência na República Popular da

---

<sup>98</sup> Processo administrativo CADE nº 08012.004599/1999-18.

<sup>99</sup> 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.

<sup>100</sup> MING, Shang. Antitrust in China – a constantly evolving subject. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_CLI\\_February\\_2009.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_CLI_February_2009.aspx)>. Acesso em: 3 mar. 2015.

<sup>101</sup> MING, Shang. Antitrust in China – a constantly evolving subject. *International Bar Association*. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_CLI\\_February\\_2009.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_CLI_February_2009.aspx)>. Acesso em 3 mar. 2015.

China. Em sua maioria, o legislador chinês se baseou no modelo europeu, entretanto, no que tange à aplicação extraterritorial, adotou, em seu artigo 2º, o modelo estadunidense, com base na Teoria dos Efeitos, senão vejamos:

“Esta lei é aplicável ao comportamento monopolista nas atividades econômicas no território da República Popular da China. Esta lei é aplicável ao comportamento monopolista fora do território da República Popular da China que elimina ou tem efeitos restritivos sobre a concorrência no mercado interno da República Popular da China”.

Para efetivar a fiscalização e repreensão propostas pela norma, a China criou a Comissão Antimonopólio e outros três órgãos de defesa da concorrência: a Administração Estatal da Indústria e do Comércio, a Comissão de Reforma e Desenvolvimento Nacional (NDRC, sigla em inglês) e o Ministério do Comércio (Mofcom). O primeiro órgão examina as condutas monopolistas, abuso de posição dominante e propriedade intelectual; o segundo é responsável pela regulação do nível geral de preços e otimização de grandes estruturas econômicas (entre outras atribuições); e o último 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 terceiros<sup>102</sup>.

Em razão de a legislação chinesa ter sido recentemente promulgada, ainda não foi possível encontrar casos julgados pelo órgão fiscalizador chinês em relação à aplicação extraterritorial de direito interno.

Na União Europeia, muito embora as disposições de concorrência no Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, não tenha estipulado especificamente quanto ao âmbito territorial da jurisdição, a Comissão Europeia, como a agência de aplicação do direito da concorrência, tem repetidamente aplicada a doutrina efeitos nas suas decisões. Segundo Oliveira e Rodas, o caso *Béguelin*, de 1971, representa um marco, pois o Tribunal de Justiça

---

<sup>102</sup> SOKOL, D. Daniel, *Merger Control under China's Anti-Monopoly Law* (January 27, 2013). *NYU Journal of Law and Business* 10:1-36 (2013); Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-05. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2207690>>. Acesso em 21 mar. 2015.



da então Comunidade Europeia quando a conduta aflua em território de ao menos dois Estados-membros, não sendo relevante o lugar da conduta<sup>103</sup>.

Somado a isso, o caso Microsoft, anteriormente citado, é um exemplo de aplicação extraterritorial de direito interno. Outro caso de importante adoção da Teoria dos Efeitos na União Europeia é o *Wood Pulp*<sup>104</sup>, onde uma série de produtores de polpa de madeira finlandesa, sueca, americana e canadense, estabelecidos fora da Comunidade Europeia, criou um cartel de preços. A Comissão Europeia justificou a sua competência em razão da exportação e venda direta aos clientes na Europa. A prática anticompetitiva teria infringido o ex-artigo 85 do TCE (atual artigo 101 do TFUE), por concentração de preços, sendo-lhes imposta multa por tal ato.

