

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

BARBARA LUVIZOTTO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE
CONCENTRAÇÃO: ANÁLISE À LUZ DA LEI ANTITRUSTE
BRASILEIRA E DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
ORIENTADORA: PROF.^ª DR.^ª JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES**

RIBEIRÃO PRETO

2014

BARBARA LUVIZOTTO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO:
ANÁLISE À LUZ DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA E DA EXPERIÊNCIA
INTERNACIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo
como requisito parcial da obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Juliana Oliveira
Domingues

**Ribeirão Preto
2014**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

LUVIZOTTO, Barbara

A aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração: análise à luz da lei antitruste brasileira e da experiência internacional. Ribeirão Preto, 2014.

124 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientadora: Prof^a Dr^a Juliana Oliveira Domingues

1. Direito antitruste. 2. Teoria dos efeitos. 3. Aplicação extraterritorial da lei 12.529/11.

Nome: LUVIZOTTO, Barbara

Título: A aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração: análise à luz da lei antitruste brasileira e da experiência internacional.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, José Américo e Marlene, que me deram todo o amor, carinho, suporte e sempre me encorajaram a lutar pelos meus sonhos.

Ao meu irmão, Pedro.

Amo vocês incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, por ter me capacitado e por ter me dado a melhor família e amigos que eu poderia desejar.

À minha mãe, pela alegria e força que transmite a cada dia, pelo incentivo e por sempre me tranquilizar nos momentos de desespero. Ao meu pai, a pessoa mais batalhadora que conheço, por sempre ter me apoiado e orientado. Ao meu irmão, que sempre me ajudou e com quem eu tenho certeza que sempre poderei contar.

Agradeço à Universidade de São Paulo pela bolsa concedida, que proporcionou minha ida à Alemanha, onde, pela primeira vez, fui apresentada ao Direito Concorrencial. Ao professor Alessandro Hirata, pela carta de recomendação que viabilizou a obtenção do intercâmbio.

À minha orientadora, Professora Juliana Domingues, por haver confiado em mim para desenvolver tão interessante e relevante tema. Agradeço, ainda, por ter permanecido sempre presente ao longo do trabalho.

Por fim, e como não poderia deixar de ser, agradeço às minhas queridas amigas e amigos, pela paciência que tiveram comigo ao longo do trabalho e por sempre me darem ânimo para seguir em frente.

*“One can be a very much better English lawyer
for knowing some French law” (F. H. Lawson)*

RESUMO

LUVIZOTTO, Barbara. **A Aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração: análise à luz da lei antitruste brasileira e da experiência internacional.** 2014. 124 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

É fato que a legislação brasileira adotou expressamente em seu texto o princípio da territorialidade e a teoria dos efeitos, permitindo, assim, o exercício extraterritorial da jurisdição em matéria antitruste quando a operação produz ou possa vir a produzir efeitos no território nacional. Tal exercício revela-se necessário, dado que, cada vez mais, as atividades empresariais ultrapassam as fronteira estatais, impactando, frequentemente, de maneira negativa na concorrência de diversos Estados.

Neste sentido, uma vez que inexiste um mecanismo internacional que regule a concorrência mundial, as nações são compelidas a aplicar suas respectivas legislações nacionais antitruste extraterritorialmente de maneira unilateral. Dado que o direito concorrencial brasileiro e, consequentemente, a previsão da teoria dos efeitos na legislação nacional, são extremamente recentes, é de suma importância sistematizar como as jurisdições mais tradicionais, isto é, a norte-americana e a comunitária, aplicam essa doutrina nos atos de concentração.

Para tanto, por meio do método comparado, será feito um estudo de cada uma dessas jurisdições, onde serão analisadas as previsões e requisitos legais existentes que fundamentam a aplicação extraterritorial da lei antitruste nos atos de concentração com base na teoria dos efeitos, suas origens históricas e o processo evolutivo de cada um dos sistemas jurídicos, através do estudo de alguns casos relevantes que já foram julgados e das atuais projeções doutrinárias, buscando, assim, estabelecer suas semelhanças e diferenças.

Importante destacar a relevância do estudo deste tema nos sistemas concorrencias dos Estados Unidos, berço do direito antitruste e de sua aplicação extraterritorial, bem como da Comunidade Européia, que, apesar de ter sofrido fortes influências dos Estados Unidos, hoje se difere significamente deste.

Palavras-chave: Aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração. Extraterritorialidade da lei antitruste. Direito Concorrencial.

ABSTRACT

LUVIZOTTO, Barbara. **The application of the effects doctrine on merger control: analysis of the brazilian antitrust law and international experience.** 2014. 124 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

It is a fact that the Brazilian legislation expressly adopted in its text the territoriality principle and the effects doctrine, thus allowing the extraterritorial exercise of jurisdiction when the operation produces or may produce effects on the national territory. This exercise proves to be necessary since the number of cross-border mergers that impacts negatively on competition of several states has been increasing.

Considering that there is no international mechanism to regulate the global competition, nations are compelled to apply their national antitrust law unilaterally. Since the Brazilian competition law and consequently the effects doctrine are extremely recent, it is important to systematize how the traditional jurisdictions, i.e. USA and the European Union apply this doctrine.

Through the comparative method, a study of each of these jurisdictions will be done, describing the existing legal requirements to apply the antitrust law extraterritorial based on the effects doctrine, its historical origins and the evolutionary process of each of the legal systems through the study of major cases that have already been tried and current doctrinal projections, seeking thereby to establish their similarities and differences.

It is important to highlight the importance for studying this subject in the U.S., the birthplace of antitrust and its extraterritorial application, as well as the European Community, which despite having been strongly influenced by the U.S. today differs significantly from this.

Keywords: Cross-border merger. Effects doctrine. Extraterritoriality of antitrust law. Competition Law.

ZUSAMMENFASSUNG

LUVIZOTTO, Barbara. **Die Anwendung des Auswirkungsprinzips in der Zusammenschlusskontrolle: Analyse der brasilianische Kartellrecht und die internacionale Erfahrung**. 2014. 124 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern ist ein beliebtes Instrument, um die Marktstellung der beteiligten Unternehmen zu verstärken. Obwohl Zusammenschlüsse zu positiven Auswirkungen in der Wirtschaft führen können, andererseits können sie auch gefährliche Instrumente sein, welche die Verringerung von Wettbewerb verursachen. Es ist eine Tatsache, dass die brasilianische Gesetzgebung ausdrücklich in seinem Text das Territorialitätsprinzip und die Auswirkungsprinzip voraussieht, dass heisst, Brasilien kann sein Kartellrecht extraterritorial verwenden immer wenn der Zusammenschluss sich im brasilianische Staatsgebiet auswirkt.

Da es keine internationalen Mechanismus gibt, welche den globalen Wettbewerb regelt, sind die Nationen gezwungen, ihre nationalen Kartellrecht einseitig anzuwenden. Weil der brasilianischen Wettbewerbsrecht und damit auch seine extraterritoriale Anwendung extrem neu sind, ist es von grösser Bedeutung die traditionellen Rechtsordnungen zu systematisieren, d. h., die amerikanische und die europäischen, durch den vergleichende Methode.

Stichworte: Internationaler Anwendungsbereich der brasilianische Zusammenschlusskontrolle. Auswirkungsprinzip. Kartellrecht.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAC	Anglo American Corporation of South Africa Ltda
Alcoa	United States v. Aluminium Corp. of America
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEE	Comunidade Econômica Europeia
GE	General Electric
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
ICN	International Competition Network
DOJ	Department of Justice
EUA	Estados Unidos da América
FTC	Federal Trade Commission
LAB	Lei Antitruste Brasileira
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
MJ	Ministério da Justiça
NLAB	Nova Lei Antitruste Brasileira
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
ProCADE	Procuradoria Federal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TPICE	Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias
UE	União Europeia

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: gráfico *number of cross-border M&A in Brazil* p. 86

Figura 2: tabela comparativa entre a Lei 8.884/1994 e Lei 12.529/201..... p. 95

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	27
1.1 JUSTIFICATIVA	27
1.2 METODOLOGIA E OBJETIVOS	29
1.3 CONTEÚDO DOS CAPÍTULOS.....	31
2. JURISDIÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE NO DIREITO DA CONCORÊNCIA	33
2.1 JURISDIÇÃO ESTATAL	33
2.2 LIMITES JURISDICIONAIS DO ESTADO.....	33
2.2.1 A jurisdição prescritiva limitada pelo Direito Internacional	35
2.2.2 A limitação da jurisdição executiva pelo Direito Internacional Público	36
2.3 JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL E SUA EXTENSÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	36
2.3.1 Fundamentos utilizados pelos Estados para justificar a extraterritorialidade de sua competência jurisdicional no direito concorrencial	37
2.3.1.1 Princípio da proteção ou segurança nacional.....	37
2.3.1.2 Princípio da nacionalidade	38
2.3.1.3 Princípio da territorialidade	39
2.3.1.3.1 Teoria dos efeitos.....	41
2.3.1.3.2 Teoria da unidade econômica	44
2.3.1.3.3 Teoria da localização do comportamento anticoncorrencial	44
3. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NOS EUA....	47
3.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	47
3.2 A JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NO DIREITO CONCORRENCIAL NORTE-AMERICANO.....	50
3.2.1 A criação jurisprudencial da teoria dos efeitos: o caso Alcoa	51
3.2.2 Previsão legal da teoria dos efeitos	53
3.2.2.1 Sheman Act	53

3.2.2.1.1 Comércio de importação	55
3.2.2.1.2 Comércio de exportação.....	56
3.2.2.1.3 O que são os efeitos “diretos, substanciais e previsíveis”?	56
3.2.2.2 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations.....	58
3.3 A APLICAÇÃO DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO COM BASE NA TEORIA DOS EFEITOS	60
3.4 AS TENTATIVAS NORTE-AMERICANAS DE REDUZIR OS CONFLITOS COM OUTROS ESTADOS	62
3.4.1 Comity Doctrine	62
3.4.2 Acordos de cooperação internacional	64
4. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA	65
4.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	65
4.2 ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL	67
4.3 O CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA COMUNIDADE	69
4.3.1 O controle dos atos de concentração no Regulamento 139/2004	70
4.4 A JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NO DIREITO CONCORRENCEIAL COMUNITÁRIO	71
4.5 APLICAÇÃO DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO COM BASE NA TEORIA DOS EFEITOS	73
4.5.1 Primeiro Requisito: art. 3º do Regulamento 139/2004	74
4.5.2 Segundo Requisito: art. 1º do Regulamento 139/2004	76
4.5.3 Terceiro Requisito: produção de efeitos diretos, substanciais e previsíveis	77
4.5.3.1 Efeitos diretos, previsíveis e substanciais como limitadores da teoria dos efeitos	78
4.6 ESTUDO DE CASOS.....	79
4.6.1 Gencor v. Commission.....	79
4.6.2 The Boeing/McDonnell Douglas	81
4.6.3 General Electric/Honeywell	82
5. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL ..	85
5.1 AS CONCENTRAÇÕES E SEU CONTROLE PELO ESTADO	85

5.2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	87
5.2.1 O controle dos atos de concentração de empresas na Lei 8.884/1994	92
5.2.2 O controle dos atos de concentração de empresas na Lei 12.529/2011	94
5.3 A JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.....	97
5.3.1 Antecedentes – A Lei 4.137/1962.....	97
5.3.2 A jurisdição extraterritorial nas Leis 8.884/94 e 12.529/2011.....	98
5.4 A APLICAÇÃO DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO COM BASE NA TEORIA DOS EFEITOS	101
5.5 ESTUDO DE CASOS.....	106
5.5.1 Schwinn / Pacific Cycle	106
5.5.2 Borg Warner / Eaton	107
5.5.3 DuPont / Chemtura	109
5.5.4 Dow / Rohm and Hass.....	111
5.5.5 Sadia / Perdigão	112
6. CONCLUSÃO.....	115
7. BIBLIOGRAFIA	119

1. INTRODUÇÃO

1.1 Justificativa

Perante um mundo globalizado e de economias nacionais cada vez mais integradas, houve um considerável incremento do comércio internacional nos últimos anos. A empresa multinacional ou transnacional iniciou sua expansão especialmente nos Estados Unidos da América (EUA) a partir da Segunda Guerra Mundial. Por meio do exercício de suas atividades, ela pode gerar inúmeras vantagens à nação onde se encontra sua sede administrativa, como, por exemplo, a geração de divisas com o retorno dos lucros, e também ao Estado receptor, por meio do aumento do número de empregos, pagamento de taxas públicas, dentre outros benefícios¹. Todavia, há que se ter em mente que o objetivo da empresa transnacional é sempre atender aos seus próprios interesses, buscando obter o maior lucro possível. Essa busca constante pelo aumento da eficiência, e, consequentemente, da competitividade das empresas, pode ser feita de diversas maneiras, dentre as quais destacam-se a redução dos custos de produção e comercialização² alcançados através de atos de concentração entre empresas.

Tradicionalmente, a aplicação do direito da concorrência é restrita ao âmbito do território nacional. Por outro lado, as atividades empresariais revelam-se cada vez mais transfronteiriças, afetando, por conseguinte, o interesse de diversos Estados e gerando, frequentemente, diminuição da concorrência³. Nesse sentido e levando-se em consideração que não existe um direito internacional da concorrência, as nações afetadas pelas práticas que produzem efeitos em mais de um território nacional são compelidas, cada qual individualmente, a aplicar suas legislações nacionais antitruste de maneira extraterritorial⁴.

Desta forma, a aplicação da legislação concorrencial brasileira no âmbito

¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *Direito Antitruste – Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 33.

² SILVA, *op. cit.* p. 33.

³ JAEGER Junior, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

⁴ JAEGER, *op. cit.* p 33.

extraterritorial é consequência direta da internacionalização das atividades econômicas⁵, que contrasta com a dimensão territorial do ordenamento jurídico estatal⁶. Frequentemente são apresentados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atos de concentração⁷ oriundos de operações efetuadas no exterior, ou entre empresas nacionais e estrangeiras. Isso acontece, pois, concentrações econômicas, mesmo que ocorridas fora do território nacional, podem gerar efeitos anticoncorrenciais dentro das fronteiras brasileiras.

Conforme será analisado ao longo do presente trabalho, a Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB) adota em seu art. 2º, de maneira semelhante à antiga Lei 8.884/94, os critérios da territorialidade e da nacionalidade, mas também, e principalmente, o princípio da teoria dos efeitos. Segundo este princípio, a lei antitruste brasileira incidirá em todas as práticas que produzam ou possam produzir efeitos dentro do território brasileiro, não importando a nacionalidade ou domicílio das empresas envolvidas. Importante ressaltar que, segundo este artigo, a jurisdição brasileira é competente para analisar determinada operação ainda que ela não tenha produzido efeitos concretos no território nacional; a mera possibilidade que tais efeitos venham a ocorrer já é suficiente para ensejar a aplicabilidade da NLAB.

Historicamente, o pioneirismo na elaboração de um direito da concorrência é atribuído à América do Norte, mais especificamente ao Canadá, que, em 1889, editou o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, seguido pelos EUA, cuja primeira lei antitruste conhecida como *Sherman Act* data do ano de 1890 e está vigente até os dias de hoje⁸.

Em um momento posterior ao desenvolvimento da matéria antitruste, mais especificamente na década de 1940, os EUA passaram a aplicar o *Sherman Act*, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act* em contratos firmados por empresas estrangeiras no exterior, sob a justificativa que eles produziam efeitos no território estadunidense⁹. Tratava-se

⁵ CASTELLA, Paulo Borba. *Extraterritorialidade e proteção da livre-concorrência*. In: Revista da Faculdade de Direito: São Paulo, v. 96. 2001. p. 501.

⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 34.

⁷ Atos de concentração podem ser conceituados como sendo “as operações empresariais que alteram ou podem alterar a concorrência no mercado (...). Na perspectiva jurídica, essas operações podem se revestir das mais variadas formas e modalidades societárias, como fusões, incorporações, *joint ventures*, cisões, aquisições de participação acionária (minoritária e/ou majoritária), consórcios, acordos de cooperação (...), industrialização por encomenda, alienação ou cessão de bens intangíveis como *know-how*, direitos de propriedade intelectual (...), lista de clientes, *swap agreements* etc”. DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119. Sobre este tema, ver ainda item 5.2.3.

⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 61.

⁹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2 ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 337.

da aplicação extraterritorial da legislação nacional antitruste, o que gerou diversos protestos nos países de celebração dos contratos¹⁰.

Essa situação, onde grandes atos de concentração podem afetar a economia de mais de um Estado soberano, suscita dúvidas acerca dos limites aceitáveis e viáveis de exercício da jurisdição nacional¹¹. Imprescindível se faz, portanto, a análise do alcance da aplicação da lei antitruste brasileira no que se refere aos atos de concentração ocorridos em território estrangeiro. É relevante destacar que a aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração se configura em uma questão complicada, envolvendo uma série de interesses. Por um lado, a autoridade estatal poderia desejar inibir a concentração de empresas estrangeiras com efeitos no território nacional, dado que tal prática poderia afetar negativamente a atividade econômica de seu país. Por outro lado, todavia, os interesses da autoridade estrangeira também devem ser respeitados, uma vez que a aplicação da teoria dos efeitos restringe sua soberania dentro de seu próprio território, podendo, inclusive, acarretar prejuízos econômicos. Além disso, os interesses das empresas estrangeiras devem ser levados em consideração, uma vez que devem ter sua autonomia protegida (no caso brasileiro, com base na aplicação dos princípios constitucionais da livre iniciativa¹² e livre concorrência¹³). Por fim, deve-se impedir que os Estados utilizem-se da teoria dos efeitos para impor seus próprios interesses econômicos à custa dos demais Estados e empresas estrangeiras¹⁴.

1.2 Metodologia e objetivos

O presente trabalho utilizará o método comparatístico, voltado a entender as semelhanças e diferenças da aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração no

¹⁰ AMORELLI, Marcelo José Barbosa. *Análise comparativa da extraterritorialidade no direito da concorrência*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 14.

¹¹ CASTELLA, Paulo Borba. *op. cit.* p. 502.

¹² O princípio da livre iniciativa, previsto pela Constituição Federal de 1988, configura-se como sendo uma das bases da ordem econômica brasileira. Tal princípio foi incorporado na Nova Lei Antitruste Brasileira (L. 12.529/2011), dispondo, em suma, que as pessoas são livres para a prática e exercício de quaisquer atividades ou profissão, desde que o imposto direto e as taxas exigíveis sejam pagas, devendo-se, ainda, obedecer aos regulamentos de polícia eventualmente aplicáveis. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan, 2012, p. 52.

¹³ De maneira semelhante ao princípio da livre iniciativa, também o princípio da livre concorrência encontra previsão constitucional. É importante destacar seu caráter instrumental, dado que “consiste em instrumento por meio do qual se deve orientar o exercício da livre iniciativa”, isto é, objetiva-se manter a liberdade de atuação dos agentes econômicos no mercado como meio de beneficiar, em última instância, os consumidores. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op.cit.* p. 54.

¹⁴ ROESEN, Katrin. *Mehrfache Sanktionen im Internationalen und Europäischen Kartellrecht*. Köln, 2009, p. 35.

Brasil, nos Estados Unidos da América (EUA) e na União Europeia.

Pode-se conceituar o direito comparado, nas palavras de Dolinger, como sendo “a ciência (ou o método) que estuda por meio de contraste, dois ou mais sistemas jurídicos, analisando suas normas positivas, suas fontes, sua história e os variados fatores sociais e políticos que o influenciam”¹⁵.

O estudo comparativo é extremamente relevante pois permite uma melhor compreensão do próprio direito nacional, na medida em que se estabelece, através de uma profunda análise, as convergências e divergências entre os sistemas jurídicos comparados¹⁶. Além disso, permite o conhecimento do ordenamento jurídico de outros Estados, melhorando, desta maneira, o relacionamento entre os países e criando, consequentemente, estímulos ao desenvolvimento das relações internacionais¹⁷.