Como se pôde denotar, a forma de atuação da Teoria dos Efeitos não foi bem recebida pelos países afetos ao princípio da territorialidade como elemento de conexão para determinação de lei aplicável. Diversos foram os esforços em resolver as animosidades geradas entre as nações em razão da violação da soberania que a teoria causava. Contudo, ainda não conseguiu encontrar uma solução para a lacuna legislativa em situações de conflitos por práticas anticoncorrenciais. Os esforços para elaboração de uma norma e de um sistema multilateral ainda não foi alcançado. Enquanto isso, o mundo globalizado vem evoluindo fortemente ano após ano, fazendo com que os Estados, unilateralmente, editem leis *antitrust* com o escopo de controlar as atividades empresariais que vão além de seu limite geográfico, visto que a atuação do mercado empresarial não se restringe apenas à jurisdição interna de um país. Ela atua de forma transfronteiriça<sup>105</sup>. Um país que seja predominantemente exportador de bens comercializados em mercados imperfeitamente competitivos terá incentivo para adotar um direito concorrencial mais permissivo. Por outro lado, um país cujas características mercantis predominantes sejam de importação, este terá incentivos para adotar um regime mais rígido, assumindo que ele possa aplicar seu direito extraterritorialmente.

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 380.

<sup>104</sup> Caso Patê de Bois (Wood Pulp), EuGH, Slg. 1988, p.5193.

<sup>105</sup> VALENTE DOS REIS, Gabriel. **Direito concorrencial internacionalizado: entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 73, p. 304.

A adoção do princípio dos efeitos já trouxe, em diversas ocasiões, dificuldades ao relacionamento da comunidade internacional, por ferir normas consagradas de não-intervenção do Direito Internacional. A aplicação da Teoria dos Efeitos refletiu numa crise na comunidade internacional em virtude da sua infração à soberania de outros Estados. Se passará, por fim, ao exame das tentativas multilaterais, bilaterais e regionais de se desenvolver uma ordem concorrencial internacional.

### **3.3. DIMENSÕES MULTILATERAIS, BILATERAIS E REGIONAIS EM MATÉRIA CONCORRENCIAL**

A experiência norte-americana de aplicação extraterritorial de direito interno não foi aceita pelos afetos ao Princípio da Territorialidade, por terem sua soberania e, conseqüentemente, princípios de Direito Internacional violados. Diversas reações emergiram pelos países prejudicados. Podem-se citar promulgação de leis de bloqueio, protestos e reclamações diplomáticas, recusa de reconhecimento de competência estrangeira por órgãos judiciais, entre outras<sup>106</sup>.

Jaeger Junior aduz que o mercado de atuação dos agentes econômicos está cada vez mais internacional, ultrapassando as fronteiras físicas de um único território. Os Estados possuem limites geográficos, no quais determinam suas jurisdições. Esses limites impõem a eles a consequência de que as legislações se mostram insuficientes para solução de questões internacionais<sup>107</sup>. No mesmo sentido, Gaban e Domingues<sup>108</sup> referem que,

“No plano internacional, a concorrência vem ampliando o seu espaço de discussão. Isto ocorre pelo fato de existirem infrações à ordem econômica, cujos efeitos negativos atingem vários países ao mesmo tempo, como é o

---

<sup>106</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 134-142; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 381-403.

<sup>107</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 149.

<sup>108</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 215.

caso dos cartéis internacionais *hardcore*. Desta maneira, centros de discussão para o intercâmbio de ideias e informações são sempre positivos. O avanço da globalização tem feito com que as fronteiras econômicas entre os países fiquem menos claras se comparadas ao período de apogeu dos Estados-Nação, que salvaguardavam o seu direito soberano de controlar os negócios em seus territórios”.

As práticas limitadoras da concorrência que podem atingir efeitos internacionais são as principais razões para criação de uma ordem concorrencial supranacional, na busca de constante evolução de segurança jurídica. Outrossim, não se pode olvidar a busca pela eliminação de conflitos na ordem internacional. Por derradeiro, os Estados precisam desenvolver teorias para garantir a aplicação da liberdade de concorrência sem que conturbem as relações internacionais entre os países.