Neste sentido, levando-se em consideração que o sistema antitruste é algo novo no Brasil, tendo menos de 20 (vinte) anos de efetiva atuação, e que o país adotou a teoria dos efeitos, este trabalho pretende sistematizar como as jurisdições mais tradicionais e a jurisdição brasileira aplicam a teoria dos efeitos nos atos de concentração. Para isso, analisar-se-á de que maneira o Brasil, os EUA e a União Europeia disciplinam o tema.

Por meio da utilização do método comparado, será feito um estudo específico de cada uma dessas jurisdições, onde serão analisadas as previsões e requisitos legais existentes que fundamentam a aplicação extraterritorial da lei antitruste nos atos de concentração com base na teoria dos efeitos, suas origens históricas e o processo evolutivo de cada um dos sistemas jurídicos, através do estudo de alguns processos já julgados e das atuais projeções doutrinárias, buscando, assim, estabelecer suas semelhanças e diferenças.

Importante destacar a importância do estudo deste tema nos sistemas concorrencias dos EUA, um dos pioneiros no desenvolvimento do direito antitruste e de sua aplicação extraterritorial, bem como da Comunidade Europeia, devido a importância de seu sistema concorrencial que é significantemente distinto do norte-americano.

Busca-se, por fim, com este trabalho, contribuir para a discussão e atualidade do tema, dado que estamos diante de um assunto ainda incipiente no Brasil, mas que possui gigantesca importância não apenas no contexto jurídico e econômico, mas também no social e político.

¹⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: (parte geral)*. 3 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 40.

¹⁶ DOLINGER, Jacob., *op. cit.* p. 40.

¹⁷ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 60.

1.3 Conteúdo dos capítulos

Antes de iniciar os estudos, será abordado brevemente o conteúdo de cada capítulo a fim de facilitar a leitura.

Para que os objetivos acima mencionados sejam alcançados, será importante tecer considerações, no Capítulo 2, acerca da jurisdição e a extraterritorialidade no direito da concorrência. Serão analisados o conceito de jurisdição e os modos pelos quais os Estados podem exercê-la, quais sejam, através das jurisdições prescritiva, adjudicativa e executiva. Além disso, serão elencados os limites jurisdicionais e os fundamentos utilizados pelos Estados para justificar a extraterritorialidade de sua competência jurisdicional em matéria concorrencial.

No Capítulo 3 parte-se propriamente para o estudo comparado do tema, analisando-se a aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração nos Estados Unidos da América. Primeiramente será abordada a evolução das legislações antitruste e do controle dos atos de concentração estadunidenses, as previsões legais e alguns processos já julgados pelos tribunais sobre o tema, situando a problemática no tempo e no espaço.

No Capítulo 4 e 5 será analisada a aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração na União Europeia e no Brasil, respectivamente. De maneira semelhante ao capítulo 3, abordar-se-á o histórico da legislação antitruste comunitária e brasileira, dando-se enfoque especial na evolução dos atos de concentração, os dispositivos legais e, por fim, serão estudados alguns casos importantes em que o tema foi abordado.

Por fim, no último capítulo, será elaborada uma breve síntese comparativa entre a aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração nos EUA, UE e Brasil, a fim de sintetizar os principais pontos dos três ordenamentos jurídicos e relacioná-los entre si, a fim de melhor compreender as suas semelhanças e diferenças.

2. JURISDIÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE NO DIREITO DA CONCORÉNCIA

2.1 Jurisdição estatal

Para o desenvolvimento do presente trabalho é imprescindível que, primeiramente, seja conceituado o termo jurisdição e que sejam tecidas as considerações sobre sua acepção extraterritorial.

Segundo o Direito Internacional, o termo jurisdição deve ser entendido como a autoridade estatal para definir e tutelar os direitos e deveres das pessoas físicas e jurídicas, além de controlar suas condutas¹⁸. Neste sentido, jurisdição deve ser compreendida como sendo o poder concedido ao Estado pelo Direito Internacional para legislar, administrar e julgar¹⁹. Sendo assim, o Estado possui o condão de exercer sua jurisdição por meio da elaboração (jurisdição ‘prescritiva’ ou ‘legislativa’), da aplicação (jurisdição ‘adjudicativa’ ou ‘judicial’) ou da execução (jurisdição ‘executiva’) de normas²⁰.

A jurisdição legislativa corresponde à competência conferida pelo direito internacional a um Estado para regulamentar, ou seja, para elaborar e editar normas²¹. Já a jurisdição adjudicativa se refere à competência estatal concedida a um tribunal nacional para aplicar o direito, enquanto que a jurisdição executiva, por sua vez, trata da competência de um Estado para tomar medidas materiais para a execução de suas normas e decisões, efetivando, assim, a aplicação do direito por ele produzido, ainda que coercitivamente²².

2.2 Limites jurisdicionais do Estado

Os três aspectos da jurisdição estatal vistos anteriormente são fundamentais para o estabelecimento dos limites ao exercício da jurisdição pelos Estados.

¹⁸ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 19.

¹⁹ CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *Direito antitruste & relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 51.

²⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 40

²¹ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 52.

²² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 44.

A sociedade internacional, formada por Estados e organizações internacionais, é disciplinada pelo Direito Internacional Público, cujo objetivo é, em última instância, alcançar a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais por meio de um conjunto de princípios e regras jurídicas²³. Nesse sentido, os Estados que compõe a sociedade internacional devem exercer sua jurisdição visando à consecução das metas comuns da humanidade. Tendo isso em vista, a limitação da jurisdição estatal é estabelecida no plano internacional, evitando, assim, que determinado Estado invada a jurisdição alheia e dê início a conflitos interestatais²⁴.

A jurisdição de um Estado lhe possibilita a elaboração de normas tanto de direito nacional, como de direito internacional, isoladamente, e inclusive através de atos unilaterais que possam gerar efeitos extraterritoriais. Esse poder jurisdicional, todavia, está limitado pelos princípios gerais de direito internacional que os Estados estão obrigados a respeitar. Em outras palavras, há casos em que o Estado regula, dentro de seu território, atos e relações que podem ter efeitos internacionais.²⁵

A delimitação da jurisdição estatal pelas regras de Direito Internacional Público é de suma importância, pois, se coubesse a cada Estado definir seu próprio limite jurisdicional, este poderia ser facilmente extrapolado tendo em vista o atendimento de interesses estatais particulares, o que acarretaria, consequentemente, conflitos com a ordem internacional.²⁶

Cumpre ressaltar que o exercício da jurisdição internacional do Estado deve ir ao encontro das aspirações da comunidade internacional. Caso o Estado pratique atos contrários aos princípios gerais do direito internacional devido a sua base de poder maior que a dos demais Estados, não ocorrerá expressão de uma norma jurídica, mas sim a manifestação da força bruta pura e simplesmente.²⁷

A grande dificuldade encontrada, todavia, é a falta de critérios objetivos acerca dos limites da jurisdição extraterritorial em algumas matérias, dentre as quais se enquadra o direito da concorrência. Consequentemente, abre-se margem para a determinação unilateral da jurisdição extraterritorial por alguns Estados, comportamento este que na grande maioria das

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

²⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 46.

²⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Fatores de limitação da jurisdição do Estado. In: *Revista dos Tribunais*. set. 1999. v. 767. São Paulo: RT, 1999, p. 47.

²⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 46.

²⁷ MAGALHÃES, José Carlos de., *op. cit.* p. 53.

vezes é alvo de críticas pelos demais Estados.

2.2.1 A jurisdição prescritiva limitada pelo Direito Internacional

Em relação a este ponto, é imprescindível a análise do caso *France vs. Turkey*²⁸ (*Lotus*)²⁹, julgado em 1927 pela então Corte Permanente de Justiça Internacional e apontado pela doutrina internacionalista como o principal caso que estabeleceu limites à jurisdição prescritiva estatal imposta pelo Direito Internacional. Seu conteúdo, todavia, tem sido objeto de divergência doutrinária. Sendo assim, alguns autores defendem, com base em uma interpretação literal deste julgado, que na hipótese de inexistir regras proibitivas de Direito Internacional ao exercício da jurisdição extraterritorial, sua prática é automaticamente permitida³⁰. Em outras palavras, essa parcela da doutrina entende que é permitido tudo o que não é proibido pelo Direito Internacional Público³¹. Desta maneira, para essa corrente doutrinária, o caso *Lotus* é considerado como sendo o caso que fundamenta o exercício da jurisdição extraterritorial por parte dos Estados. A principal crítica em relação a essa tese é a ampla discricionariedade que ela atribui aos Estados para a elaboração e aplicação de suas jurisdições extraterritorialmente³².

Por isso e, contrariamente a primeira corrente doutrinária supracitada, uma segunda parcela da doutrina é do entendimento que não há como transpor a decisão no caso *Lotus* para os dias atuais sem levar em consideração as evoluções históricas ocorridas na concepção da soberania estatal na ordem internacional, concepção essa que sofreu grandes modificações após a Segunda Guerra Mundial³³. Essa tese sustenta que a jurisdição extraterritorial poderá ser exercida quando houver a somatória de dois fatores: (i) ausência de um impedimento geral

²⁸ PCIJ, Series A, n. 09, Sep. 07, 1927.

²⁹ Esse caso pode ser assim sintetizado: O navio francês *Lotus* e a embarcação turca *Buz-Kourtu* colidiram em alto-mar. Esta, como consequência da colisão, partiu ao meio, afundou, e causou a morte de oito tripulantes de nacionalidade turca. Assim que chegaram em Istambul, os comandantes dos dois navios foram presos, julgados e condenados criminalmente pelos tribunais turcos, apesar dos protestos da França acerca da incompetência dos tribunais turcos para punir o capitão francês. O caso foi então submetido à Corte Permanente de Justiça Internacional, sob a alegação francesa que a jurisdição exercida pela Turquia não estava fundamentada nos princípios de Direito Internacional. A Corte decidiu que a jurisdição exercida pela Turquia foi válida e encontrava fundamento do Direito Internacional. MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação Extraterritorial das leis nacionais. *Revista de Direito Público*, abr./jun. 1983, n. 66, p. 72.

³⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 50.

³¹ FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 105, jan/mar. 1990. p. 21.

³² FARIA, José Ângelo Estrella, *op. cit.*, p. 21.

³³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 48.

ao seu exercício e; (ii) adequação ao Direito Internacional que justifique a sua incidência³⁴. Essa parcela crítica da doutrina não considera que a prática da jurisdição extraterritorial pelos Estados encontre qualquer fundamento nos princípios do Direito Internacional³⁵.

Cumpre destacar, ainda, que para a doutrina majoritária, a jurisdição adjudicativa integra a jurisdição prescritiva, sendo, assim, um mero aspecto desta. Enfim, para o presente trabalho, basta compreender que os Estados possuem jurisdição, que, por sua vez, encontra-se limitada devido à observância aos princípios do Direito Internacional e a soberania dos demais Estados³⁶.

2.2.2 A limitação da jurisdição executiva pelo Direito Internacional Público

Diferentemente do que ocorre na jurisdição prescritiva, onde não há consenso doutrinário acerca dos limites estabelecidos pelo Direito Internacional Público, na jurisdição executiva a doutrina é unânime em afirmar que ela deve obedecer ao princípio da territorialidade absoluta. Em outras palavras, o Direito Internacional não confere a nenhum Estado a permissão para efetuar uma execução dentro das fronteiras territoriais de outro Estado sem o consentimento deste³⁷.

2.3 Jurisdição extraterritorial e sua extensão ao Direito da Concorrência

A jurisdição extraterritorial, que inicialmente era aplicada apenas no âmbito do direito penal, passou a ser aplicada também ao direito antitruste a partir da 2^a Guerra Mundial por iniciativa estadunidense. Isso porque as atividades transnacionais e multinacionais das empresas impulsionaram a busca estatal por fórmulas jurídicas capazes de dar suporte as suas pretensões³⁸. Atualmente, para que um determinado Estado possua um sistema de defesa da concorrência eficiente, é preciso que abarque as operações que ocorram em território estrangeiro³⁹.

³⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 50.

³⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 58.

³⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 55.

³⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 51.

³⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 63.

³⁹ FELIX, Natália Oliveira., *op. cit.* p. 397.

Nesse sentido, ainda é importante ressaltar que há uma aplicação extraterritorial do direito nacional sempre que um determinado Estado aplica as suas normas jurídicas a casos que ocorrem, total ou parcialmente, em território estrangeiro⁴⁰.

2.3.1 Fundamentos utilizados pelos Estados para justificar a extraterritorialidade de sua competência jurisdicional no direito concorrencial

O principal problema que decorre da aplicação extraterritorial da concorrência é a aplicação das normas nacionais aos fatos internacionais. O reconhecimento de uma jurisdição estatal extraterritorial implica, consequentemente, também no reconhecimento da aplicação extraterritorial de suas leis⁴¹.

Conforme dito anteriormente, a legislação antitruste passou a ser aplicada de maneira extraterritorial inicialmente nos EUA, alcançando acordos, cartéis e associações praticados fora do território estadunidense, que envolviam tanto empresas de nacionalidade americana como também empresas estrangeiras⁴². Tal prática foi seguida pela Comunidade Europeia que, juntamente com os EUA, passaram a desenvolver teorias com o intuito de fundamentar a extraterritorialidade de suas respectivas jurisdições na esfera do direito antitruste. Procurou-se, neste sentido, utilizar os mesmos princípios utilizados na esfera da aplicação extraterritorial da lei penal, aplicando-os extensivamente, e incluindo, assim, novos elementos de conexão⁴³. Esses novos elementos introduzidos têm como base, sobretudo, os princípios da nacionalidade e da territorialidade. Também o princípio da proteção é utilizado, encontrando, todavia, forte oposição dos demais Estados. A seguir, serão explicados detalhadamente os fundamentos utilizados pelos Estados para justificar a extraterritorialidade de sua competência jurisdicional no direito antitruste, calcados nos três princípios acima citados.

2.3.1.1 Princípio da proteção ou segurança nacional

Esse princípio, extremamente criticado pela doutrina, encontra forte rejeição entre os países, que, normalmente, optam por fundamentar a aplicação extraterritorial da lei antitruste

⁴⁰ FARIA, José Ângelo Estrella., *op. cit.* p. 22.

⁴¹ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 59

⁴² MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 64.

⁴³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 62.

com base nos dois outros princípios, com destaque para o princípio da territorialidade, que é manifestamente o predileto pelos Estados. Segundo o princípio da proteção, estarão submetidos à jurisdição dos Estados os atos praticados em território estrangeiro, por agentes não nacionais, desde que eles sejam dirigidos contra a sua integridade e segurança nacional⁴⁴.

Normalmente utilizado pelo Direito Penal nas hipóteses de ameaça à segurança nacional, esse princípio tem sido interpretado de modo extensivo sobretudo pelos Estados Unidos da América, que fundamentam a sua aplicação no *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*⁴⁵.

Todavia, a extensão desse princípio ao direito antitruste não é reconhecida pelo Direito Internacional, conforme se pode deduzir do caso *Barcelona Traction*⁴⁶, onde a Corte Internacional de Justiça confirmou a impossibilidade de aplicação do princípio da proteção à ordem econômica⁴⁷. Soma-se a isso a ampla rejeição dos países em aplicar este princípio como fundamento para o exercício extraterritorial do direito antitruste nacional, o que permite concluir que o Estado que o utilizar como fundamento será duramente criticado pela sociedade internacional.

2.3.1.2 Princípio da nacionalidade

Segundo o princípio da nacionalidade, a legislação de um determinado Estado pode ser aplicada às pessoas físicas ou jurídicas nacionais, independentemente do Estado em que elas se encontrem. Em outras palavras, mesmo que o fato tenha ocorrido em um território estrangeiro, a legislação do país de origem poderá ser aplicada⁴⁸.

No que diz respeito ao direito da concorrência, a grande dificuldade encontrada é na definição da nacionalidade da pessoa jurídica, pois, dado que em princípio cada Estado é

⁴⁴ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 41.

⁴⁵ “§ 402 Bases of Jurisdiction to Prescribe:

*Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to
(...)*

(3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests”.

⁴⁶ Esse caso envolve a empresa belga *Barcelona Traction*, sediada no Canadá. Resumidamente, a Bélgica defendeu que os investimentos de seus nacionais no exterior integravam seus recursos econômicos nacionais. Nesse sentido, qualquer prejuízo relacionado aos investimentos ensejaria o interesse econômico do Estado em protegê-los, defesa essa rejeitada pela Corte Internacional de Justiça. Nesse sentido, ver SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 64.

⁴⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 64.

⁴⁸ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 38.

competente para determinar, exclusivamente, a nacionalidade das empresas, o fato dos Estados utilizarem critérios diferentes para a sua concessão acaba por acarretar divergências entre os países⁴⁹.

Nesse sentido, são vários os critérios que podem servir de base para a determinação da nacionalidade de uma pessoa jurídica. O Direito Internacional reconhece os critérios do local da sede da estatutária da empresa e do local de incorporação, sendo importante destacar que o primeiro critério é utilizado, sobretudo pelos países de tradição romano-germânica, enquanto que o segundo, pelos Estados que adotam a *common law*. Além disso, apesar do não reconhecimento pelo Direito Internacional, alguns Estados, dentre os quais se destaca os EUA, utilizam um terceiro critério, que é o da vinculação da pessoa jurídica ao país de nacionalidade de seus acionistas majoritários⁵⁰.

Levando em consideração as dificuldades encontradas na utilização desse princípio para fundamentar a aplicação extraterritorial da jurisdição antitruste, os Estados têm optado por regular suas atividades econômicas exercidas no estrangeiro em direito concorrencial sobretudo baseados no princípio da territorialidade que será analisado a seguir.

2.3.1.3 Princípio da territorialidade

Os dois princípios acima elencados tratam, basicamente, de exceções ao princípio da territorialidade, dado que o Estado estende a sua jurisdição extraterritorialmente devido a relevância dos bens tutelados, como o controle de seu nacional ou a defesa de sua segurança. Em ambos os casos, o princípio da territorialidade estrita é abandonado, se valendo os Estados de outros critérios.⁵¹

Sendo assim e, levando-se em consideração que o princípio da territorialidade é aceito pela esmagadora maioria dos Estados, os EUA e a União Europeia procuraram desenvolver unilateralmente teorias justificadoras da aplicação extraterritorial da lei antitruste com base nesse princípio, mais especificamente em seu aspecto objetivo. Em outras palavras, os Estados se valem de uma interpretação extensiva desse princípio do Direito Internacional Público para legitimar a regulação de atividades econômicas que se encontram além de suas

⁴⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 65.

⁵⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 64.

⁵¹ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 70.

fronteiras nacionais na esfera antitruste.

Segundo o princípio da territorialidade, a jurisdição estatal é determinada através do território, sendo este, portanto, o elemento de conexão. Ele é uma decorrência direta dos princípios da igualdade e da soberania entre os Estados, tendo os países, nesse sentido, competência exclusiva para exercer suas jurisdições dentro de seus respectivos territórios.⁵²

Este princípio admite, todavia, que a jurisdição estatal seja ampliada por meio da submissão a ela de atos ilícitos que sejam praticados parcialmente em território estrangeiro e parcialmente dentro dos limites das fronteiras estatais, bastando, neste sentido, que o ato tenha sido iniciado ou consumado dentro do país. Pode-se subdividir, portanto, o princípio da territorialidade em dois, quais sejam, a territorialidade subjetiva e a territorialidade objetiva.⁵³

De acordo com o princípio da territorialidade subjetiva, é permitido ao Estado exercer a sua jurisdição quando o ilícito inicia-se em seu território, mas, é finalizado no estrangeiro. Por outro lado, a territorialidade objetiva serve de justificativa para o exercício da jurisdição estatal quando o ilícito tem início no exterior, mas, é concretizado dentro de seu território⁵⁴. O que justifica o exercício da jurisdição extraterritorialmente é a prática parcial do ilícito no território, o que causa, consequentemente, impacto social.⁵⁵ Neste sentido, a territorialidade objetiva fundamenta-se nos efeitos materiais que foram verificados no interior do território estatal devido ao ato ilícito.⁵⁶

É importante destacar que os dois aspectos do princípio da territorialidade são complementares entre si, isto é, para que a jurisdição estatal possa ser aplicada é necessário que, pelo menos, um de seus elementos essenciais ocorra dentro do território. Nesse sentido, a jurisdição territorial deve ser aplicada quando um ato ilícito é praticado *no todo ou em parte* no território nacional. Deve-se entender que um ato ilícito é cometido “no todo” quando todos os seus elementos essenciais têm lugar dentro do mesmo território. Já quando uma prática é cometida “em parte”, alguns de seus elementos essenciais são concretizados dentro do território nacional⁵⁷. O princípio da territorialidade tanto em seu aspecto objetivo quanto no subjetivo é explicitado na Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB) em seu art. 2º⁵⁸

⁵² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 60.

⁵³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 60.

⁵⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 60

⁵⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 71.

⁵⁶ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 46.

⁵⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 61.

⁵⁸ Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas **no todo ou em parte no território nacional** ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Para o presente trabalho, basta compreender que o princípio adotado pelo Direito Internacional, como regra geral, é o da territorialidade. Todavia, em caráter de excepcionalidade, ele permite que a lei seja aplicada extraterritorialmente⁵⁹, pois existem atividades que, apesar de realizadas em território estrangeiro, têm o condão de influenciar outros Estados. Sendo assim, os Estados passaram a editar leis nacionais, sendo que algumas delas ensejam a aplicação extraterritorial, pois tutelam bens de extrema importância. No Brasil, a aplicação extraterritorial da lei nacional está centrada, sobretudo, no Direito Penal e no Direito Antitruste.⁶⁰

Especificamente com relação ao Direito da Concorrência, sua aplicação extraterritorial se dá, basicamente, através de teorias elaboradas de maneira unilateral pelos Estados, dentre as quais se destacam a teoria dos efeitos, formulada pelos EUA, a teoria da unidade econômica e a teoria da localização do comportamento anticoncorrencial, ambas desenvolvidas pela União Europeia.⁶¹ Analisar-se-á, a seguir, essas três teorias.

2.3.1.3.1 Teoria dos efeitos

A teoria dos efeitos, conforme dito anteriormente, foi inaugurada pelos EUA, e teve a sua primeira aplicação concreta no ano de 1945, no caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*. Este caso envolveu um cartel de produtores de alumínio, com sede na Suíça, que fixava quotas de produção para elevar os preços do produto. Nesse sentido, a corte americana considerou que o *Sherman Act* era aplicável contra uma empresa canadense que havia participado do cartel, pois, segundo seu entendimento, a lei antitruste norte-americana aplicava-se a acordos firmados no estrangeiro que tinham a intenção e de fato afetavam as importações estadunidenses⁶².

A conhecida *effects doctrine*, ou, como é conhecida no Brasil, teoria dos efeitos, foi elaborada a partir de uma interpretação extensiva do princípio da territorialidade objetiva, diferindo desta, todavia, na medida em que estabelece como elemento de conexão os efeitos⁶³.

⁵⁹ A doutrina crítica, no entanto, defende que a interpretação extensiva desse princípio ao direito antitruste carece de fundamentação perante o Direito Internacional. Nesse sentido, ver SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 72.

⁶⁰ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 27.

⁶¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 72.

⁶² JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU competition law*. 4 ed. Oxford University Press: Oxford, 2011. p. 1228.

⁶³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 74.

Nas palavras de Magalhães⁶⁴, “os efeitos dos atos danosos carregam consigo os seus autores. Assim, praticados embora fisicamente no exterior, os agentes são considerados como que presentes no local onde os efeitos do ato se produzem”.

Nesse sentido, a teoria dos efeitos justifica a ampliação da jurisdição estatal para além de suas fronteiras geográficas, na medida em que, conforme essa teoria, o Estado pode aplicar extraterritorialmente sua lei antitruste sobre todos os atos praticados em território estrangeiro, mas que produzam efeitos dentro do território estatal⁶⁵.

Sendo assim, a principal diferença entre a teoria dos efeitos e o princípio da territorialidade objetiva é que, enquanto nesta o alargamento da jurisdição estatal é justificado, na medida em que, o ato ilícito é consumado no país, naquela o exercício extraterritorial da jurisdição ocorre quando o ato danoso produz efeitos no território nacional.⁶⁶ Em outras palavras, a teoria dos efeitos serve para fundamentar a jurisdição extraterritorial do Estado não importando o local onde o ato foi praticado ou a localização dos agentes. Nesse sentido, mesmo que o evento ocorra totalmente no exterior e envolva agentes não nacionais, o Estado pode aplicar suas leis antitruste caso o ato possa impactar ou produzir efeitos em seu território nacional.⁶⁷

Os países que adotam essa teoria visam garantir a concorrência nos mercados nacionais onde a lei da concorrência será aplicada, pois, em razão das limitações espaciais impostas pelo princípio da soberania, a lei antitruste é a única legislação que pode protegê-los contra os atos limitadores de concorrência exercidos por empresas estrangeiras no exterior.⁶⁸

Atualmente, se teoria dos efeitos está prevista na legislação antitruste de diversos Estados, como por exemplo, EUA, Alemanha, Suíça, Austrália, Brasil, Argentina, dentre outros, a sua efetiva aplicação ao direito concorrencial têm sido objeto de inúmeras críticas. Isso ocorre, pois, a aplicação da teoria dos efeitos é uma questão bastante delicada por envolver vários interesses, muitas vezes antagônicos. De um lado, a autoridade estatal deseja inibir a concentração de empresas estrangeiras, dado que tal prática poderá afetar negativamente a atividade econômica de seu país. Por outro lado, todavia, os interesses da autoridade estrangeira também devem ser respeitados, uma vez que a aplicação da teoria dos efeitos restringe sua soberania dentro de seu próprio território, podendo, inclusive, acarretar

⁶⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 73.

⁶⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 74.

⁶⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 74.

⁶⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 72.

⁶⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 65.

prejuízos econômicos. Além disso, os interesses das empresas estrangeiras devem ser levados em consideração, uma vez que devem ter sua autonomia protegida. Por fim, deve-se impedir que os Estados utilizem-se da teoria dos efeitos para impor seus próprios interesses econômicos à custa dos demais Estados e empresas estrangeiras⁶⁹.

A aplicação unilateral da lei da concorrência com base na teoria dos efeitos pode afetar outros Estados e empresas estrangeiras de tal maneira que muitos países ainda resistem em prevê-la expressamente em suas legislações e, caso já a tenham previsto, relutam em aplicá-la intensamente⁷⁰. É o caso, por exemplo, do Japão, que vem adotando uma postura de resistência em relação a aplicação dessa teoria, e do Reino Unido, que optou por incorporar uma série de leis visando facilitar o desempenho de autoridades estrangeiras em seu território⁷¹.

Ainda, apesar do exercício da jurisdição com base na teoria dos efeitos permitir a autoproteção dos Estados, muitos são os problemas relacionados à sua eficiência e legitimidade, dentre os quais pode-se citar a dificuldade para obtenção de provas em território estrangeiro e o fato que muitos países em desenvolvimento carecem de recursos para a aplicação da lei antitruste ou até mesmo inexiste tal legislação⁷². Em relação à legitimidade, a aplicação extraterritorial da lei antitruste também pode ferir a soberania de países estrangeiros, gerando, assim, conflitos diplomáticos⁷³.

Por fim, cumpre esclarecer que o objeto da presente pesquisa é a aplicação da teoria dos efeitos especificamente aos atos de concentração, sendo que essa análise se dará, nos capítulos subsequentes, por meio do estudo da lei antitruste brasileira e da experiência internacional, especialmente dos EUA e da União Europeia. Antes disso, todavia, imprescindível se faz a análise das duas teorias restantes, quais sejam, a teoria da unidade econômica e a teoria da localização do comportamento anticoncorrencial.

⁶⁹ ROESEN, Katrin. *op. cit.* p. 35.

⁷⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 66.

⁷¹ IMMENGA, Ulrich. *Comment: the failure of present institutions and rules to respond to the globalization of competition.* 49 (II/III), Aussenwirtschaft, 1994, p. 201. *apud* DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste.* Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 143.

⁷² FOX, Eleonor M. International Antitrust and the Doha Dome. *Virginia Journal of International Law.* 911, v. 43, 2003, p. 916 *apud* DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste.* Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 142.

⁷³ Cf. FOX, *op. cit.* p. 920. *apud* DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste... op cit.* p. 143.

2.3.1.3.2 Teoria da unidade econômica

Alguns países, com o objetivo de agir em consonância com o direito internacional, vinculam o âmbito de aplicação de suas legislações antitruste estritamente ao seu território. Esse posicionamento, apesar de evitar que os Estados sejam alvos de críticas, implica em problemas de execução quando atos limitadores da concorrência praticados no exterior afetam seus respectivos mercados nacionais. Por isso e, na tentativa de evitar a adoção de posicionamentos extremos, alguns países optaram por esquivar-se tanto da aplicação da territorialidade estrita, quanto da teoria dos efeitos para fundamentar suas aplicações extraterritoriais da jurisdição em direito da concorrência, elaborando, assim, um posicionamento intermediário e conciliador⁷⁴.

Nesse sentido foi elaborada pela União Europeia a teoria da unidade econômica, possibilitando uma válvula de escape aos Estados que, ao mesmo tempo, queriam evitar as críticas dirigidas à teoria dos efeitos e exercer extraterritorialmente suas jurisdições em matéria de defesa da concorrência.

Essa teoria tem como fundamento a unidade econômica da empresa, submetendo, assim, a empresa matriz com sede no exterior à jurisdição estatal em decorrência do comportamento anticoncorrencial da sua controlada localizada dentro do território comunitário⁷⁵.

As limitações decorrentes da utilização dessa teoria, como a não submissão à jurisdição comunitária de empresas situadas no exterior que não possuam nenhuma empresa controlada dentro do território ou cujas controladas localizadas no mercado europeu não tenham contribuído para a prática do ato anticoncorrencial, levaram a União Europeia a desenvolver a teoria da localização do comportamento anticoncorrencial que será analisada a seguir⁷⁶.

2.3.1.3.3 Teoria da localização do comportamento anticoncorrencial

Essa teoria, também idealizada pela Comunidade Europeia, diferencia os efeitos do

⁷⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 63.

⁷⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 75.

⁷⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 76

próprio comportamento em si. Nesse sentido, a fundamentação da competência jurisdicional teria como base o princípio da territorialidade, respeitando, consequentemente, os princípios do Direito Internacional⁷⁷. Essa teoria estabelece que as práticas e acordos anticoncorrências dispostos no art. 81 do Tratado de Roma são uma mistura de dois componentes, quais sejam, a conclusão do acordo anticoncorrencial e a sua execução.

Passa-se, portanto e, conforme dito anteriormente, a analisar nos capítulos seguintes a aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração nos EUA.

⁷⁷ SILVA, Valéria Guimarães e Lima., *op. cit.* p. 76.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NOS EUA

Conforme visto, é uma tendência mundial que os Estados exerçam suas jurisdições extraterritorialmente em matéria de direito antitruste, uma vez que atos de concentração praticados no exterior podem acarretar consequências negativas dentro de seus respectivos territórios nacionais.

Neste sentido, determinados atos de concentração podem se submeter à legislação antitruste de diversos Estados. De fato, mais de oitenta jurisdições exigem a notificação prévia de determinados atos ocorridos no estrangeiro.⁷⁸ A principal teoria que justifica o exercício da jurisdição extraterritorialmente, permitindo, consequentemente, a aplicação extraterritorial de legislações nacionais de defesa da concorrência é a teoria dos efeitos, mais conhecida como *effects doctrine*, cuja criação é atribuída aos EUA⁷⁹.

Conforme será tratado adiante, além do pioneirismo no desenvolvimento e na aplicação da teoria dos efeitos, o próprio direito concorrencial tem como uma das suas fontes de origem nos EUA. Pode-se afirmar, portanto, que todos os diplomas legais criados posteriormente por outros Estados foram influenciados pelo direito antitruste estadunidense⁸⁰, o que revela a importância do estudo do país em matéria de direito da concorrência no presente trabalho.

3.1 Evolução da legislação antitruste e do controle dos atos de concentração

O pioneirismo na elaboração de um direito da concorrência é atribuído à América do Norte, mais especificamente ao Canadá, que, em 1889, editou o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, seguido pelos EUA, cuja primeira lei antitruste conhecida como *Sherman Act* data do ano de 1890 e está vigente até os dias de hoje. É considerado o mais importante diploma legal antitruste, servindo de base para

⁷⁸ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Mergers and Acquisitions*. 3 ed., 2008, p. 493.

⁷⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 69.

⁸⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 69.

a legislação da União Européia, do Brasil, dentre outras⁸¹. Inicialmente, todavia, cumpre analisar o contexto histórico que impulsionou a edição do *Sherman Act*.

O continente norte-americano contou com uma colonização de povoamento. Sendo assim, os colonos, motivados por suas convicções políticas e religiosas, vieram à América do Norte com o intuito de se fixarem naquele território, não tendo intenção de enriquecer e retornar aos seus países de origem. Consequentemente, pôde-se vislumbrar o surgimento de um considerável mercado interno e de instituições próprias⁸². Além disso, é importante destacar que os colonizadores rejeitavam os monopólios e qualquer outro sistema de privilégios, vistos como ineficientes e verdadeiros óbices à igualdade de oportunidades⁸³. Nesse sentido, defendia-se que uma sociedade formada por pequenos proprietários facilitaria a consolidação do sistema político vigente na época, qual era o ideal de democracia jeffersoniano⁸⁴.

Todavia, foi apenas com o término da Guerra de Secessão de 1865 que se iniciou a propagação da ideia de que o Estado deveria submeter as *corporations* ao seu controle⁸⁵. Isso, pois as indústrias norte-americanas que estavam se desenvolvendo na época começaram a formar gigantescos conglomerados decorrentes da prática de cartéis e da integração vertical de empresas⁸⁶. Diante de todo esse contexto propício à criação de uma lei antitruste, foi finalmente editado, em 1890, o *Sherman Act*.

Essa legislação disciplina, em sua Seção 1, a proibição de contratos, combinações ou conluios restritivos ao comércio, ao passo que a Seção 2 veda o monopólio e a sua tentativa. Entretanto, em razão das expressões vagas e genéricas contidas em seu texto, e, consequentemente, da insegurança provocada entre os agentes econômicos, somada ao excesso de poder concedido aos tribunais, o *Sherman Act*, desde a sua promulgação, foi alvo de diversas críticas⁸⁷. Além disso, essa lei era extremamente rígida, fato este que, somado aos demais problemas ressaltados, implicou na baixa efetividade durante os primeiros vinte anos de sua vigência⁸⁸.

Nesse sentido, e, objetivando regulamentar quais práticas seriam consideradas ilegais

⁸¹ DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan. *op. cit.* p. 65.

⁸² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 76.

⁸³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 78.

⁸⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 76.

⁸⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 77.

⁸⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 80.

⁸⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 79.

⁸⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 70.

para que assim se pudesse, de fato, aplicar efetivamente a política antitruste e dar maior segurança jurídica aos agentes econômicos, foi promulgado, em 1914, o *Clayton Act*. Essa legislação amplia as proibições gerais e vagas contidas no *Sherman Act*, visando combater os problemas anticoncorrenciais quando ainda incipientes, além de combater os preços discriminatórios, vendas casadas e regulamentar o controle de concentrações. Importante ressaltar que, também nesse ano, foi criada a *Federal Trade Commission* (FTC), órgão administrativo dos Estados Unidos da América constituído de poderes investigatórios, e que pode, inclusive, expedir ordem de cessação de atos anticoncorrenciais ilícitos⁸⁹. O país detém duas autoridades antitruste – A *Federal Trade Commission* (FTC) e a *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ) – estando, todavia, a efetiva repressão às infrações concorrenceias centralizada no poder judiciário.

Especificamente no que concerne aos atos de concentração de empresa (*mergers*), apesar de terem sido previstos pela primeira vez no *Sherman Act*, eles foram regulamentados apenas na Seção 7 do *Clayton Act*, que estabelecia que⁹⁰:

Nenhuma empresa envolvida no comércio adquirirá, direta ou indiretamente, a totalidade ou parte das ações ou do capital social de outra empresa, também envolvida no comércio, se o efeito de tal aquisição resultar na redução substancial da concorrência entre a empresa adquirida e a empresa adquirente, na restrição do comércio em qualquer parte do país, ou se tender a criar um monopólio em qualquer segmento do comércio.

Sendo assim, pode-se depreender que a seção 7 do *Clayton Act* não proibiu a compra de ativos de uma empresa por outra, o que constitui uma grave brecha legal, uma vez que os agentes econômicos conseguiam facilmente se desvencilhar da hipótese de caracterização do ilícito⁹¹. Como resultado, foi aprovado, em 1950, o *Cellar-Kefauver Act*, emendando o *Clayton Act* e estendendo a proibição prevista na seção 7 também à aquisição de ativos, além de incluir em suas disposições os atos de concentração verticais e conglomerados, que antes encontravam-se excluídos⁹².

Por fim, em 1976, a legislação antitruste dos EUA que regula os atos de concentração foi completada com a edição do *Hart-Scott-Rodino Act*, que, por sua vez, instituiu a obrigação

⁸⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 80.

⁹⁰ Traduzido do original: “No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or to tend to create a monopoly of any line of commerce (transcrito em NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 80).

⁹¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 86.

⁹² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 81.

de notificação prévia de determinados atos de concentração que excedam os limites legais em relação ao tamanho das partes e da transação envolvida⁹³.

Neste sentido, atualmente, a seção 7 do *Clayton Act* proíbe toda e qualquer fusão ou aquisição de ações ou ativos, quando desta aquisição resultar a diminuição substancial da concorrência ou a tendência à criação de monopólio em qualquer segmento ou atividade que afete o comércio do país⁹⁴.

3.2 A jurisdição extraterritorial no direito concorrencial norte-americano

Diferentemente do que se possa pensar, a legislação antitruste dos EUA não previu, originalmente, os critérios da territorialidade, da nacionalidade e dos efeitos expressamente em seu texto legal, sendo estes colocados, primeiramente, pelos tribunais norte-americanos⁹⁵.

Inicialmente, a aplicação dessa legislação pelos tribunais se restringiu a transações ocorridas no solo estadunidense, seguindo o disposto pelo princípio da territorialidade estrita. Nesse sentido, o caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*⁹⁶ confirmou o entendimento de que cabia aos EUA a aplicação de seu direito concorrencial apenas aos fatos ocorridos dentro de suas fronteiras⁹⁷.

Tal entendimento vigorou até meados da década de 40. Especificamente no ano de 1945, o caso *United States v. Aluminum Co.* ampliou o alcance do *Sherman Act*, que passou a ser aplicado a qualquer conduta anticompetitiva, mesmo que ocorrida em território estrangeiro, desde que ela pudesse ou de fato afetasse o comércio dos EUA⁹⁸. Em outras palavras, o *Sherman Act* foi pela primeira vez aplicado extraterritorialmente em condutas que intencionassem ou de fato produzissem efeitos no país, inaugurando, assim, a teoria dos efeitos.

⁹³ US Department of Justice and The Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. April, 1995, p. 5.

⁹⁴ US Department of Justice and The Federal Trade Commission., *op. cit.* p. 4.

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6a ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 428, nota de rodapé n. 9.

⁹⁶ “The general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done”. Caso *Banana Co. v. United Fruit Co.* (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.*, p. 494 nota de rodapé n° 4).

⁹⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 97.

⁹⁸ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW., *op. cit.* p. 494.

Os EUA não encontraram dificuldades para a ampliação da jurisdição extraterritorialmente graças a sua própria estrutura federalista. Isso, pois, os estados que compõe a federação norte-americana são dotados de uma grande autonomia, inclusive legislativa. Consequentemente, muitos deles editaram leis antitrustes divergentes entre si, e, devido a gigantesca mobilidade de bens e pessoas pelas fronteiras interestaduais, os estados passaram a submeter fatos ocorridos em outros estados às suas respectivas legislações, desde que os efeitos repercutissem em seus territórios⁹⁹. Sendo assim, os tribunais norte-americanos deixaram de considerar a territorialidade na resolução de conflitos que envolviam mais de um estado, passando a estabelecer que a jurisdição deveria ser definida pelo tribunal do estado onde os efeitos repercutissem¹⁰⁰.