A primeira tentativa pós-Segunda Guerra Mundial se deu com a Carta de Havana, instrumento que instituiu a Organização Internacional do Comércio (OIC), em 1947. A proposta original era norte-americana e previa a constituição de um Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Somado a isso, além de regras para a regulação do comércio internacional, uma parte exclusiva de previsões para o controle de práticas anticompetitivas pela Organização (parte V)<sup>109</sup>. Entretanto, a Carta sofreu diversas alterações e passou a ser rejeitada pelos EUA, levando ao insucesso deste esforço multilateral. Neste contexto, com a necessidade insatisfeita de se instaurar um organismo multilateral que desenvolvesse e aplicasse as regras comerciais a nível mundial, os países terminaram por aproveitar algumas partes da Carta de Havana para celebrar o General Agreement on Tariffs and Trade – o GATT<sup>110</sup>. Todavia, uma uniformização das legislações concorrenciais dependeria de homogeneidade nas políticas econômicas dos Estados.

Depois dos esforços nas décadas de 40 e 50, houve nova tentativa com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Nessa organização, integra o Comitê de Direito e Política de Concorrência (CDPC), cuja função ultrapassa a análise das políticas de concorrência, sendo é responsável pela promoção das discussões sobre concorrência, apoiado pela divisão *Competition Law*

---

<sup>109</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 173-174.

<sup>110</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 474.

*and Policy* (CLP)<sup>111</sup>, além de comparar experiências, procurar respostas a problemas comuns e buscar coordenar as políticas nacionais e internacionais tanto entre membros e não-membros da organização<sup>112</sup>. A OCDE produziu em 1967, 1973 e 1976, recomendações não-vinculantes<sup>113</sup>, assim como instrumentos e decisões para auxiliar na definição de políticas econômicas e negociação de acordos multilaterais. Elaborou também códigos legais e linhas norteadoras de políticas com vistas a formação de acordos formais. Suas atividades geraram várias recomendações importantes sobre política e legislação de concorrência, como: *Separação Estrutural em Indústrias Reguladas* (2001), *Ações Efetivas Contra Cartéis Hard Core* (1998), *Cooperação entre os Países-membros em Práticas Anticoncorrenciais que Aferem o Comércio Internacional* (1995)<sup>114</sup>.

No entanto, suas recomendações ainda não possuem caráter vinculativo, mas tão-somente *soft law*. Os membros não são obrigados a adotar as recomendações, fato este que não tira a importância da OCDE para o desenvolvimento de um sistema multilateral concorrencial.

Posteriormente, em 1980, a UNCTAD (sigla em inglês para Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento), cujo escopo de suas pesquisas é colaborar com os países em desenvolvimento que se integrem na economia mundial. A UNCTAD aprovou um catálogo de princípios reunidos em uma Lei-modelo, denominada UN-RBP-Code, que era composta de sete partes: objetivos, definições e âmbito de aplicação, princípios e regras para empresas transnacionais, princípios e regras para os Estados, medidas de caráter internacional, assistência especializada e consulta, e mecanismos internacionais<sup>115</sup>.

Outras propostas foram feitas, como na OMC e na INC. Perante a Organização Mundial do Comércio, que é uma organização intergovernamental que tem por objetivo regular o comércio entre as nações, a ordem concorrencial

---

<sup>111</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218-219.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 402-406.

<sup>113</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 239-252.

<sup>114</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 404.

<sup>115</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 178-179

multilateral seria um palco, em *prima facie*, ideal, já que constitui foro de negociação de acordos comerciais e solução de disputas comerciais, além de ter implementado Grupo de Trabalho sobre Concorrência da OMC. Um exemplo de recusa do sistema de solução de controvérsias no âmbito da OMC, para julgamento de matéria concorrencial foi o caso Estados Unidos contra Japão<sup>116</sup>. Outra proposta seria a de se criar um direito antitruste multilateral na ICN – Rede Internacional da Concorrência, que foi criada em 2001 e integra mais de noventa autoridades de concorrência, organização não-governamentais e organismos internacionais. Tem o intuito de promover a convergência global na esfera concorrencial e se constituir em um foro independente e especializado na matéria. Possui quatro grupos de trabalho que são dedicados ao controle de fusões, implementação de políticas de concorrência, execução de legislações antitruste<sup>117</sup>. Entretanto, ambas as propostas não foram aceitas, o que ensejou em novas tentativas, como se verá a seguir.