Neste sentido, bastou ao país transpor essa experiência que já era praticada na dimensão interestatal para o âmbito internacional. Consequentemente, houve um estímulo para o desenvolvimento da teoria dos efeitos, que passou a justificar a aplicação da jurisdição estadunidense extraterritorialmente¹⁰¹.

Importante ressaltar que foi o próprio contexto internacional que permitiu a expansão da jurisdição norte-americana para além das fronteiras nacionais. A década de 40, marcada pela Segunda Guerra Mundial, culminou na destruição dos países do continente europeu, transferindo, assim, a hegemonia mundial aos EUA. Dessa maneira, o fato do país se tornar uma grande potência permitiu que ele impusesse sua legislação antitruste para além de seus limites territoriais¹⁰².

3.2.1 A criação jurisprudencial da teoria dos efeitos: o caso *Alcoa*

O caso *United States v. Aluminium Co. of America*, doravante denominado *Alcoa*, foi o primeiro julgado estadunidense a aplicar extraterritorialmente a jurisdição antitruste. Ele envolve, resumidamente, a formação de um cartel na Suíça entre empresas não americanas, que resultou na constituição de uma sociedade denominada *Alliance*. O cartel visava, basicamente, delimitar a produção de lingotes de alumínio que eram elaborados por seus

⁹⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 99.

¹⁰⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 99.

¹⁰¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 99.

¹⁰² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 100.

participantes¹⁰³. Neste sentido, além do estabelecimento de quotas fixas de produção entre os signatários, caso qualquer um ultrapassasse a quota determinada, este estaria obrigado a pagar *royalties* à sociedade sobre o excesso produzido¹⁰⁴. Importante ressaltar que, posteriormente, as importações do produto pelos EUA passaram a integrar o sistema de quotas criado¹⁰⁵.

A empresa *Aluminium Co. of America*, sediada nos EUA, apesar de não participar do cartel, era controlada por acionistas americanos que também possuíam participação majoritária na *Aluminium Ltd.*, empresa esta que, por sua vez, tinha sede no Canadá e integrava o acordo¹⁰⁶.

A prática de cartel era uma conduta vedada pela Seção 1 do *Sherman Act*, não sendo permitido, portanto, a sua realização dentro do território norte-americano. Ocorre que o acordo foi firmado na Suíça, entre empresas que não eram americanas e seguiu o disposto na lei local que classificava o cartel como uma conduta lícita¹⁰⁷.

A partir do momento que a Corte constatou que os EUA estavam sujeitos às quotas de importação impostas pelo cartel, o que prejudicava o comércio internacional e as empresas americanas, o tribunal decidiu que a conduta, apesar de praticada em território estrangeiro, estava sujeita às leis norte-americanas, pois, havia presumidamente produzido efeitos dentro de suas fronteiras¹⁰⁸.

Neste sentido, a argumentação levantada pela defesa de que se tratava de um acordo lícito perante a lei suíça, formado por empresas de diversas nacionalidades, nenhuma delas norte-americanas, não foi suficiente para convencer o tribunal, que condenou as empresas *Aluminium Co. of America* e *Aluminium Ltd.* com base no *Sheman Act*¹⁰⁹. A Corte considerou que os efeitos do acordo foram sentidos nos EUA, afetando, assim, as importações americanas¹¹⁰, sendo este fundamento suficiente para a aplicação da jurisdição estadunidense extraterritorialmente.

Este caso considerou, pela primeira vez, o denominado teste dos efeitos (*effects test*) constituído, basicamente, por duas etapas: (i) intenção de causar efeitos, somada à; (ii)

¹⁰³ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 74

¹⁰⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 118.

¹⁰⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 118.

¹⁰⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 74.

¹⁰⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 75.

¹⁰⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 75.

¹⁰⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais... *op. cit.* p. 75.

¹¹⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 119.

ocorrência efetiva dos mesmos. Como será visto adiante¹¹¹, ainda hoje o teste dos efeitos é utilizado como base para as decisões dos tribunais¹¹².

3.2.2 Previsão legal da teoria dos efeitos

De acordo com o estudo no capítulo anterior, a teoria dos efeitos foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos como decorrência direta da interpretação extensiva do princípio da territorialidade objetiva, comumente aplicado no âmbito do Direito Penal. Todavia, difere desta, na medida em que estabelece como elemento de conexão os efeitos¹¹³.

A teoria dos efeitos encontra previsão legal expressa no *Sherman Act*, conforme será detalhado adiante. Importante ressaltar a relevância no estudo deste diploma legal pois, apesar de não ser aplicado aos atos de concentração, as cortes e agências federais norte-americanas têm aplicado ao *Clayton Act* e ao *Federal Trade Commission Act* os mesmos limites jurisdicionais previstos no *Sherman Act*¹¹⁴.

3.2.2.1 *Sherman Act*

Originalmente, esta lei era aplicada somente à práticas ocorridas dentro dos limites territoriais estadunidenses. Todavia, tal interpretação foi modificada em 1945 com o caso *Alcoa*, que inaugurou o teste dos efeitos e estendeu a aplicabilidade do *Sherman Act* a qualquer conduta anticompetitiva internacional que tenha a intenção de afetar ou que de fato afete o comércio dos EUA, não importando o local onde a conduta tenha ocorrido.

Neste sentido, em 1982 o *Sherman Act* foi emendado pelo *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, o que resultou na introdução do art. 6(a)¹¹⁵ naquele diploma legal,

¹¹¹ Ver ítem 3.2.2.1

¹¹² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 119.

¹¹³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 117.

¹¹⁴ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW., *op. cit.* p. 494.

¹¹⁵ 15 U.S.C. § 6(a). Sections 1 to 7 of this title [Sherman Act] shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless—

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect—

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

incorporando a teoria dos efeitos à legislação antitruste do país. Segundo o disposto neste artigo, a regra geral é a não incidência do *Sherman Act* em condutas que envolvam o comércio de exportação, exceto quando ela tenha um efeito direto, substancial e previsível sobre o comércio interno, sobre o comércio exterior de importação ou, ainda, sobre o comércio exterior de exportação desde que haja uma pessoa envolvida nesse comércio nos EUA. Por fim dispõe o artigo que, uma vez presente o efeito direto, substancial e previsível, o potencial litigante necessita, ainda, satisfazer os elementos substantivos que ensejam a incidência do *Sherman Act*. Em outras palavras, uma vez presentes os requisitos mínimos exigidos pelo *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, a Corte iniciará sua análise do mérito do caso, avaliando se os elementos substantivos estão presentes¹¹⁶.

Para melhor compreensão do artigo, necessário se faz o esclarecimento de alguns conceitos. Neste sentido, para que o *Sherman Act* seja aplicado sobre práticas anticoncorrenciais voltadas ao comércio de exportação norte-americano, é necessário que ela produza um efeito direto, substancial e previsível sobre:

- (i) *o comércio interno*. Este é o caso, por exemplo, de condutas ou acordos extraterritoriais que trazem como consequência o aumento dos preços dos produtos que são consumidos diretamente pela população norte-americana.¹¹⁷
- (ii) *o comércio exterior de importação*. Tal hipótese ocorre quando, por exemplo, os preços inflacionados de produtos estrangeiros chegam ao mercado norte-americano através de qualquer outro mecanismo que não de vendas diretas¹¹⁸.
- (iii) *o comércio exterior de exportação*. É o caso, por exemplo, de acordos extraterritoriais que restringem ou eliminam as exportações norte-americanas para um determinado mercado¹¹⁹.

O principal objetivo da edição do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* foi delimitar e definir a aplicação extraterritorial do *Sheman Act*¹²⁰, ampliando, assim, o âmbito

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

¹¹⁶ LIPSKY, Abbott B.; WILMOT, Kory. *The Foreign Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building?*, 2013, disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/aug13_lipsky_7_30f.authcheckdam.pdf>, último acesso em 24 de junho de 2014. p. 8.

¹¹⁷ BECKLER, Richard W. e KIRTLAND, Matthew H. Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What is a “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?. *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 14.

¹¹⁸ BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H., *op. cit.* p. 14.

¹¹⁹ BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H., *op. cit.* p. 14.

¹²⁰ LIPSKY, Abbott B.; WILMOT, Kory. *op. cit.* p. 8.

de incidência da jurisdição norte-americana com base na teoria dos efeitos. Cabe destacar que, apesar das supracitadas hipóteses caracterizarem-se como exceção à regra, são extremamente amplas, abrangendo praticamente todas as atividades econômicas externas¹²¹. Desta forma, a lei basicamente excluiu a sua aplicabilidade nas atividades limitadoras do comércio de exportação oriundas dos Estados Unidos contra empresas ou Estados estrangeiros, desde que a prática não provoque efeitos diretos, substanciais e previsíveis nos Estados Unidos. Em outras palavras, empresas situadas em território americano podem praticar atos concorrenenciais prejudiciais aos mercados de outros países, desde que os EUA não sejam afetados¹²².

Conforme será analisado adiante, é importante ressaltar que o *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* só é aplicável quando envolve o comércio de exportação, ou seja, não abrange o comércio de importação.

3.2.2.1.1 Comércio de importação

As práticas extraterritoriais que afetam diretamente o comércio de importação estão sujeitas à aplicação do teste dos efeitos do caso *Alcoa*, não incidindo, aqui, o *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*. O denominado teste dos efeitos foi reafirmado recentemente no caso *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, segundo o qual deve-se aplicar a jurisdição norte-americana extraterritorialmente toda vez que a conduta intencionou produzir ou efetivamente produziu efeitos substanciais nos EUA¹²³.

Isso ocorre, pois, segundo o *Antitrust Division of the U.S. Department of Justice* e o *Federal Trade Commission*, as práticas anticoncorrenenciais estrangeiras que envolvem as importações norte-americanas por definição afetam o mercado interno estadunidense diretamente. Dessa forma, praticamente todas as condutas irão satisfazer o teste dos efeitos, devendo a análise caso a caso determinar se o efeito é, de fato, substancial¹²⁴.

¹²¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 166.

¹²² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 167.

¹²³ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 496.

¹²⁴ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 497.

3.2.2.1.2 Comércio de exportação

No tocante ao comércio de exportação, conforme visto anteriormente, aplica-se o *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*. Neste sentido, a prática anticoncorrencial deve acarretar efeitos diretos, substanciais e previsíveis no comércio interno, no comércio exterior de importação ou no comércio exterior de exportação para que enseje a aplicação extraterritorial da jurisdição norte-americana em matéria antitruste¹²⁵.

Portanto, pode-se concluir que os requisitos necessários para que o Sherman Act incida no comércio de exportação são muito mais rigorosos quando comparados aos necessários para a incidência no comércio de importação, pois, além dos efeitos serem substanciais, ainda é necessário que eles sejam direitos e previsíveis.

Todavia, para melhor compreensão do tema, cumpre esclarecer no próximo tópico o que se entende por efeitos diretos, substanciais e previsíveis.

3.2.2.1.3 O que são os efeitos “diretos, substanciais e previsíveis”?

Não obstante a legislação antitruste norte-americana prever expressamente a necessidade de efeitos diretos, substanciais e previsíveis para que um ato estrangeiro possa ser submetido à sua jurisdição nacional, até hoje persiste a discussão acerca do significado e abrangência de tais características¹²⁶. Importante destacar, ainda, que para que a teoria dos efeitos possa ser utilizada como fundamento da aplicação extraterritorial da jurisdição estadunidense, a conduta deve ser, necessariamente, repreensível de acordo com as leis americanas¹²⁷.

Os efeitos são diretos, segundo Nerep, citado por Silva, quando há uma “proximidade do nexo causal entre o ato anticoncorrencial e os efeitos por ele provocados no país que pretende exercer a jurisdição”¹²⁸. Neste sentido, o requerente deve provar a existência do nexo de causalidade entre a conduta anticoncorrencial e os efeitos produzidos por ela dentro dos EUA para que a Corte possa exercer sua jurisdição extraterritorialmente¹²⁹. Entretanto há

¹²⁵ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 497.

¹²⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 121.

¹²⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 121.

¹²⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *op. cit.* p. 121.

¹²⁹ BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H., *op. cit.* p. 19.

quem duvide da necessidade desse critério, alegando que até mesmo os atos de concentração praticados no exterior que produzam apenas efeitos indiretos podem ser submetidos à jurisdição estatal¹³⁰. Este entendimento, todavia, é extremamente criticado pela doutrina internacionalista, que defende a necessidade dos efeitos afetarem diretamente o comércio do país¹³¹.

Por substancialidade entende-se que os efeitos dos atos anticoncorrenciais devem ser significantes dentro do mercado afetado. No direito norte-americano, apesar da substancialidade estar prevista legalmente no art. 6(a) do *Sherman Act*, não há qualquer critério de fixação quantitativa acerca do volume de restrição à concorrência ou de afetação do comércio pela prática anticoncorrente, diversamente do que ocorre no direito da União Europeia e do Brasil, onde, no âmbito de controle de concentrações, os parâmetros quantitativos estão previstos em suas respectivas legislações (art. 1º do Regulamento 139/2004 e art. 88 da Lei 12.529/2011)¹³². Todavia, a doutrina diverge sobre o caráter relativo ou absoluto dos critérios que definem os efeitos substanciais no mercado¹³³.

Importante ressaltar que os tribunais americanos têm declarado que, caso a conduta anticoncorrente praticada no estrangeiro produza efeitos apenas sobre um indivíduo ou corporação, a jurisdição não deve ser aplicada extraterritorialmente, dado que tal efeito resta insuficiente, não sendo, portanto, substancial. Em outras palavras, ao invés de alegar a ocorrência de prejuízos individuais, a parte deve argumentar que houve danos substanciais no mercado norte-americano ou na competição como um todo. A exceção a tal regra seria na hipótese de existência de monopólio ou oligopólio, onde o dano a uma única empresa acarreta, por conseguinte, prejuízo ao mercado inteiro¹³⁴.

Ainda no que diz respeito ao critério da substancialidade, os tribunais dos EUA levam em consideração o tamanho do mercado afetado e os danos provocados pela conduta estrangeira, a fim de melhor definirem se este critério encontra-se presente¹³⁵.

Por fim, em relação ao caráter de previsibilidade, há uma grande dificuldade em sua interpretação, seja devido a confusão entre os termos “previsibilidade” e “intenção”, seja por causa da sua utilização conforme a jurisprudência dos EUA¹³⁶.

¹³⁰ NEREP, Erik. Extraterritorial control of competition under International Law. Stockholm: Norstedt & Söners Förlag, 1983. v. 2., citado por SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *op. cit.* p. 121.

¹³¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 122.

¹³² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 124.

¹³³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 125

¹³⁴ BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H., *op. cit.* p. 18.

¹³⁵ BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H., *op. cit.* p. 18.

Conforme pode-se depreender do caso *Alcoa*, a intenção pode ser definida em sentido amplo como sendo a vontade consciente de produzir efeitos danosos à concorrência através da prática de atos ilícitos. Por outro lado, entende-se como previsibilidade a condição dos autores da conduta anticompetitiva de considerar a possibilidade de que seus atos possam acarretar efeitos em outro Estado¹³⁷.

É necessário observar que a intenção não é requisito indispensável para a qualificação dos efeitos como nexo causal ensejador do exercício da jurisdição extraterritorialmente. Neste sentido, além do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* dispor expressamente apenas a ocorrência de efeitos “diretos, substanciais e previsíveis”, não fazendo qualquer referência, portanto, à intenção, grande parte da doutrina americana defende que a intenção não é uma condição necessária para que a jurisdição estadunidense seja aplicada extraterritorialmente¹³⁸.

Após a edição do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, que, conforme visto anteriormente, introduziu o art. 6(a) no *Sherman Act*, a temática da jurisdição extraterritorial norte-americana continuou se desenvolvendo, culminando no desenvolvimento das primeiras diretrizes emitidas pelo *Department of Justice* e pelo *Federal Trade Commission* relativas à implementação do direito antitruste às operações internacionais, as denominadas *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*.

3.2.2.2 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations

É importante destacar que a *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* não é um instrumento vinculante para as partes, para os tribunais ou para as agências governamentais. A sua função é explicitar o entendimento oficial de como deve ser implementado o direito antitruste quando operações internacionais estejam envolvidas, podendo, inclusive, ser modificada a qualquer momento. Em outras palavras, as Diretrizes explicitam a política governamental, esclarecem de que maneira o direito antitruste será interpretado e aplicado pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission* e fornecem, por conseguinte, parâmetros para as empresas para que elas possam nortear suas atividades de acordo com a legislação¹³⁹.

¹³⁶ BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H., *op. cit.* p. 18.

¹³⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 126.

¹³⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 127.

¹³⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 172.

É importante considerar a importância destas Diretrizes atualmente, dado que os EUA aplicam a sua jurisdição extraterritorialmente cada vez mais, principalmente em razão do aumento do comércio internacional.

Em 1977 foram emitidas as primeiras Diretrizes¹⁴⁰ pelo *Department of Justice* referentes às operações internacionais, sendo resultado das pressões feitas por empresas estadunidenses por um direito concorrencial mais claro e com menos incertezas. Essa Diretriz, todavia, foi substituída em 1988 pela *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*¹⁴¹ de 1988.

Enfim, em 1995 foi promulgada a *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* de 1995 em substituição a de 1988, doravante denominada de “Diretrizes”. Ela foi elaborada pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission* conjuntamente, refletindo a maneira pela qual o direito concorrencial será aplicado por essas agências.

As novas Diretrizes optaram por não discriminar a aplicabilidade da legislação antitruste norte-americana com base na nacionalidade das partes ou devido a localização do ato anticoncorrencial¹⁴², instituindo, neste sentido, a primazia da teoria dos efeitos para fins de exercício da jurisdição extraterritorial norte-americana¹⁴³.

Especificamente em relação aos atos de concentração, as Diretrizes¹⁴⁴ estabeleceram que os mesmos critérios substantivos aplicados nas concentrações entre empresas norte-americanas são utilizados quando a operação é feita em território estrangeiro e envolva empresas de nacionalidades diferentes, desde que ela produza efeitos em seu comércio¹⁴⁵.

Neste sentido, os tribunais e as agências federais norte-americanas vêm aplicando os critérios dos efeitos diretos, substanciais e previsíveis previstos no *Sherman Act* também aos atos de concentração entre empresas estrangeiras que ocorrem extraterritorialmente. Em outras palavras, os limites jurisdicionais do *Sherman Act* vistos acima também se aplicam à Seção 7 do *Clayton Act*, dado que, conforme o entendimento expresso nas Diretrizes de 1995, apesar do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* não emendar o *Clayton Act*, ele

¹⁴⁰ U.S. Department of Justice. *Antitrust Guide for International Operations* (1977).

¹⁴¹ U.S. Department of Justice. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988).

¹⁴² U.S. Department of Justice; The Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995).

¹⁴³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 175.

¹⁴⁴ “Once jurisdictional requirements, comity, and doctrines of foreign governmental involvement have been considered and satisfied, the same substantive rules apply to all cases”. U.S. Department of Justice; The Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995).

¹⁴⁵ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *op. cit.* p. 493.

esclarece quais tipos de efeitos o Congresso considera necessário para que a jurisdição estadunidense possa ser aplicada extraterritorialmente.

Para melhor ilustrar os limites jurisdicionais para aplicação da Seção 7 do *Clayton Act*, as Diretrizes forneceram o exemplo H¹⁴⁶. Este exemplo envolve duas empresas estrangeiras, uma situada na Europa e a outra no Canadá, que, conjuntamente, são responsáveis por um percentual substancial de vendas de um determinado produto nos EUA, através de importações diretas. Ambas empresas possuem escritórios de venda no país, todavia, nenhuma delas conta com ativos de produção nos EUA. Elas entram em um acordo para se fundirem.