A proposta mais concreta foi a de um Código Internacional Antitrust, em 1993. Tratou-se de abrangente tentativa de codificação do direito mundial dos cartéis, com ancoramento na Organização Mundial do Comércio. Esse documento é fundado em cinco princípios: limita-se a casos transfronteiriço, não é diretamente aplicável, pretende uma harmonização, internacionalização do processo jurídico concorrencial e a não discriminação<sup>118</sup>. Jaeger Junior ressalta que parte da doutrina crítica entende que o DIAC não solucionaria a questão da jurisdição extraterritorial, uma vez que todos os princípios e parâmetros mínimos para as regras substantivas previstos nele devem ser aplicados pelas autoridades antitruste nacionais.

Alternativa seria a adesão de acordos bilaterais, baseados em cooperação entre autoridades ou agências de controle da concorrência. Tendo em vista a ausência de tratados multilaterais, acordos bilaterais passaram a ser celebrados.

---

<sup>116</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Caso Estados Unidos v. Japão. **Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper**. Relatório do painel, WE/DS44/R, 31 mar. 1998.

<sup>117</sup> Sobre o tema ver GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236-256; JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 182-188; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 406-418; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 474-495.

<sup>118</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 193-213.

Muitos acordos bilaterais formam firmados, mas que aqui não serão tratados em razão da impossibilidade de exaurimento do tema, mas é possível relatar que um dos mais importantes acordos seja aquele havido entre Comunidade Europeia e os Estados Unidos, em 1991<sup>119</sup>. A adesão a acordos bilaterais entre diferentes nações pode ser vista sob óticas opostas. Se, por um lado, o tratado cria uma relação mais forte entre as partes, por outro, pode vir a prejudicar terceiros, conforme Enfatizam Oliveira e Rodas<sup>120</sup>:

“Duas são as correntes com relação à unidade real de tais acordos. Para alguns o adensamento crescente de acordos bilaterais significa prévio ao consenso multilateral, que levará à harmonização do direito substantivo; segundo outros servirá unicamente para aumentar, ainda mais, a força dos países com maior poder de barganha, que preferem negociar isoladamente”.

Como se pode denotar, os acordos bilaterais dependem de fatores que podem depreciar a sua execução, apresentando limitações: primeiro, depende de vontade das partes; e segundo, somente produzem efeitos entre os signatários, sendo as práticas anticoncorrenciais, em certos casos, exorbitante em países terceiros, o que poderá, por consequência, gerar ineficácia da proteção.

Por fim, pretende-se tratar da colaboração internacional em âmbito regional, dentre as quais estão o Mercosul, o Nafta e a União Europeia, sendo a última, a que alcançou estágio mais avançado, não somente em matéria concorrencial, mas também em todo seu processo de integração.

No que tange ao Mercosul, após a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, formou-se o bloco econômico do sul. Entretanto, sua estruturação em definitivo somente se deu com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 1994. Em matéria de defesa da concorrência, no Mercosul<sup>121</sup>, seu estágio encontra-se

---

<sup>119</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 245.

<sup>120</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 384.

<sup>121</sup> Sobre o tema ver JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p.632-692; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 287-303; e OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 388-394.

incipiente, todavia algumas tentativas em se criar um ambiente concorrencial harmônico foram tentadas<sup>122</sup>:

“O Tratado de Assunção pretendeu criar um mercado comum, dotado de condições concorrenciais adequadas, tendo o Conselho do Mercado Comum editado decisões, quer aprovando regras (Procedimento de Queixas e Consultas sobre Práticas Desleais de Comércio, vigente até 1994, nº 03/92; e Regulamento Relativo à Defesa contra as Importações objeto de Dumping ou de Subsídios, nº 07/93); quer fixando diretrizes sobre o assunto (Diretriz para eliminar políticas públicas distorcedoras da competitividade, nº 20/04; e diretriz para harmonizar legislações nacionais de defesa da concorrência, nº 21/94)”.