A discussão, neste caso, gira em torno do expresso na Seção 7 do *Clayton Act*, que é aplicável às aquisições de ativos e de ações por pessoas engajadas no comércio exterior. Sendo assim, ao avaliar qual a jurisdição competente nesta fusão ocorrida em território estrangeiro, as Agências podem estabelecer o exercício da jurisdição norte-americana extraterritorialmente com base em seu efeito nas importações estadunidenses.

Caso a situação acima fosse modificada no sentido de que a fusão acarretaria efeitos não no comércio de importação, mas sim no de exportação, para que o *Clayton Act* possa ser aplicado extraterritorialmente as Agências precisam avaliar a questão dos efeitos no comércio conforme o disposto no *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, isto é, deve-se verificar se os efeitos são diretos, substanciais e previsíveis.

Nestes dois exemplos supracitados, as Diretrizes afirmam que existe a jurisdição norte-americana, podendo ela ser exercida, por conseguinte, extraterritorialmente, caso as Agências assim decidam.

Cumpre ressaltar, por fim, que as Diretrizes foram alvo de diversas críticas em razão de sua agressividade, sendo contestadas principalmente pelos demais Estados.

3.3 A aplicação da jurisdição extraterritorial em atos de concentração com base na teoria dos efeitos

Conforme dito anteriormente, os mesmos requisitos previstos no *Sherman Act* que, uma vez cumpridos, ensejam a aplicação extraterritorial da jurisdição norte-americana em

¹⁴⁶ U.S. Department of Justice; The Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995). p. 17.

matéria concorrencial, também são aplicados nos casos que envolvem atos de concentração entre empresas estrangeiras ocorridos no âmbito extraterritorial. Neste sentido, segundo as Diretrizes de 1995, para que haja a incidência da Seção 7 do *Clayton Act* sobre os atos de concentração – cujos principais efeitos são sentidos no comércio de exportação norte-americano – é necessário que esses efeitos sejam diretos, substanciais e previsíveis¹⁴⁷. Entretanto, as Diretrizes não fornecem nenhum parâmetro de quando um determinado ato de concentração ocorrido em território estrangeiro irá produzir efeitos suficientes para ensejar a aplicação da jurisdição extraterritorialmente¹⁴⁸.

Caso o ato de concentração produza efeitos no comércio de importação, para fins de determinação da jurisdição em caráter extraterritorial, as Diretrizes estabelecem apenas que é necessário que a concentração produza efeitos substanciais nas importações dos EUA¹⁴⁹, não esclarecendo, novamente, quais efeitos ensejam o exercício da jurisdição norte-americana extraterritorialmente.

Neste sentido, apesar das Diretrizes estabelecerem do critério da substancialidade, inexiste qualquer previsão de critérios quantitativos “que permitam aferir objetivamente o parâmetro de sensibilidade da afetação do comércio ou da concorrência que justifique a incidência da lei”. Já a União Europeia, por outro lado, integra no seu próprio direito substantivo o critério do caráter sensível, acarretando, assim, “uma coincidência entre a competência jurisdicional extraterritorial do Estado e a aplicabilidade do direito comunitário no interior do mercado comum, prevendo, ainda, o estabelecimento de claros parâmetros quantitativos legais”¹⁵⁰.

Sendo assim, em razão da natureza do comércio internacional, geralmente as transações que envolvem empresas estrangeiras ocorridas em outros países produzem efeitos no comércio estadunidense. Nesta hipótese, as partes deverão, obrigatoriamente, notificar previamente a operação, estando sujeitas às mesmas punições previstas em lei em caso de descumprimento.

¹⁴⁷ U.S. Department of Justice; The Federal Trade Comission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995). p. 17

¹⁴⁸ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 501.

¹⁴⁹ U.S. Department of Justice; The Federal Trade Comission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995). p. 17.

¹⁵⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 124.

Neste sentido, pode-se citar o caso *United States v. Anova Holding*¹⁵¹, que envolveu um cidadão suíço que adquiriu o controle de duas empresas de investimento suíças. Dado que ambas as empresas faziam vendas diretas aos EUA, o *Department of Justice* impôs as três partes uma multa no valor de \$414.650,00. De maneira semelhante, em 1997 no caso *United States v. Mahle GmbH*, a empresa alemã *Mahle GmbH* e a empresa brasileira *Metal leve S.A.* foram obrigadas a pagar uma multa no valor de \$5.6 milhões por não terem notificado às autoridades antitruste norte-americanas o ato de concentração¹⁵².

Por fim, importante destacar dois pontos sobre o direito antitruste norte-americano. Primeiramente, ao contrário do que ocorre no direito comunitário, onde a Comissão Europeia é competente para proferir decisões relativas à matéria antitruste, nos EUA essa função é delegada às cortes ordinárias. A principal consequência disso é que diferentes cortes, que possuem a mesma autoridade, podem ter posicionamentos diferentes acerca de uma mesma matéria. Neste sentido, torna-se extremamente difícil a tarefa de fazer afirmações gerais sobre o direito norte-americano. Em segundo, a extraterritorialidade em direito antitruste é apenas uma das várias formas de manifestação do “braço longo” estadunidense¹⁵³.

3.4 As tentativas norte-americanas de reduzir os conflitos com outros Estados

3.4.1 Comity Doctrine

O exercício da jurisdição extraterritorial norte-americana em matéria de direito antitruste é extremamente complicada, pois, geralmente, acaba-se provocando algum tipo de conflito com outros Estados. Neste sentido, devido as fortes reações internacionais à teoria dos efeitos e à maneira pela qual ela vinha sendo aplicada pelos EUA, este país desenvolveu a denominada doutrina da cortesia (*comity doctrine*)¹⁵⁴, que é uma espécie de prudência adotada pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission*¹⁵⁵.

¹⁵¹ *United States v. Anova Holding*. Civil nº 93-1852, 1993. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/911-0106/anova-holding-ag-stephan-schmidheiny-unotec-holding-ag-united>>. Último acesso em 29 de junho de 2014.

¹⁵² *United States v. Mahle GmbH*. Civil nº 97-1404, 1997. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1997/06/mahlemot_0.htm>. Último acesso em 29 de junho de 2014.

¹⁵³ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *op. cit.* p. 1228.

¹⁵⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 140.

¹⁵⁵ FELIX, Natália Oliveira., *op. cit.* p. 412.

Segundo essa doutrina, mesmo que um ato de concentração produza os efeitos necessários para a aplicação extraterritorial da jurisdição norte-americana conforme estabelecido no *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, as agências antitruste e os tribunais podem optar por não exercê-la em razão da cortesia internacional¹⁵⁶. Em outras palavras, em cada caso concreto primeiramente leva-se em consideração os interesses nacionais e estrangeiros envolvidos na operação para que, posteriormente, opte-se pela aplicação da jurisdição extraterritorialmente ou não¹⁵⁷. Neste sentido, a doutrina da cortesia é utilizada sempre que, em um caso concreto, mais de um Estado soberano possua jurisdição para regular o ato de concentração.

O caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. and S.A* foi o primeiro que considerou a doutrina da cortesia em sua decisão. Neste julgado, adicionalmente ao teste dos efeitos, a corte resolveu que também a cortesia internacional deveria ser observada para que a jurisdição pudesse ser exercida extraterritorialmente. Neste sentido, além dos efeitos do caso *Alcoa*, a Corte considerou os seguintes fatores, dentre outros: (i) se a aplicação da legislação antitruste estadunidense provocaria conflitos com leis estrangeiras; (ii) a cidadania das partes envolvidas e o local principal de seus negócios; (iii) os efeitos produzidos nos Estados Unidos quando comparado aos efeitos produzidos em outros países e; (iv) se as partes que incorreram no ilícito antitruste tinham um propósito explícito para prejudicar ou afetar o comércio dos Estados Unidos¹⁵⁸.

Atualmente, a doutrina da cortesia está prevista no *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, não estando claro, todavia, em quais situações os tribunais devem se abster de exercer sua jurisdição extraterritorialmente¹⁵⁹. Para Silva¹⁶⁰, a cortesia “foi de tal forma sufocada pelas Diretrizes que sua consideração é restrita a casos extremamente excepcionais (...). Neste sentido, salvo raras hipóteses, sempre que a operação extraterritorial produza efeitos nos Estados Unidos, as Agências considerarão que a jurisdição norte-americana deverá ser aplicada.

¹⁵⁶ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 502.

¹⁵⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 140.

¹⁵⁸ U.S. Department of Justice; The Federal Trade Comission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995). p. 18.

¹⁵⁹ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 504.

¹⁶⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 176.

3.4.2 Acordos de cooperação internacional

Em relação aos acordos de cooperação internacional, muitos são os benefícios práticos decorrentes da cooperação entre as agências antitruste de diversos Estados na análise de atos de concentração multinacionais. Grande parte desta cooperação ocorre informalmente entre a autoridade antitruste norte-americana e as agências antitruste estrangeiras, de maneira bilateral e em relação a determinado caso concreto¹⁶¹. Além disso, cumpre ressaltar o papel determinante dos esforços de regulamentação multilateral e das organizações internacionais¹⁶², dentre as quais destaca-se a *International Competition Network (ICN)*¹⁶³ e a *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)*¹⁶⁴.

Os Estados Unidos são membros da Rede Internacional da Concorrência (ICN) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), além de serem signatários de vários outros acordos internacionais bilaterais e multilaterais.

¹⁶¹ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 517.

¹⁶² JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 170.

¹⁶³ “A Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network – ICN) foi criada em outubro de 2001 por 14 autoridades de órgãos antitruste do mundo, com objetivo de promover a convergência global em matéria de concorrência e prover um fórum independente e especializado nessa matéria. Atualmente, é composta por mais de uma centena de autoridades de concorrência”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b778b847d534f455ee52>>. Último acesso em: 20 de julho de 2014.

¹⁶⁴ A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE foi criada em 1960 e, dentre os seus objetivos destaca-se a fomentação a boa governança estatal e empresarial, o desenvolvimento social e o crescimento econômico por meio de cooperação institucional e política, assim como a utilização de mecanismos de monitoramento. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ea4bcd52de3dff5af558>>. Último acesso em: 20 de julho de 2014.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

O direito antitruste comunitário, apesar de ter origens no sistema estadunidense, hoje se diferencia deste em inúmeros aspectos. Dentre eles, pode-se destacar o caráter instrumental do direito antitruste comunitário, na medida em que seu principal objetivo é a integração econômica da UE¹⁶⁵, e a criação de uma esfera administrativa para analisar os casos que envolvem matéria de direito da concorrência. Como consequência das profundas divergências entre esses sistemas jurídicos, houveram, ao longo de tempo, graves desentendimentos entre ambos que chegaram a ameaçar, inclusive, suas relações políticas e econômicas¹⁶⁶.

Obviamente, apesar das diferenças, os dois sistemas jurídicos também possuem alguns aspectos em comum, destacando-se, dentre eles, o caráter de discricionariedade na aplicação da legislação antitruste em razão da amplitude de seus dispositivos¹⁶⁷.

Passar-se-á a analisar, adiante, o histórico da legislação antitruste na Comunidade Europeia com enfoque especial na evolução do controle dos atos de concentração.

4.1 Evolução da legislação antitruste e do controle dos atos de concentração

Diferentemente dos EUA, que é um país com grande tradição antitruste, os países europeus começaram a editar normas em matéria concorrencial apenas no século passado, em reação ao aumento de casos de monopólios e concentrações¹⁶⁸.

Sabe-se que a integração entre os países europeus teve início após o término da Segunda Guerra Mundial, e foi impulsionada pelo objetivo em comum de alguns Estados em reorganizar o continente e pôr fim às frequentes guerras¹⁶⁹. Neste sentido, foi celebrado, em 1951, o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e, em 1957, o Tratado de

¹⁶⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira., *op. cit.* p. 98.

¹⁶⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 183.

¹⁶⁷ FONSECA, Antônio. *Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial*. Boletim Latino Americano de Concorrência, n. 8, parte 1, p. 44, 1999 *apud* SILVA, Valéria Guimarães., *op. cit.* p. 184.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino., *op. cit.* p. 23.

¹⁶⁹ CELLI JUNIOR, Umberto. *O Controle da Aplicação das Regras de Concorrência nos Processos de Integração: A Experiência Européia*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997. p. 8.

Roma que estabeleceu a criação da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e adotou, como regra geral, a livre concorrência¹⁷⁰. Desde então, a integração europeia vem aumentando cada vez mais, acarretando, assim, o alastramento da cultura antitruste pelo continente¹⁷¹. Dessa forma, diferentemente dos EUA, que aplicam as leis antitruste como forma de proteger sua concorrência, sendo isso um fim em si mesmo, a legislação concorrencial comunitária é apenas um instrumento, sendo o objetivo final a integração econômica entre os Estados-Membros do bloco¹⁷².

Importante destacar que o Tratado de Roma previu, pela primeira vez, normas substantivas concorrenenciais em seus arts. 85 e 86 (esses dispositivos correspondem aos atuais arts. 81 e 82), estabelecendo, em linhas gerais, alguns parâmetros que deveriam ser obedecidos pelas empresas a fim de evitar que o comércio entre os Estados-Membros fosse, de alguma forma, afetado¹⁷³.

Chama atenção o fato do termo “concorrência” não ter sido conceituado em nenhum momento no Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957, bem como em nenhum julgado proferido pela Comissão Europeia, sendo extremamente difícil defini-lo¹⁷⁴. Conclui-se, portanto, que sua interpretação deve ser feita levando-se em consideração os objetivos do Tratado, quais sejam, o fortalecimento político-econômico e também a melhoria das condições sociais na Comunidade¹⁷⁵.

Ressalta-se, por fim, que os dispositivos do Tratado de Roma estabelecem, genericamente, os preceitos do direito concorrencial. Todavia, apesar das lacunas existentes e da ausência de emissão de regulamentos e diretrizes que visassem a implementação das normas antitruste, as regras concorrenenciais começaram a ser aplicadas desde a entrada em vigor do Tratado. De fato, apenas com a edição da Regulação 67/67 é que houve aumento da implementação da política antitruste no âmbito da comunidade europeia, o que evidencia seu tardio desenvolvimento quando em comparação aos EUA¹⁷⁶.

¹⁷⁰ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *op. cit.* p. 69.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 24.

¹⁷² AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 121.

¹⁷³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 184.

¹⁷⁴ EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*., 11 ed., Munique, 2008.

¹⁷⁵ CASTELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR, 1994. p. 424.

¹⁷⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 185.

4.2 Organização institucional

Os Tratados da União Europeia criaram instituições que viabilizaram a aplicação do direito concorrencial em nível comunitário, concretizando, assim, com o passar do tempo, os objetivos da Comunidade¹⁷⁷. Tratar-se-á, adiante, dos principais órgãos encarregados da aplicação do direito antitruste comunitário.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o Conselho Europeu, composto por representantes dos Estados-Membros, é a instituição política mais poderosa da UE. Cabe a ele a celebração de acordos com Estados estrangeiros, a elaboração da política comunitária e a edição de normas, diretrizes e regulamentos em direito antitruste¹⁷⁸, além de desempenhar um papel fundamental em questões orçamentárias. Neste sentido, pode-se classificar o Conselho Europeu como o órgão representante do poder legislativo da Comunidade Europeia.

Apesar da importância do Conselho, o órgão executivo comunitário que zela pela implementação, aplicação e desenvolvimento do direito antitruste é a Comissão, que, por sua vez, é formada por indivíduos que representam os interesses da Comunidade Europeia¹⁷⁹. Dessa forma, ela é a principal autoridade antitruste do bloco europeu e atua em cinco principais esferas, quais sejam: (i) exercer as competências que lhe são conferidas pelo Conselho, podendo, inclusive, editar regras por meio de regulamentos; (ii) poder de decisão próprio, podendo propor, junto ao Conselho Europeu, novos regulamentos que considerar necessários; (iii) formular recomendações e pareceres acerca do direito comunitário antitruste; (iv) processar e julgar administrativamente as práticas anticoncorrenciais de dimensão comunitária; (v) realizar investigações na esfera administrativa, podendo, para tanto, pedir auxílio aos Estados-Membros¹⁸⁰.

Além disso, a Comissão possui competências por vezes distintas quando exerce sua função de órgão julgador, isto é, a depender o que irá julgar, que pode envolver tanto processos administrativos visando a repressão à atos anticoncorrenciais e de abuso do poder econômico bem como o controle dos atos de concentração, sua competência irá diferir.

É sabido que o presente trabalho aborda apenas os atos de concentração e, portanto, nos limitaremos a tratar das competências executivas da Comissão no âmbito do controle de

¹⁷⁷ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *op. cit.* p. 95.

¹⁷⁸ SILVA, *op. cit.* p. 199.

¹⁷⁹ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *op. cit.* p. 96.

¹⁸⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 199.

concentração, que abrangem, essencialmente: (i) competência jurisdicional exclusiva para apreciar notificações e decidir se os eventuais atos de concentração de dimensão comunitária notificados são compatíveis com o mercado comum europeu; (ii) avaliar e decidir sobre o pedido feito pelas partes envolvidas na concentração de remeter o caso, no todo ou em parte, a determinado Estado-Membro para que este profira decisão com base em sua legislação antitruste nacional; (iii) suspender atos de concentração na hipótese que haja um pedido suficientemente fundamentado; (iv) exigir a dissolução do ato de um ato de concentração caso ele seja considerado incompatível com o mercado comum europeu; (v) adotar medidas provisórias visando o restabelecimento ou a manutenção das condições de concorrência efetiva; (vi) poder para efetuar inspeções e aplicar multas e sanções pecuniárias¹⁸¹.

Em relação às sanções aplicadas pela Comissão, destaca-se que, para Silva, elas evidenciam a preocupação da Comissão em seguir os princípios do Direito Internacional, dado que, diferentemente do sistema estadunidense, as multas de sanções pecuniárias possuem natureza administrativa. Esse fato demonstra, ainda, respeito com os ordenamentos jurídicos estrangeiros, na medida em que as diferenças de caracterização dos ilícitos são levadas em consideração¹⁸².

Cumpre observar, também, que é cabível recurso em face das decisões tomadas pela Comissão Europeia. Nessa hipótese, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPICE) reanalisará a decisão, que, por sua vez, poderá ser revista pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)¹⁸³.

Por fim, atualmente é consenso que as legislações antitruste dos Estados-Membros devem ser aplicadas paralelamente às normas concorrenceis comunitárias. Todavia, caso haja conflito entre as normas nacionais e comunitárias, deve-se valer do princípio da supremacia destas¹⁸⁴. Especificamente no tocante aos atos de concentração, cujas regras encontram-se disciplinadas no Regulamento 139/2004, na hipótese deles possuírem dimensão comunitária a competência para apreciar o caso é da Comissão Europeia¹⁸⁵. Conforme estipulado no art. 1º do supracitado Regulamento, uma concentração tem dimensão comunitária caso atinja determinados parâmetros em relação ao volume de negócios total das empresas envolvidas. Ainda, mesmo se a concentração não atingir os critérios de incidência estabelecidos,

¹⁸¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 201.

¹⁸² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 201.

¹⁸³ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 126.

¹⁸⁴ WIEDEMANN, Gerhard. *Handbuch des Kartellrechts*. 2 ed. Munique: Editora Beck München. 2008, p. 92.

¹⁸⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 202.

determinado caso pode ser submetido à Comissão para análise na hipótese de solicitação por, no mínimo, três Estados-Membros. Por sua vez, mesmo que o ato de concentração possua dimensão comunitária, a Comissão poderá remeter o caso, total ou parcialmente, às autoridades antitruste de um Estado-Membro caso reste comprovada a possibilidade de haver afetação expressiva da concorrência em seu mercado nacional.