Houve, ainda, a tentativa de se promulgar o Protocolo de Defesa da Concorrência – PDC, que, apesar de assinado entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, membros do Mercosul à época, ainda não está em vigor<sup>123</sup>. Em sequência, passar-se-á à análise concorrencial do NAFTA.

Segundo seu Ato Constitutivo, um dos seus objetivos é a promoção da concorrência equânime na área de livre comércio<sup>124</sup>. É no seu capítulo XV, nos artigos 1501 ao 1505 que estão as disposições acerca da Política em Matéria de Concorrência, Monopólios e Empresas Estatais. Segundo o artigo 1501, “cada parte deve adotar ou manter medidas que proíbem práticas comerciais anticoncorrenciais e tomar medidas adequadas a respeito, reconhecendo que tais medidas irão reforçar o cumprimento do objetivo e finalidade do presente Tratado”.

Aduzem Oliveira e Rodas que mesmo sem leis comunitárias de defesa da concorrência, o Nafta é considerado um bloco regional muito evoluído. Fato esse atribuído ao papel que os Estados Unidos exercem no bloco, em benefício de maior cooperação e harmonização legislativa.

Em relação à União Europeia, ao contrário do que ocorrera com o Mercosul, desde o seu primórdio teve regulação em matéria concorrencial. As regras relativas à concorrência, como já tratado em capítulo específico, estão atualmente dispostas no Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), artigos 101 ao 106. É

---

<sup>122</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 391-392.

<sup>123</sup> Acordo sobre Regulamento do Protocolo da Concorrência. 2002. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/MRCSR/agcompop.asp>> Acesso em: 06 jul. 2015.

<sup>124</sup> Acordo sobre Regulamento do Protocolo da Concorrência. 2002. Disponível em: <[http://www.sice.oas.org/trade/nafta\\_s/indice1.asp#top](http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp#top)> Acesso em: 06 jul. 2015.

imperioso ressaltar que o órgão responsável pelo controle de concentrações, repressão aos acordos restritivos e abuso de poder dominante é a Comissão Europeia<sup>125</sup>. O artigo 19<sup>126</sup> do Regulamento 139/2004 dispõe sobre a forma de cooperação que a Comissão Europeia deve ter para com as autoridades de cada Estado-Membro em defesa da concorrência.

Por fim, é possível denotar o avançado nível de integração da União Europeia no que tange à harmonização legislativa de cada Estados-Membros em relação às regras na União. Marques ressalva que tal ideal foi no sentido de não privilegiar ou restringir um determinado membro em relação a outro<sup>127</sup>.

Assim, dos três blocos analisados, a União Europeia é a que está em estágio de integração mais avançado.

---

<sup>125</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 279-280; e OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 398-399..

<sup>126</sup> UNIÃO EUROPEIA. Resolução 139/2004 de 20 de Janeiro de 2004. Regulamento das concentrações comunitárias, art. 19.

<sup>127</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 286.



## CONCLUSÃO

Dedicou-se, no presente estudo, inicialmente à evolução histórica do Direito Concorrencial, para que se pudessem delinear os acontecimentos à época que influenciaram as legislações pioneiras em matéria concorrencial. Em sequência, se fez necessário investigar as concepções teóricas que serviram como alicerce para as legislações atuais dos países elegidos neste estudo, quais sejam: Brasil, União Europeia, Estados Unidos e China. Neste capítulo foi possível analisar que o Brasil, União Europeia e China adotaram as concepções da Escola de Freiburg (Ordo-Liberal); já os Estados Unidos se inspirou na Escola de Chicago (Teoria Neoclássica). Neste capítulo também restou estabelecido o conceito do direito concorrencial, na qual direito concorrencial é 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. Entendeu-se necessário trazer à baila para justificar a importância das normas concorrenciais a tese defendida por Augusto Jaeger Junior em que assentou que a liberdade de concorrência mostrou-se como a quinta liberdade fundamental para o desenvolvimento de processos de integração atualmente alcançado pela União Europeia. Neste capítulo, procurou-se tratar das estruturas de mercado para que se pudesse observar a intensidade da concorrência individualmente, com vistas a alcançar a defesa do consumidor por meio da intervenção estatal na regulação das economias.

Já no segundo capítulo, a partir da base formada, analisou-se as legislações do Brasil, da União Europeia, dos Estados Unidos e da China, iniciando-se pela sua evolução legislativa, passando-se pelas principais características em suas legislações atuais e, por fim, pela análise de alguns precedentes pertinentes para a compreensão do tema. Como se pôde observar, os países se veem compelidos a promulgar normas de defesa da concorrência de forma unilateral na tentativa de cessar as práticas anticoncorrenciais. Entretanto, as atividades mercantis não mais se limitam ao território nacional, fazendo com que países apliquem seu ordenamento jurídico extraterritorialmente. Tema este que foi objeto de estudo no terceiro capítulo.

No capítulo final, inicialmente se explanou acerca dos limites jurisdicionais, em proximidade com os Princípios da Não-intervenção e da Autodeterminação dos Povos. Ato contínuo, iniciou-se a temática da controvertida Doutrina Dos Efeitos, de construção jurisprudencial norte-americana, veio a causar grandes repercussões e debates na comunidade internacional. Como se pôde denotar, a aplicação unilateral do direito concorrencial não é uma solução às práticas das multinacionais lesivas à ordem concorrencial. Tal fato veio a causar reações e, inclusive, crises diplomáticas, que vêm na contramão das novas tendências do direito internacional. Tratou-se, por conseguinte, das possíveis soluções em esfera multilateral, com a Organização das Nações Unidas, a Carta de Havana, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), a OCDE, a UNCTAD e a OMC; bilateral, mediante instrumentos de cooperação jurídica; e, por último, nível regional, com o Mercosul, o Nafta e a União Europeia.

Ante todos esses insucessos, seja em nível multilateral, bilateral ou regional, o direito concorrencial, necessita para alcançar amplitude de aplicação, principalmente, de vontade política. Por vezes, se pôde observar no estudo que as legislações concorrenciais unilaterais vêm em ascendência em países que não haviam promulgado em seu ordenamento. Os Estados Unidos e Canadá, pioneiros, se viram obrigados a proteger seu comércio em razão da situação monopolista que determinadas empresas detinham à época. A União Europeia, por seu turno, utilizou a norma concorrencial no sentido de promover o mercado comum interno e desenvolver a integração entre as nações para que pudessem se recuperar da recessão da Segunda Grande Guerra. Já a China, desde sua abertura comercial em 1978 para os investimentos estrangeiros, vem adotando políticas em prol de seu progresso econômico. Neste sentido, a promulgação de uma lei concorrencial foi uma exigência dos membros da Organização Mundial do Comércio, no sentido de se trazer segurança jurídica às relações comerciais.

Entretanto, os Estados não podem depender apenas de suas legislações nacionais para repreender as práticas lesivas à concorrência. Soluções supranacionais precisam ser alcançadas, sejam elas perante a OCDE, a UNCTAD ou na OMC. Com a internacionalização da economia, frequentemente, condutas adotadas em um país acarretarão efeitos anticompetitivos em outro. Ocorre déficit de execução já que autoridades concorrenciais se limitam ao âmbito nacional.