4.3 O controle de atos de concentração na Comunidade

Regras expressas sobre o controle de atos de concentração foram elaboradas apenas recentemente, em 1989, com a edição do Regulamento 4.064 do Conselho das Comunidades Europeias. A partir do advento dessa legislação, o controle dos atos de concentração de dimensão comunitária ficaram centralizados em torno da Comissão, que, por sua vez, teve seus poderes ampliados. Em 1998, um novo Regulamento nº 1.310/97 trouxe significativas alterações ao então vigente Regulamento 4.064/89, de modo a centralizar ainda mais o controle dos atos de concentração na figura da Comissão e diminuindo, assim, os casos em que múltiplas jurisdições europeias analisavam a mesma operação. Consequentemente, as empresas reduziram seus custos e passaram a dispor de maior segurança jurídica¹⁸⁶.

Finalmente, em 2004, os supracitados Regulamentos foram revogados pelo atual Regulamento 139/2004 do Conselho da União Europeia (doravante, “Regulamento”). Destaca-se que a sua edição deve ser entendida como parte de uma série de medidas lançadas pela UE no âmbito do controle de concentrações que tinham por finalidade esclarecer para as empresas e para a comunidade jurídica quais operações de concentração estavam subordinadas ao controle comunitário. Dessa forma, além do advento do Regulamento, foram lançados dois outros documentos: a *Horizontal Guidelines* e a *Best Practices*¹⁸⁷.

Importante ressaltar que o Regulamento possui maior flexibilidade procedural quando comparado às legislações que o antecederam. Neste sentido, houve ampliação dos prazos para o início da análise dos processos de atos de concentração de dimensão comunitária e para o proferimento das decisões da Comissão. Além disso, as partes passaram a poder submeter notificações de concentração à Comissão antes ou após a conclusão de um acordo ou, ainda, nos casos em que as empresas demonstrassem à Comissão a sua intenção de

¹⁸⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 216.

¹⁸⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 216.

boa-fé de concluir um acordo (art. 4º, 1º do Regulamento 139/2004). Por fim, a partir da entrada em vigor do atual Regulamento, a Comissão passou a dispor de maior poder investigatório, o que lhe permite aplicar sanções pecuniárias elevadas às empresas que prestem, deliberada ou negligentemente, informações incorretas, incompletas, inexatas, deturpadas ou após o prazo previsto (art. 14 do Regulamento 139/2004)¹⁸⁸.

Ainda, com o intuito de centralizar na Comissão o controle dos atos de concentração, o Regulamento reafirmou o princípio do *one-stop-shop* (“balcão único”), favorecendo, assim, a avaliação de determinado ato de concentração por um procedimento único na esfera comunitária¹⁸⁹. Neste sentido, o art. 4º (5) do Regulamento prevê que na hipótese de uma concentração não possuir dimensão comunitária na acepção do art. 1º, mas puder ser apreciada na esfera da legislação nacional antitruste de, pelo menos, três Estados-Membros, as partes podem, antes de notificarem às autoridades competentes, requerer à Comissão, por meio de um memorando fundamentado, o benefício do balcão único.

Finalmente, não obstante alguns especialistas afirmarem que a legislação antitruste relativa à concentração de empresas da UE e dos EUA estejam caminhando, cada vez mais, para a convergência, restam ainda muitas diferenças expressivas. Neste sentido, Fox destaca que, dentre as principais distinções, está o caráter de instrumentalidade da legislação antitruste comunitária, enquanto que no sistema estadunidense prevalece a índole concorrência-fim. Ainda, nos EUA, quem precisa comprovar que a concentração empresarial será prejudicial à concorrência ou aos consumidores são as próprias agências antitruste ou outras partes interessadas, enquanto que, na Europa, caso a Comissão vislumbre distorções na concorrência em razão da concentração, o ônus da prova caberá as empresas que estão pleiteando a aprovação da operação¹⁹⁰.

4.3.1 O controle dos atos de concentração no Regulamento 139/2004

O Regulamento 139/2004 adota o sistema de exame prévio dos atos de concentração, isto é, todas as operações que atinjam determinados parâmetros exigidos em lei devem, necessariamente, submeter notificação à Comissão Europeia. Neste sentido, a concentração

¹⁸⁸ SILVA, Valéria Guimaraes de Lima., *op. cit.* p. 217.

¹⁸⁹ SILVA, Valéria Guimaraes de Lima., *op. cit.* p. 217.

¹⁹⁰ FOX, Eleanor M. *U.S. and European merger policy – fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices*. George Mason Law Review, v. 10, p. 471-475, 2002 *apud* SILVA, Valéria Guimaraes de Lima., *op. cit.* p. 219.

poderá ser consumada apenas após a aprovação desse órgão antitruste. A fim de saber se determinado ato de concentração deve ser notificado às autoridades concorrenceis, é importante, primeiramente, verificar se a operação se enquadra em alguma das hipóteses descritas no art. 3º do Regulamento. Caso haja a subsunção, cumpre analisar, na sequência, se a concentração atinge a “dimensão comunitária” descrita no art. 1º. Uma vez cumpridos esses dois requisitos pode-se concluir que o ato de concentração se enquadra no âmbito de aplicação do Regulamento e, apenas então, passar-se-á a analisar se a operação é compatível, ou não, com o mercado comum, conforme estabelecido no art. 2º (2) e (3)¹⁹¹.

É de suma relevância apontar que, caso os requisitos supracitados estejam preenchidos, o Regulamento é aplicado mesmo que a empresa esteja localizada em território estrangeiro. Neste sentido, Kling e Thomas defendem que, “uma empresa chinesa, ao adquirir o controle de uma outra empresa chinesa se enquadra no art. 3 (1) (b) de maneira semelhante ao que ocorre caso haja uma fusão entre uma empresa de nacionalidade alemã e outra de nacionalidade francesa” (tradução livre). Assim, caso as empresas estrangeiras, além de se adaptarem em alguma das hipóteses previstas no art. 3º, ainda possuírem dimensão comunitária conforme estabelecido no art. 1º, haverá, em princípio, a incidência do Regulamento¹⁹². Em outras palavras, para União Europeia é irrelevante a nacionalidade das partes ou o local em que elas se encontram quando do exercício de sua jurisdição extraterritorial em direito antitruste¹⁹³.

4.4 A Jurisdição extraterritorial no direito concorrencial comunitário

Já foi dito em momentos anteriores que diversos países europeus criticam veementemente a maneira como os EUA desenvolveram e aplicam, até hoje, a teoria dos efeitos, em razão, principalmente, do constante desrespeito aos princípios estabelecidos pelo Direito Internacional. Dessa forma, levando em consideração que a Comunidade Europeia nasce a partir da integração de diversos países, este ente supranacional revela maior

¹⁹¹ Kling/Thomas. *Kartellrecht*. 1ª ed., 2007, p. 337.

¹⁹² Kling/Thomas., *op. cit.*, p. 339. “Der Kontrollerwerb eines chinesischen Unternehmens über ein anderes chinesisches Unternehmen fällt daher ebenso unter art. 3 Abs. 1 lit. b wie der Zusammenschluss eines deutschen mit einem französischen Unternehmen.”

¹⁹³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 230.

preocupação em observar os preceitos do Direito Internacional, buscando, com isso, uma maior coerência de sua legislação tanto na esfera interna como também na externa¹⁹⁴.

No direito concorrencial comunitário não há previsão legal expressa da teoria dos efeitos¹⁹⁵. Neste sentido, importante destacar que, até os dias de hoje, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias não reconhece e nem descarta essa doutrina, diferentemente do que ocorre na Comissão e no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias que, frequentemente, se valem da teoria dos efeitos para exercer suas jurisdições de forma extraterritorial¹⁹⁶.

Por conseguinte, em várias decisões envolvendo atos de concentração a Comissão extrapolou os limites da sua jurisdição, chegando a julgar casos que praticamente não produziam quaisquer efeitos na concorrência do mercado europeu¹⁹⁷. Isso ocorreu, por exemplo, no caso JCSAT/SAJAC¹⁹⁸, onde a Comissão, visando fundamentar a sua decisão que consistia em conhecer e aprovar o ato, proferiu o seguinte: “Portanto, a operação de concentração não produz nenhum efeito na Comunidade¹⁹⁹”. Destaca-se, contudo, que, apesar disso, o número de casos em que houve o correto exercício da jurisdição extraterritorial foi significativamente maior, isto é, em diversos casos ela foi exercida com base nos efeitos qualificados que essas operações viriam a produzir no mercado europeu²⁰⁰.

Apesar da falta de reconhecimento por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, na prática ocorre que o exercício da jurisdição comunitária extraterritorial em matéria antitruste se dá, quase sempre, com base na teoria dos efeitos. Neste sentido, adicionalmente a “dimensão comunitária”, é imprescindível que os efeitos sejam qualificados, isto é, sejam diretos, substanciais e previsíveis²⁰¹.

¹⁹⁴ SILVA, Valéria de Lima., *op. cit.* p. 230.

¹⁹⁵ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

¹⁹⁶ WIEDEMANN, Gerhard., *op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁷ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

¹⁹⁸ Caso M. 346 Tz. 11 – Partes: JCSAT/SAJAC, julgado em 30.06.1993.

¹⁹⁹ “*Therefore, the concentration has presently no effect in the Community*”

²⁰⁰ WIEDEMANN, Gerhard. *op. cit.* p. 83.

²⁰¹ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

4.5 Aplicação da jurisdição extraterritorial em atos de concentração com base na teoria dos efeitos

Diferentemente do direito antitruste nacional de alguns Estados-Membros, a exemplo do alemão, que condiciona, expressamente, no §130 (2) do GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), a aplicação extraterritorial de sua legislação antitruste aos efeitos reais produzidos em sua concorrência, o Regulamento não prevê essa doutrina em seu texto²⁰². Neste sentido, a princípio, a Comissão poderia exercer sua jurisdição extraterritorialmente uma vez que o ato de concentração se enquadre em alguma das hipóteses do art. 3º do Regulamento e atinja as “dimensões comunitárias” dispostas no art. 1º. E, de fato, era isso que ela vinha fazendo. Apenas em 1999, a partir do julgamento do caso *Gencor* pelo Tribunal de Primeira Instância, foi inserido um terceiro requisito ao exercício da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste, qual seja, a produção de efeitos na concorrência comunitária²⁰³. Destaca-se, todavia, que os efeitos devem ser qualificados, isto é, previsíveis, diretos e substanciais²⁰⁴.

Neste sentido, importante ressaltar que, caso um determinado ato de concentração extraterritorial atinja os limiares de volume de negócios estabelecidos no art. 1º do Regulamento, ele não necessariamente irá produzir efeitos na UE. Isso ocorre, por exemplo, caso duas empresas que operam na Comunidade criem uma *joint venture* em um mercado local estrangeiro visando a edição de um jornal diário em Hong Kong. Em outras palavras, o mero atingimento dos critérios de incidência de volume de negócios não implica, necessariamente, na produção de efeitos²⁰⁵.

Ainda, completa Wiedemann que a teoria dos efeitos é válida e deve ser aplicada em todos os casos de concentração que contenham algum elemento de extraterritorialidade, isto é, casos (i) em que apenas empresas estrangeiras estejam envolvidas; (ii) que sejam mistos, ou seja, contenha empresas estrangeiras e da UE; (iii) que envolvam apenas empresas da UE, mas que não produzam efeitos na Comunidade. Nesta última hipótese, conforme elucidado anteriormente, o Regulamento não deve ser aplicado. Sendo assim, atos de concentração que contenham elementos de extraterritorialidade e que produzam efeitos diretos, imediatos e previsíveis na concorrência comunitária devem submeter notificação à Comissão, conforme

²⁰² ROESEN, Katrin., *op. cit.* p. 53.

²⁰³ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

²⁰⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 239.

²⁰⁵ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

previsto no art. 4º do Regulamento, devendo, ainda, suspender a referida concentração até que ela seja examinada pela Comissão e eventualmente declarada compatível com o mercado comum (art. 7º do Regulamento)²⁰⁶.

Verifica-se, ainda, que diferentemente dos EUA que justificam sua jurisdição extraterritorial com fundamento nos efeitos produzidos tanto em seu comércio interno como exterior, as normas antitruste comunitárias apresentam alcance extraterritorial mais restrito, na medida em que sua aplicabilidade está condicionada aos efeitos anticoncorrenciais verificados no interior da UE²⁰⁷. Neste mesmo sentido, Roesen afirma que “o mero prejuízo das atividades de exportação de empresas da UE não é suficiente para justificar a aplicação do direito antitruste comunitário (tradução livre) ²⁰⁸”.

Analisa-se, adiante, o que o Regulamento entende por “concentração” e “dimensão comunitária”, termos estes que estão previstos, respectivamente, no art. 3º e 1º do Regulamento.

4.5.1 Primeiro Requisito: art. 3º do Regulamento 139/2004

Primeiramente, deve-se analisar se a operação em questão é, de fato, um ato de concentração. Para tanto, cumpre verificar se a transação se insere em alguma das hipóteses previstas no art. 3º do Regulamento, dispositivo esse que esclarece quais operações são consideradas atos de concentração para fins de incidência do referido Regulamento²⁰⁹.

Segundo esse artigo, ocorre uma operação de concentração quando uma mudança duradoura de controle resulta da: (i) fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas que eram independentes em um momento anterior ou; (ii) aquisição do controle direto ou indireto do conjunto ou de partes de uma ou de várias empresas. Ressalta-se que essa aquisição pode-se dar pela compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou, ainda, por qualquer outro meio.

²⁰⁶ WIEDEMANN, Gerhard., *op. cit.* p. 84.

²⁰⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 236.

²⁰⁸ ROESEN, Katrin., *op. cit.* p. 54. “Die bloße Beeinträchtigung der Exporttätigkeit von Unternehmen mit Sitz in der EU reicht nicht aus, damit der Anwendungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts eröffnet ist (anders für vergleichbare Fälle das US-amerikanische Antitrustrecht)”.

²⁰⁹ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 342.

A fim de auxiliar na interpretação do Regulamento nº 139/2004, o Conselho emitiu algumas Comunicações, dentre as quais se destaca a de nº C95 de 2008. Segundo essa Comunicação, realiza-se uma “fusão”, na acepção do art. 3º (1) (a), “sempre que duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem numa nova empresa, deixando de existir como entidades jurídicas diferentes. Pode igualmente ocorrer uma fusão quando uma empresa é absorvida por outra”. Ainda, estará caracterizada uma fusão sempre que a conjugação das atividades econômicas de empresas anteriormente independentes conduzir à criação de uma única unidade econômica por meio do estabelecimento de uma gestão econômica comum por via contratual ou pela adoção da estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa²¹⁰. Por fim, cumpre ressaltar que fusões puras são bastante raras, dado que a maioria dos atos de concentração ocorrem pela aquisição de controle²¹¹.

Já foi dito que a segunda forma de realizar uma operação de concentração é por meio da aquisição do controle. Considerando que a UE adotou o exame prévio do controle dos atos de concentração, na hipótese de uma empresa exercer uma influência decisiva em outra ou várias outras empresas, restará caracterizada a aquisição do controle, independentemente dessa influência estar sendo exercida ou não²¹². Ainda, o controle pode se dar de duas maneiras diversas, a saber, pelo *sole control* (controle exclusivo) ou pelo *joint control* (controle conjunto). Essa distinção é relevante, pois, nos permite reconhecer quais partes estão envolvidas na operação e, por conseguinte, se submeterão ao exame do segundo requisito previsto no art. 1º do Regulamento. Dessa forma, pode-se entender que *sole control* é quando uma única empresa controla outra, enquanto que, no *joint control*, duas ou mais empresas, conjuntamente, exercem influência decisiva sobre outra empresa. Neste contexto, entende-se por “influência decisiva”, o poder de bloquear medidas que determinam a estratégia comercial de uma empresa²¹³. Considerando que o presente trabalho não tem a pretensão de aprofundar este assunto, recomenda-se a leitura da Comunicação consolidada da Comissão nº C95 de 2008 para informações mais detalhadas.

²¹⁰ Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, 2008, nº C95, p. 5. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:PT:PDF>>. Último acesso em 23.08.2014.

²¹¹ Kling/Thomas, op. cit. p. 343.

²¹² GLÖCKNER, Jochen. *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. 1 ed. Stuttgart: Editora Kohlhammer, 2012. Paragrafo 645.

²¹³ Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, 2008, nº C95, p. 16-17. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:PT:PDF>>. Último acesso em 23.08.2014.

4.5.2 Segundo Requisito: art. 1º do Regulamento 139/2004

Constatado que a operação em questão se insere em alguma das hipóteses previstas no art. 3º do Regulamento, sendo considerada, portanto, um ato de concentração para fins de incidência do referido Regulamento, parte-se para a análise do segundo requisito, qual seja, verificar se a operação de concentração atinge a “dimensão comunitária”, conforme disposto pelo art. 1º do Regulamento.

Este segundo requisito é importante, pois, como já foi dito anteriormente, o objetivo do Regulamento é apreciar, a nível comunitário, as concentrações que se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro e que impliquem em modificações estruturais importantes, consagrando, nesse sentido, o sistema do “balcão único”. De maneira geral, conforme será analisado adiante, o que determina se um ato de concentração tem, ou não, uma “dimensão comunitária”, é o volume de negócios realizado pelas partes envolvidas na operação. Ressalta-se, ainda, que esse dispositivo pode ser considerado uma linha divisória, dado que determina quais concentrações devem ser obrigatoriamente notificadas à Comissão e quais irão recair na jurisdição das autoridades antitruste nacionais dos Estados-Membros. Sendo assim, o Regulamento adotou um critério relativamente claro, simples e objetivo, qual seja, o do volume dos negócios²¹⁴.

Neste sentido, o art. 1º (2) do Regulamento 139/2004 prevê que uma concentração tem dimensão comunitária quando, concomitantemente, (i) o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5 bilhões de euros e; (ii) o volume de negócios total realizado individualmente na União Europeia por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

Ainda, na hipótese que uma concentração não atinja os limiares acima, ela ainda terá uma dimensão comunitária caso (i) o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas envolvidas na operação for superior a 2,5 bilhões de euros; (ii) em cada um de, ao menos, três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas envolvidas na operação for superior a 100 milhões de euros; (iii) em cada um de, ao menos, três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado

²¹⁴ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda., *op. cit.* p. 875.

individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros e; (iv) o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por, ao menos, duas das empresas envolvidas na operação for superior a 100 milhões de euros, exceto na hipótese em que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na União Europeia em um único Estado-Membro.

Para Kling e Thomas, essas hipóteses previstas no art. 1º (3) do Regulamento tem por objetivo submeter a sua jurisdição os atos de concentração que, na verdade, não possuem dimensão comunitária, mas que podem produzir efeitos em mais de um Estado-Membro, e que, por isso mesmo, teriam que submeter notificação a várias autoridades antitruste nacionais. Dessa forma, o propósito desta parte do artigo seria, mais uma vez, consagrar o sistema do “balcão único”. Destaca-se, por fim, que, primeiramente, deve-se verificar se o ato de concentração se enquadra no art. 1º (2). Apenas caso não haja a subsunção e que poderá, eventualmente, incidir o art. 1º (3)²¹⁵.

4.5.3 Terceiro Requisito: produção de efeitos diretos, substanciais e previsíveis

Como consequência direta do critério jurisdicional adotado pelo Regulamento em seu art. 1º (2) e (3), a princípio, concentrações de empresas que desenvolvam a maior parte das suas atividades em território estrangeiro e que estejam localizadas extraterritorialmente podem ter uma “dimensão comunitária”. Neste sentido, inúmeros atos de concentração que produziam pouco ou nenhum efeito na UE tiveram que ser notificados pois atingiam os limites deste dispositivo²¹⁶.

Em decorrência disso, em 1999, a partir do julgamento do caso *Gencor* pelo Tribunal de Primeira Instância, foi inserido um terceiro requisito ao exercício da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste, qual seja, a produção de efeitos na concorrência comunitária²¹⁷. Destaca-se, todavia, que os efeitos devem ser qualificados, isto é, previsíveis, diretos e substanciais²¹⁸. No entanto, apesar desse ser o posicionamento doutrinário europeu majoritário, há dúvidas em relação ao compartilhamento desse entendimento, e até mesmo da necessidade de concretização dos efeitos para fins do estabelecimento da competência

²¹⁵ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 357.