Assim, um sistema multilateral fundado em regras, princípios e mecanismos de solução de controvérsias, tal qual o existente no âmbito da OMC, seria um forte indício de sucesso frente às lacunas em matéria de direito internacional da concorrência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 44, n. 1, p. 112-136, Junho de 2001. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292001000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292001000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31 de Maio de 2015.

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

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

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.

\_\_\_\_\_. The europeanization of private law: its progress and its significance for China. Oxford: **Oxford University Press**, v. 1 n. 1, 2013. pp. 49-65.

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, pp. 621-638.

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. 2015.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: *Renovar*, 2001. 366 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.

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

CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. O novo direito internacional privado chinês - aspectos gerais e contratuais (A propósito da nova Lei da República Popular da China, de 28 de outubro de 2010). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 906, 2011. p. 181-228.

DAN, Wei. O caminho chinês ao estado de direito. São Paulo: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, p. 50–75, 2008.

\_\_\_\_\_. 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.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. (Les grands systèmes du droit contemporains). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MACHADO, Diego Pereira. **Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia**. Salvador, BA: JusPodivm, 2011, 322 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico**. 8 jan. 2013. <Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/138>>. Acesso em: 15 maio. 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 510 p.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. 350 p.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. p. 280.

GONZÁLEZ, Carmen G. China En América Latina: derecho, economía y desarrollo sostenible. Facultad de Derecho. Bogotá: **Revista de Derecho Privado**, nº 44, p. 1–42, 2010.

HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth : The Antitrust Law Of The People's Republic Of China. **Asian Pacific Law & Policy Journal**, v. 6, p. 32–61, 2011.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. 271 p.

JAEGER JUNIOR, 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](http://www.meti.go.jp/english/report/data/gCT12_1coe.html)>. Acesso, 21 de outubro de 2014.

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, p. 92, 2006.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macro economia**. Tradução da 2ª ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. 831 p.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 512 p.

MING, Shang. Antitrust in China – a constantly evolving subject. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_CLI\\_February\\_2009.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_CLI_February_2009.aspx)>. Acesso em: 3 mar. 2015.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito económico**. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2003. 596 p.

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: 20 out. 2014.

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

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 336 p.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 592 p.

POMERANZ, Kenneth. *The great divergence: China, Europe, and the making of the modern world economy*. Princeton: **Princeton University Press**, 2001.

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**, v. 73, 2010. p. 302–329

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 400 p.

SANTOS, Karla Margarida Martins. **Cartéis Internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução**. São Paulo: ed. LTr, 2007.

SAUAIA, Antonio Carlos Aidar; KALLAS, David. O dilema cooperação-competição em mercados concorrenciais: o conflito do oligopólio tratado em um jogo de empresas. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 11, n. spe1, 2007. p. 77-101. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-6552007000500005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552007000500005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 01 jul. 2015.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. **Direito Antitruste – Aspectos Internacionais**. Ed. 1, 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2010. 528 p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Callendo Velloso da. **Defesa Da Concorrência No Mercosul**: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo: LTr, 1998.

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 21, out. 2014.

SOKOL, D. Daniel, *Merger Control under China's Anti-Monopoly Law* (January 27, 2013). **NYU Journal of Law and Business** Minnesota Legal Studies Research Paper n. 13-05, 2013. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2207690>. Acesso em 21 mar. 2015.

VISENTINI, Paulo Fagundes. **Manual do candidato: história mundial contemporânea (1776-1991)**: da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética. Apresentação do Embaixador Georges Lamazière. – 3. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2012. 283 p.

VISENTINI, Paulo; PEREIRA, A. D.; REIS DA SILVA, A.; ADAM, G. P.; VIEIRA, M. B. B. **BRICS: as potências emergentes**. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. v. 1. 228 p.

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

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**. Hong Kong: 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](http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr243_e.htm)>. Acesso em: 17 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **World Trade Report 2013**. 02 mar. 2013. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/world\\_trade\\_report13\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report13_e.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2014.