²¹⁶ WHISH, Richard. *Competition Law*. 6 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 483.

²¹⁷ Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

²¹⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 239.

comunitária²¹⁹. Segundo o ponto de vista britânico, por exemplo, a mera possibilidade que o ato de concentração venha produzir efeitos negativos na concorrência não é suficiente para justificar o exercício extraterritorial da jurisdição²²⁰.

4.5.3.1 Efeitos diretos, previsíveis e substanciais como limitadores da teoria dos efeitos

Dentre os defensores da aplicação da teoria dos efeitos como base para o exercício da jurisdição extraterritorialmente, o entendimento majoritário da doutrina é que a simples produção de efeitos não basta – muito mais, esses efeitos devem ser qualificados, isto é, diretos, substanciais e previsíveis²²¹.

Para que possa ser atribuída a característica de previsibilidade aos efeitos produzidos, é necessário que eles possam ter sido razoavelmente previstos quando da prática do ato de concentração. Além disso, a doutrina entende que a prova subjetiva da intenção não é uma condicionante ao critério da previsibilidade, podendo o Estado, nesse sentido, exercer sua jurisdição extraterritorialmente independentemente da ocorrência da intenção por parte dos agentes econômicos, bastando que os efeitos possam ter sido de alguma maneira, previstos²²².

A segunda característica essencial dos efeitos se refere ao seu caráter de substancialidade, isto é, os efeitos dos atos anticoncorrenciais devem ser significantes dentro do mercado afetado. No direito norte-americano, apesar da substancialidade estar prevista legalmente no art. 6 (a) do *Sherman Act*, não há qualquer critério de fixação quantitativa acerca do volume de restrição à concorrência ou de afetação do comércio pela prática anticoncorrencial, diversamente do que ocorre no direito da União Europeia e do Brasil, onde, no âmbito de controle de concentrações, os parâmetros quantitativos estão previstos em suas respectivas legislações (art. 1º (2) e (3) do Regulamento 139/2004 e art. 88 da Lei 12.529/2011). Neste sentido, há uma verdadeira coincidência entre o critério da substancialidade dos efeitos e do art. 1º (2) e (3) do Regulamento. Em outras palavras, caso a concentração tenha dimensão comunitária, o critério da substancialidade restará cumprido²²³.

²¹⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 240.

²²⁰ ROESEN, Katrin., *op. cit.* p. 36.

²²¹ ROESEN, Katrin., *op. cit.* p. 63.

²²² ROESEN, Katrin., *op. cit.* p. 63.

²²³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *op. cit.* p. 124.

Por fim, o terceiro critério é o dos efeitos diretos, isto é, os atos de concentração ocorridos no estrangeiro devem afetar diretamente o comércio da Comunidade para que seja possível o exercício da jurisdição extraterritorialmente em matéria antitruste²²⁴.

A seguir, serão estudados casos emblemáticos em que a jurisdição foi exercida extraterritorialmente com base na teoria dos efeitos.

4.6 Estudo de casos

4.6.1 *Gencor v. Commission*

Este caso teve origem em 17 de novembro de 1995, quando a empresa sul-africana *Gencor* e a britânica *Lonrho* notificaram conjuntamente à Comissão Europeia que ambas haviam assinado um acordo de fusão. Destaca-se que, na época, as empresas *Gencor*, *Lonrho* e a *Anglo American Corporation of South Africa Ltda* (“AAC”), sendo esta última uma multinacional concorrente, controlavam aproximadamente 80% do mercado mundial de metais do grupo platina. A *Gencor* exercia suas atividades na África do Sul no setor dos platinóides por meio da sua subsidiária sul-africana *Impala Platinum Holdings Ltd* (“*Implats*”), enquanto que a *Lonrho* atuava neste mesmo mercado através da *Lonrho Platinum Division*, que, por sua vez, era composta pelas empresas *Eastplats* e *Westplats*. A operação de concentração seria realizada em duas etapas: primeiramente, a *Gencor* e a *Lonrho* projetavam assumir o controle conjunto da *Implats* e, posteriormente, seria conferido à *Implats* o controle exclusivo da *Eastplats* e da *Westplats*²²⁵. Como consequência direta desse ato de concentração, no mercado mundial no setor dos platinóides que, até aquela data, era dividido entre três empresas, passaria a existir um duopólio exercido pela *Gencor/Lonrho* e AAC.

Sendo assim, após a submissão da notificação das empresas, a Comissão ordenou, em 8 de dezembro de 1995, a suspensão da operação de concentração e, por fim, em 20 de dezembro do mesmo ano, ela considerou que o ato de concentração suscitava graves dúvidas acerca da sua compatibilidade com o mercado comum, e, consequentemente, vetou a fusão em 24 de abril de 1996, declarando a incompatibilidade da operação de concentração com o

²²⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 122.

²²⁵ *Gencor Ltd. V. Comissão das Comunidades Europeias*, caso T-102/96, julgado pelo Tribunal de Primeira Instância em 25.03.1999.

mercado comum, uma vez que produziria como resultado a criação de posição dominante duopolística no mercado mundial de platina e ródio, prejudicando, assim, significativamente a concorrência no mercado comum.

Em face da decisão desfavorável, a *Gencor* recorreu ao Tribunal da Primeira Instância por meio de um recurso de anulação da decisão impugnada, alegando, em suma, a incompetência da Comissão para apreciar a operação.

O Tribunal iniciou sua apreciação rejeitando o argumento da Comissão, afirmando, por conseguinte, que a mera notificação não implica em submissão voluntária da fusão à jurisdição comunitária, o que seria possível apenas após a análise do caso²²⁶. Ainda, afirmou que:

O art. 1º do regulamento não exige, para que uma operação de concentração seja considerada de dimensão comunitária, que as empresas em causa estejam estabelecidas na Comunidade nem que as atividades de produção que são objeto da concentração se exerçam no território da Comunidade.

Além disso, o órgão julgador também considerou que a concentração alteraria a estrutura da concorrência no interior do mercado comum, uma vez que, além do duopólio acarretar a fusão das atividades de extração e produção de platinóides realizadas pelas empresas na África do Sul, também provocaria a concentração das atividades de comercialização em todo o mundo, sobretudo na Comunidade. Sendo assim, o juízo determinou que “quando seja **previsível** que uma concentração projetada possa produzir **efeitos imediatos e substanciais** na Comunidade, a aplicação do regulamento é justificada à luz do direito internacional público” (grifado).

O Tribunal prosseguiu verificando se, no caso em questão, os três critérios do efeito imediato, substancial e previsível estavam presentes. O efeito imediato (e também direto) seria a criação de uma posição dominante duopolística detida pelas empresas *Amplats* e *Implats* nos mercados mundiais de platina e ródio, acarretando, assim, a formação de uma posição dominante na Comunidade. Neste sentido, houve a conclusão que a operação produziria efeitos imediatos na Comunidade.

Por sua vez, o critério do efeito substancial também estava presente, uma vez que a Europa Ocidental responde por 20% da procura mundial dos metais em questão, o que, por si só, já justificava amplamente a jurisdição comunitária. Além disso, a posição dominante

²²⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 272.

duopolística nos mercados mundiais decorrente da operação implicaria no fornecimento de platina e de ródio na Europa Ocidental a uma parcela de até 65% do mercado comunitário.

Por fim, quanto ao critério do efeito previsível, o Tribunal afirmou que era efetivamente previsível que a criação de um duopólio com posição dominante no mercado mundial também produziria efeitos no mercado comunitário no sentido de entravar, de forma significativa, a concorrência na Comunidade.

Considerando os argumentos acima elencados, o juízo concluiu que a aplicação do Regulamento à concentração das empresas *Gencor/Lonrho* estava em conformidade com o Direito Internacional Público. Finalmente examinou que o exercício da sua jurisdição não implicou em qualquer violação aos princípios da não intervenção e da proporcionalidade.

Dado que as partes não recorreram da sentença proferida pelo Tribunal de Primeira Instância, o Tribunal de Justiça não pôde se manifestar sobre a teoria dos efeitos. Contudo, pode-se concluir que tanto a Comissão como o Tribunal de Primeira instância optaram pela adoção da teoria dos efeitos como justificativa para o exercício da jurisdição extraterritorialmente²²⁷.

4.6.2 *The Boeing/McDonnell Douglas*

Este caso, que envolveu duas fabricadoras de aeronave norte-americanas, evidencia os problemas práticos e diplomáticos que o exercício extraterritorial da jurisdição em operações de concentração pode acarretar. Resumidamente, o caso versou sobre a aquisição de controle da *McDonnell Douglas* pela *Boeing*²²⁹, operação essa que foi notificada em fevereiro de 1997 à Comissão. O ato de concentração, caso aprovado, teria claramente uma dimensão comunitária nos termos do art. 1º do Regulamento, uma vez que a empresa resultante da concentração se transformaria na maior fabricadora de aeronaves do mundo. Neste sentido, o número de empresas fabricantes de aeronaves seria reduzido, de três, para duas (sendo a outra a *Airbus Industrie*) e a posição dominante da *Boeing* seria fortalecida²³⁰.

²²⁷ SILVA, Valéria de Lima., *op. cit.* p. 275.

²²⁹ The Boeing/McDonnell Douglas, caso OJ-336/16, julgado pela Comissão das Comunidades Europeias em 1997.

²³⁰ KARPEL, Amy Ann. The european Commissions's decision on the Boeing-McDonnell Douglas merger and the need for greater U.S. – EU cooperation in the merger field. In: The American University Law Review, 1998, p. 1030.

Em julho de 1997 o FTC aprovou o ato de concentração, concluindo, assim, que a operação não produziria efeitos anticoncorrenciais nos EUA uma vez que a *Boeing* já detinha um elevado percentual de participação do mercado e a concentração não aumentaria esse percentual significativamente. Ainda, alertou a Comissão Europeia que, caso a operação fosse vetada, isso acarretaria sérios danos aos interesses de defesa estadunidense. Apesar disso, todavia, a Comissão continuou fazendo objeções à operação, até que, por fim, decidiu aprová-la com certas restrições. Ainda, em sua fundamentação²³¹, a Comissão considerou os interesses norte-americanos envolvidos na operação²³².

Destaca-se que as restrições impostas pela Comissão foram bastante criticadas, tanto pela UE, que as considerou fracas e de difícil aplicação, bem como pelos EUA, que alegaram que as restrições visavam unicamente proteger a empresa *European Airbus*. Neste sentido, a Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia admitiu que, apesar da Comissão ter conseguido conciliar os interesses da UE e a cooperação com os EUA, a adoção de abordagens divergentes pelas autoridades antitruste da UE e dos EUA fizeram com que fosse impossível alcançar uma solução consensual. Neste sentido conclui-se que, mesmo existindo acordo de cooperação bilateral entre ambas autoridades antitruste, muitas vezes o conflito de interesses é inevitável²³³.

4.6.3 *General Electric/Honeywell*

Neste caso, a despeito da aprovação das autoridades antitruste estadunidense, a Comissão vetou, em 3 de julho de 2001, o que seria a maior concentração da história dos EUA entre as duas empresas norte-americanas *General Electric* (GE) e *Honeywell* que, juntas, possuíam volume de negócios total realizado à escala mundial no valor de 180 bilhões de euros. A GE era fabricante de motor de aeronaves, enquanto que a *Honeywell* produzia, sobretudo, aviônicos.

Aqui, conforme destaca Jones e Sufrin, o mais relevante não é compreender o motivo que levou a Comissão a vetar a operação, mas, sim, que a veto de fato ocorreu. Novamente,

²³¹ “The Commission took the US Government’s concerns into consideration to the extent consistent with EU law, and has limited the scope of its action to the civil side of the operation, including the effects of the merger on the commercial jet aircraft market resulting from the combination of Boeing’s and MDC’s large defence and space interests”. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *op. cit.* p. 1254.

²³² JONES, Alison; SUFRIN, Brenda., *op. cit.* p. 1254.

²³³ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda., *op. cit.* p. 1255.

este caso ilustrou os problemas que o exercício extraterritorial da jurisdição em operações de concentração podem acarretar²³⁴.

²³⁴ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda., *op. cit.* p. 1255.

5. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL

5.1 As concentrações e seu controle pelo Estado

O controle de concentrações econômicas, também denominado de controle preventivo concreto, é a atividade administrativa que mais enseja processos no SBDC²³⁵. Conforme o entendimento de Nusdeo, o controle de atos de concentração visa alcançar dois objetivos principais, quais sejam, evitar que uma empresa dominante forme estruturas que tendam ao monopólio ou ao domínio de mercado e prevenir a oligopolização de um determinado mercado²³⁶.

Conforme bem elucidado por Marrara, “a premissa subjacente a tais objetivos reside na relação frequente – conquanto não necessária – entre poder de mercado (“*market power*”) e participação de mercado (“*market share*”)²³⁷. Importante destacar, ainda, que o Estado controla os atos de concentração em virtude dos prejuízos que eles podem causar na economia e na política, posto que, segundo Salomão Filho, “o poder econômico no mercado, quando excessivo, tende a criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesse próprio e que procuram (e frequentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas”²³⁸.

Há que se ressaltar, entretanto, que os atos de concentração não são considerados como infrações à ordem econômica. Ao contrário, a concentração empresarial é garantida, desde que ela se conforme aos objetivos perseguidos em lei. Em outras palavras, a concentração pode ser aprovada desde que não gere efeitos nocivos à concorrência ou que ela produza benefícios, isto é, desde que acarrete o aumento da produtividade, aperfeiçoamento

²³⁵ MARRARA, Thiago. *A Conformação do Direito Administrativo da Concorrência*. Tese de Livre-Docência na Área de Direito Administrativo junto à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 166.

²³⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Regulação e direito da concorrência. In: *Direito administrativo econômico*, São Paulo, 2002, p. 168.

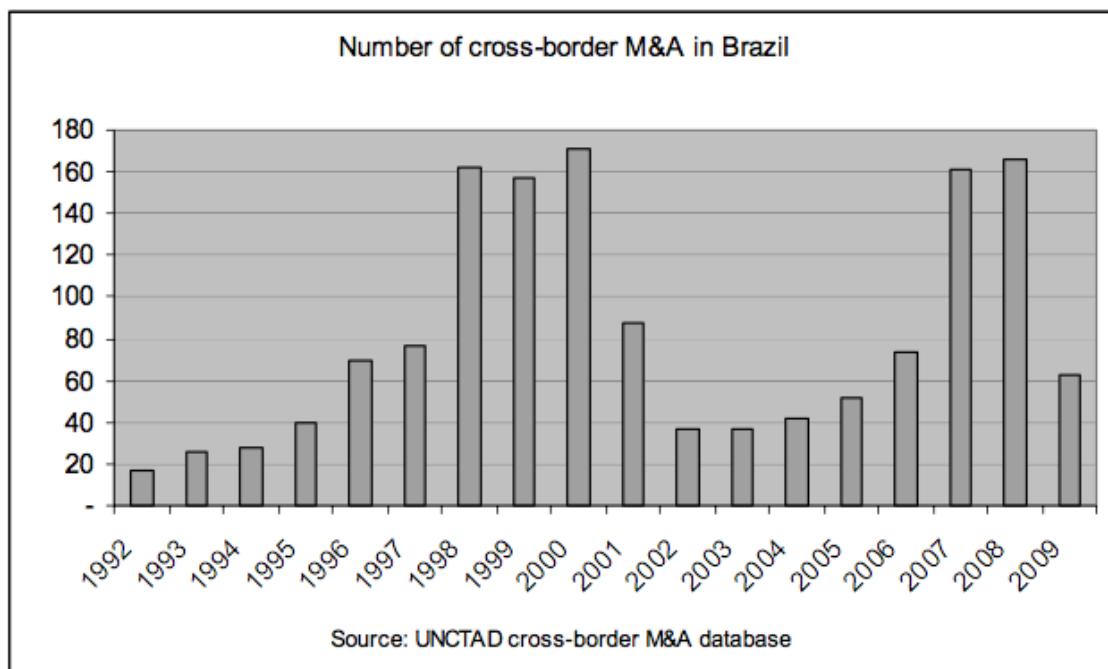
²³⁷ MARRARA, Thiago. *op. cit.* p. 166.

²³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 54-55.

dos bens e serviços produzidos, ganhos de eficiência e incremento tecnológico ou econômico²³⁹.

No Brasil, o controle da estrutura dos mercados feito pelas agências de defesa da concorrência teve início com o advento da Lei 8.884/1994. Todavia, a edição na Nova Lei de Defesa da Concorrência de 2011 (Lei 12.529/2011) trouxe mudanças significativas ao sistema, introduzindo o exame prévio dos atos de concentração²⁴⁰ e a possibilidade de aplicação de multa por *gun jumping*²⁴¹, conforme será tratado adiante.

Ainda, é de suma importância destacar que nos últimos vinte anos o número de atos de concentração transfronteiriços notificados às autoridades antitruste brasileira aumentaram consideravelmente, tanto em relação a quantidade quanto ao valor das operações. Isso ocorreu, dentre outros motivos, devido a globalização econômica mundial somada ao crescimento econômico do país nos últimos anos²⁴². Para efeito de ilustração, segue abaixo um gráfico que demonstra a evolução de atos de concentração transfronteiriços ocorridos no Brasil até o ano de 2009:



²³⁹ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. p. 142.

²⁴⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 107.

²⁴¹ Nas palavras de DOMINGUES e GABAN, *gun jumping* pode ser definida como “a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar se é favorável ou não à operação submetida à sua análise”. Neste sentido, na hipótese de sua ocorrência, as partes deverão arcar com uma multa elevada, podendo, ainda, serem investigadas pela prática de cartel. DOMINGUES, Juliana. GABAN, Eduardo Molan, *op. cit.*, p. 118.

²⁴² Global Forum on Competition. Roundtable on Cross-Border Merger Control: Challenges for developing and emerging economies. Contribution from Brazil, 2010.

Feita essa breve consideração, será apresentado adiante o histórico da formação das normas antitruste no Brasil, dando-se enfoque especial para a evolução da legislação disciplinadora dos atos de concentração.

5.2 Evolução da legislação antitruste e do controle dos atos de concentração

Primeiramente é importante ressaltar que, no Brasil, a proteção da concorrência na esfera administrativa cabe, atualmente, ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), organização institucional essa que sofreu diversas alterações substanciais ao longo do tempo, principalmente após o advento da NLAB em 2011²⁴³.

Em relação ao período anterior ao ano de 1962, cumpre destacar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a dispor, em seu art. 115²⁴⁴, sobre a ordem e a liberdade econômica²⁴⁵, impondo, no entanto, algumas condições ao seu exercício. Nesse sentido, a fim de garantir o prevalecimento dos interesses da coletividade em detrimento dos interesses dos agentes econômicos individualmente considerados, permitiu-se a intervenção estatal *na*²⁴⁶ e *sobre*²⁴⁷ a economia²⁴⁸. Importante ressaltar que, na visão de Forgioni, sempre houve intervenção estatal na economia brasileira. Em outras palavras, desde os tempos coloniais a coroa portuguesa atuava sobre a economia, a exemplo da implementação da política pública fiscalista²⁴⁹. Durante a vigência dessa Constituição, não houve a edição de nenhuma lei com o objetivo de regular o processo competitivo, salvo o Código de Propriedade Industrial²⁵⁰.

²⁴³ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 43.

²⁴⁴ “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

²⁴⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 74.

²⁴⁶ “Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.”

²⁴⁷ “Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósitos. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”

²⁴⁸ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 96.

²⁴⁹ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 97.

²⁵⁰ DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan, *op. cit.* p. 75.

Prosseguindo na análise do histórico da legislação antitruste no Brasil, em 1937 foi promulgada uma nova Constituição, consagrando expressamente, em seu art. 135²⁵¹, a liberdade de iniciativa, além de proteger, no art. 141²⁵², a economia popular. Este artigo ensejou, inclusive, a promulgação do Decreto-Lei n. 869/1938, que, nas palavras de Carvalho, “tipificou, pela primeira vez, algumas condutas como o açaibarcamento de mercadorias, a fixação de preços mediante acordo entre empresas e a venda abaixo do preço de uso²⁵³”. Para Forgioni esse decreto objetivava a proteção do consumidor, defendendo ainda que, diferentemente de países com maior tradição antitruste, “o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico (...)²⁵⁴”. Em outras palavras, no Brasil, o fator que motivou a criação de legislação destinada a proteger os mercados nacionais foram as práticas abusivas dos agentes econômicos, e não a crença nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência²⁵⁵, diferentemente da legislação norte-americana que, por sua vez, não está baseada na proteção do consumidor, mas sim na manutenção da liberdade de concorrência²⁵⁶.

Dentre os dispositivos do Decreto-lei 869/1938, destaca-se o inciso III do art. 2º que introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a proibição das seguintes práticas, *in verbis*: “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”. Desta forma, o Decreto-lei chegou a prever, mesmo que superficialmente, sobre as concentrações empresariais.

Posteriormente, mais especificamente em 1945 e à luz da Constituição de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei n. 7.666, mais conhecido como a Lei Malaia, que instituiu a Comissão de Defesa Econômica (CADE)²⁵⁷, órgão autônomo e presidido pelo então Ministro

²⁵¹ “Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

²⁵² “Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

²⁵³ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Nova lei de defesa da concorrência*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

²⁵⁴ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 100.

²⁵⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *op. cit.* p. 218.

²⁵⁶ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 100.

²⁵⁷ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 75.

da Justiça. Os doutrinadores são unâimes em afirmar que, apesar do Decreto-lei 869/1938 ter preparado o caminho, o primeiro diploma brasileiro com orientação antitruste foi a Lei Malaia²⁵⁸. Destaca-se que este decreto reflete um espírito nacionalista e protecionista, diferenciando-se, novamente, dos EUA²⁵⁹.

Também foi neste Decreto-Lei que surgiu, pela primeira vez, a bipartição entre as atividades preventivas e repressivas, impondo àquelas, conforme disposto em seu art. 8º, o controle prévio pela CADE de incorporações, fusões, transformação ou agrupamento em determinados segmentos estratégicos²⁶⁰. Todavia, aproximadamente três meses depois, o decreto foi revogado em razão da queda do Presidente Getúlio Vargas²⁶¹.

É fato que, apesar de revogada, a Lei Malaia teve grande repercussão entre os juristas e políticos da época. Como consequência, a Constituição de 1946 consagrou em seu texto a expressão “abuso de poder econômico”²⁶². O seu art. 148 dispôs que:

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Contudo, este dispositivo veio a ser regulamentado apenas com a promulgação da Lei n. 4.137 de 1962, que criou, em seu art. 8º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)²⁶³, órgão diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, composto por um presidente e mais quatro membros, todos nomeados pelo Presidente da República, para um mandato de quatro anos. Destaca-se que o CADE atuava isoladamente, isto é, acumulava as funções investigatórias e julgadoras dos processos administrativos²⁶⁴. Além disso, em seu art. 2º, elencou uma série de práticas consideradas formas de abuso econômico, quando produzissem os seguintes resultados: (i) dominação dos mercados nacionais ou eliminação, total ou parcial, da concorrência; (ii) elevação sem justa causa dos preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção; (iii) condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com

²⁵⁸ Neste sentido: DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 75. FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 102. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino., *op. cit.* p. 30.

²⁵⁹ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 102.

²⁶⁰ MARRARA, Thiago. *op. cit.* p. 169.

²⁶¹ Bandeira, 1979, p. 3. *apud* DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan, *op. cit.* p. 75.

²⁶² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino, *op. cit.* p. 31.

²⁶³ DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan. *op. cit.* p. 75

²⁶⁴ MARRARA, Thiago. *op. cit.* p. 45.

a finalidade de promover a elevação temporária dos preços; (iv) formação de grupo econômico e; (v) exercício da concorrência desleal²⁶⁵.

Importante destacar que, além desse dispositivo de índole repressiva, o art. 74 previa a possibilidade de controle preventivo e prévio, pela autoridade administrativa, de “atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas” que produzissem algum dos efeitos vetados pela lei (art. 74 em sua redação original)²⁶⁶.

Apesar dos avanços trazidos pela Lei 4.137/62, apenas onze casos foram julgados pelo CADE entre o período de 1962 a 1975²⁶⁷, havendo condenação em somente um deles, o que nos permite concluir que lei logrou de baixa efetividade. Em outras palavras, havia previsão legal, mas, faltava ação²⁶⁸. Nas palavras de FORGIONI, a atuação desempenhada pelo CADE refletia a “política econômica adotada, incentivadora, sobretudo, das fusões e incorporações e da criação de grandes empresas e conglomerados nacionais”²⁶⁹.

A lei 4.137/1962 foi recepcionada pelas duas Constituições Federais que se seguiram, nomeadamente as de 1967 (art. 157, VI)²⁷⁰ e de 1969 (art. 160, V)²⁷¹. Além disso, as citadas constituições conservaram o princípio da repressão do abuso do poder econômico em seus respectivos textos²⁷².

Em 1991 foi promulgada a Lei n. 8.158, cuja finalidade era aumentar a celeridade do procedimento administrativo e a apuração das práticas de violação à ordem econômica através da criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE/MJ), dotada de ampla competência²⁷³. Pode-se dizer que, se antes a competência para apurar e reprimir o abuso do poder econômico era do CADE, a partir da edição da Lei 8.158/1991 essa competência passou a ser dividida entre ele e a SNDE²⁷⁴. Importante destacar, ainda, que não houve revogação da lei 4.137/1962, vigendo ambas as leis concomitantemente. Todavia, o art.

²⁶⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 75.

²⁶⁶ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 45.

²⁶⁷ DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 76.

²⁶⁸ MARRARA, Thiago, *op. cit.* p. 45.

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 118.

²⁷⁰ “Art.157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

²⁷¹ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

²⁷² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino., *op. cit.* p. 33.

²⁷³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 76.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino., *op. cit.* p. 34.

74 da Lei de Defesa da Concorrência de 1962 foi alterado pela Lei n. 8.158/1991, substituindo, dessa maneira, o controle prévio dos atos pelo controle *a posteriori*²⁷⁵.

Finalmente, em 1994, foi aprovada uma nova Lei de Defesa da Concorrência, a Lei n. 8.884 que expressamente revogou as leis 4.137/1962 e 8.158/1991, enfim sistematizando a matéria antitruste de maneira a aperfeiçoar o seu tratamento legislativo²⁷⁶. O CADE foi transformado em autarquia federal e criou-se o denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, composto pelo CADE e por mais duas entidades federais, a saber, a SEAE/MF (Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda) e pela SDE/MJ (Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça)²⁷⁷. Importante entender que foi o próprio contexto político-econômico da época, marcado pela reabertura ao capital estrangeiro e pela privatização de determinados setores estratégicos, que impulsionou a edição da nova Lei de Defesa da Concorrência, fortalecendo, assim, o direito antitruste brasileiro²⁷⁸.

Segundo essa legislação, a SEAE/MF passou a atuar, sobretudo, na instrução de processos relacionados ao controle preventivo de concentração de agentes econômicos, podendo apresentar, excepcionalmente, representações em face de agentes de mercado devido a prática de condutas contra a ordem econômica. Além disso, permitia-se que a SEAE realizasse certos procedimentos instrutórios a fim de auxiliar a sua representação²⁷⁹.

Já a SDE/MJ, por sua vez, participava basicamente na instrução dos processos administrativos preventivos e sancionadores, tendo, também, capacidade para firmar alguns acordos administrativos. Era apelidada de “cão de guarda” da concorrência, uma vez que o monitoramento e a fiscalização das práticas eram de sua responsabilidade. Por fim, ao CADE restou o papel de órgão julgador dos processos sancionadores (controle de condutas) e autorizativos (controle de concentrações)²⁸⁰.

A Lei 8.884/1994 contribuiu decisivamente no progresso da matéria antitruste no Brasil, consolidando, dentre de outros aspectos, o controle das concentrações empresariais, dado que apesar da existência de previsões legislativas anteriores acerca da necessidade de submeter os atos de concentração à aprovação do CADE, ocorria que na prática as empresas

²⁷⁵ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 169.

²⁷⁶ DOMINGUES Juliana Oliveira; MOLAN, Eduardo Gaban., *op. cit.* p. 76.

²⁷⁷ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 122.

²⁷⁸ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 47.

²⁷⁹ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 47.

²⁸⁰ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 48.

desrespeitavam tal “formalidade” como consequência da falta de regulamentação sobre o assunto²⁸¹. Tratar-se-á, adiante, sobre como o tema de controle de atos de concentração de empresas foi abordado pela Lei 8.884/1994, a fim de elucidar, posteriormente, as principais inovações trazidas pela Lei 12.529/11.

5.2.1 O controle dos atos de concentração de empresas na Lei 8.884/1994

A Lei 8.884/1994, conforme dito anteriormente, revogou as Leis de Defesa da Concorrência de 1962 e de 1991, dispondo, em seu art. 54 § 4º, que os atos que acarretassem concentração econômica deveriam “ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização”. Depreende-se da leitura do texto legal que as partes podiam optar pela notificação prévia ou posterior à realização do ato, o que se convencionou a chamar de controle *a posteriori*, dado que era permitido aos agentes econômicos realizar as operações de concentração independente da autorização prévia do CADE. Ainda, pode-se concluir que o controle prévio, instituído pela primeira vez em 1991, foi mantido pela LDC de 1994.

É importante ressaltar ainda que, apesar da legislação prever um sistema híbrido, na prática as notificações ocorriam quase sempre em momento posterior à concentração²⁸², considerando que as partes não eram estimuladas a compartilhar informações com as autoridades antitruste. Esse controle *a posteriori* era um dos principais inconvenientes da legislação passada, dado que, de maneira semelhante ao que ocorre com os ovos mexidos, que, “uma vez misturados, fica difícil separar a gema da clara”²⁸³, frequentemente era inviável a reprovação do ato concentração pelo Poder Público dada a impossibilidade de restabelecimento da realidade econômica anterior à operação²⁸⁴.

Além disso, cumpre destacar que as principais novidades instituídas por essa lei foram o restabelecimento da competência do CADE para julgar os atos de concentração e a criação de critérios econômicos de notificação com o objetivo de delimitar os atos sujeitos ao controle

²⁸¹ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 123.

²⁸² MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 170.

²⁸³ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico da introdução do controle de concentrações no Brasil. In: *Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência: Coletânea de artigos*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília, 2011, p. 22.

²⁸⁴ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 171.

das autoridades antitruste²⁸⁵. Neste sentido, durante a vigência da Lei 8.884/1994, todos os atos que preenchessem os requisitos dispostos no *caput* do art. 54 da lei, ou seja, aqueles que podiam “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços” deviam ser submetidos à apreciação do CADE.

Ainda, importante frisar que a Lei n. 8.884/1994 previa um duplo critério de incidência, que, uma vez preenchido, gerava a obrigatoriedade da submissão do ato de concentração ao CADE. Os critérios adotados pela lei em seu art. 54 § 3º²⁸⁶ eram os seguintes: (i) quando uma das partes envolvidas tivesse registrado, no último balanço, faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e/ou; (ii) se devido a operação, a participação de mercado resultante fosse maior que 20% em algum dos mercados relevantes²⁸⁷. Ou seja, na prática, considerando a jurisprudência do CADE, ainda que o *caput* indique a necessidade de prejudicar ou limitar a livre concorrência, as autoridades passaram a considerar a obrigatoriedade de notificação uma vez preenchidos os critérios adotados pela lei em seu art. 54 § 3º.

Feitas essas breves considerações, cumpre destacar que, durante a vigência da lei de defesa da concorrência de 1994, houve a consolidação do CADE, que elevou a sua qualidade e aumentou a *expertise* das autoridades que o integram²⁸⁸. Como decorrência direta disso, o Poder Judiciário passou a respeitar suas decisões²⁸⁹.

Finalmente, será analisado adiante as principais alterações instituídas pela Nova Lei Antitruste (NLAB) de 2011, principalmente em matéria de controle de estruturas.

²⁸⁵ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 170.

²⁸⁶ “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (...) § 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

²⁸⁷ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 122.

²⁸⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 111.

²⁸⁹ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 123.

5.2.2 O controle dos atos de concentração de empresas na Lei 12.529/2011

Diante dos problemas apresentados pela LDC de 1994 foi editada, em 30 de novembro de 2011, uma Nova Lei Antitruste Brasileira que revogou praticamente todos os dispositivos do diploma anterior²⁹⁰, e instituiu, ainda, uma série de mudanças que alteraram significativamente o controle de concentrações²⁹¹.

Neste sentido, houve o resgate do controle prévio dos atos de concentração em substituição ao sistema híbrido da lei antiga. Além disso, os requisitos para notificação do ato de concentração foram alterados pela NLAB, que excluiu o critério de participação de mercado, restando apenas o critério de faturamento²⁹². Assim sendo, a Lei 12.529 de 2011 prevê que, para que as operações sejam obrigatoriamente submetidas ao CADE, é necessário verificar se o negócio alcança os patamares postos pelo art. 88. Conforme esse artigo, que teve seus valores adequados pela Portaria Interministerial nº 994 de maio de 2012, deverão ser apresentados ao CADE os ato de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

A elevação dos valores dos critérios de notificação obrigatória para os atos de concentração, que, antes da supracitada portaria, consistiam em R\$ 400 milhões de faturamento anual para um dos grupos empresariais envolvidos e em R\$ 30 milhões para o outro, contribuiu para a diminuição do volume de casos submetidos à apreciação do CADE, conferindo-lhe maior agilidade²⁹³. Nota-se ainda que a nova lei antitruste ratificou a Súmula 1 do CADE, dado que o critério do faturamento bruto deve estar adstrito ao território

²⁹⁰ Ainda estão em vigor os arts. 87 e 88 da Lei n. 8.884/1994.

²⁹¹ MARRARA, Thiago., *op. cit.* p. 50.

²⁹² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 122.

²⁹³ *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos.* Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE, 2013. p. 172. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/publicacoes/livro/CADE__DEFESA_DA_CONCORRENCIA_NO_BRASIL_50_ANOS.pdf>. Acesso em 19.09.2013.

nacional. Entretanto, esse critério também pode ser calculado por exportações, havendo precedentes nesse sentido.

A fim de facilitar o entendimento das principais alterações nos parâmetros de notificação impostas pela Lei 12.529/2011, introduzimos abaixo a seguinte tabela:

Dispositivos legais	Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Prazo para notificação	Notificação até 15 dias após a operação	Notificação prévia de operações de concentração
Critério do faturamento 1. ^a trava	Pelo menos uma das partes (ou seu grupo econômico) com faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões	Pelo menos uma das partes (os seu grupo econômico) com faturamento igual ou superior a R\$ 750 milhões
Critério do faturamento 2. ^a trava	Não há	A outra parte (os seu grupo econômico) deve ter, no mínimo, faturamento igual ou superior a R\$ 75 milhões
Critério do mercado relevante	A concentração relevante deve ser superior a 20% do mercado relevante	O critério de participação no mercado relevante foi removido
Discretariedade do CADE para requerer submissão <i>a posteriori</i>	Não há	O CADE pode requerer a submissão de atos de concentração não enquadrados nos critérios acima até um ano após a operação

Fonte: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. 2013, p. 113. (com adaptações)

Por fim, cumpre dizer que, mantendo a mesma linha adotada pela Lei 8.884/1994, a NLAB prevê, em seu art. 90²⁹⁴, um rol aparentemente exemplificativo de operações que

²⁹⁴ “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

configurariam concentrações. Conforme esse artigo entende-se que há um ato de concentração caso ocorra a fusão de duas ou mais empresas, anteriormente independentes, e que juntas formam uma nova sociedade²⁹⁵ (art. 90, I da NLAB). Ainda, depreende-se que ocorre atos de concentração quando uma ou mais empresas adquirem o controle ou parte de uma ou outras empresas (art. 90, II da NLAB); quando há a incorporação de uma ou mais empresas por outra ou outras empresas (art. 90, III da NLAB), ou, por fim, quando duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (art. 90, IV da NLAB).

Todavia, apesar do art. 90 ter sido comemorado pela doutrina por trazer, pela primeira vez, maior previsibilidade sobre quais tipos de concentração haveria a incidência da lei antitruste, essa previsibilidade é apenas aparente, dada a existência de uma válvula de escape no art. 90, II, que dispõe que realiza-se um ato de concentração pela aquisição, “ou por qualquer outro meio ou forma”. Diante disso, concluímos que, de maneira semelhante a lei antiga, a NLAB “não atribui muita importância à forma, ou modalidade, da operação empresarial para caracterizá-la como ato de concentração, mas, sim, ao fato do negócio ter possibilidade de alterar as relações de concorrência no mercado em que é realizado”²⁹⁶.

Além disso, importante ressaltar que houve significativas mudanças na estrutura do CADE a partir da entrada em vigor da NLAB, que passou a ser composto pela Superintendência – Geral, pelo Departamento de Estudos Econômicos e pelo Tribunal Colegiado Administrativo. Ainda, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da antiga Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, foi substituído pela Superintendência-Geral, que, por sua vez, foi incorporada ao CADE. Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, passou a concentrar a sua função basicamente nas atividades de *competition advocacy*²⁹⁷.

Feitas essas considerações, parte-se, agora, ao estudo da jurisdição extraterritorial no direito concorrencial brasileiro.

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

²⁹⁵ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 398.

²⁹⁶ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op.cit.* p. 119.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino., *op. cit.* p. 36.

5.3 A jurisdição extraterritorial no direito concorrencial brasileiro

Inicialmente, cumpre ressaltar que a teoria dos efeitos foi inaugurada no Brasil pelo art. 2.º da Lei 8.884/1994, acompanhando, nesse sentido, a tendência internacional liderada pelos EUA, Austrália, Canadá e União Europeia, países esses que já haviam abordado o tema da jurisdição extraterritorial em suas respectivas legislações²⁹⁸. Via de regra, os países que compõe o Mercosul²⁹⁹ não contam com um histórico de incentivo à concorrência, sendo suas experiências neste assunto são extremamente recentes³⁰⁰. Na opinião de Pinsky e de Carvalho, dado que o sistema econômico mundial sofreu expressivas mudanças e que cada vez mais o Brasil encontra-se em posição de vulnerabilidade em relação aos atos prejudiciais à concorrência praticados no exterior, é justificável que exista tal dispositivo na legislação antitruste pátria³⁰¹.

No entanto, não obstante nenhuma legislação concorrencial nacional anterior a 1994 conter previsões expressas acerca da possibilidade de sua incidência em caráter extraterritorial, pode-se dizer que a Lei 4.137/62 foi, conforme será tratado adiante, ao menos uma vez aplicada extraterritorialmente.

5.3.1 Antecedentes – A Lei 4.137/1962

Já foi dito que a Lei 4.137/62 não disciplinou expressamente acerca da aplicabilidade extraterritorial da legislação concorrencial brasileira. Sendo assim, ao longo da sua vigência prevaleceu o entendimento que deveria ser observado o princípio da territorialidade estrita³⁰².

Contudo, com o passar do tempo, houve uma atenuação na aplicação desse princípio graças a alteração da mentalidade nacional em relação ao alcance da legislação antitruste brasileira e ao fato que grande parcela da doutrina passou a apoiar a sua aplicação

²⁹⁸ ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento*. São Paulo: USP – Faculdade de Direito, 2013, p. 99.

²⁹⁹ Destaca-se que os únicos países da América Latina e do Caribe que preveem em suas legislações a teoria dos efeitos são o Brasil e a Argentina.

³⁰⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 114.

³⁰¹ PINSKY, Lior. *Aplicação extraterritorial da lei antitruste*. In: Revista de Direito Mercantil, n. 115, p. 140 e CARVALHO, Leonardo Arquimimo. *Direito Antitruste & Relações Internacionais: Extraterritorialidade e Cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 135.

³⁰² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 328.

extraterritorial para que assim se pudesse, efetivamente, proteger o mercado nacional³⁰³. Para tanto, esses doutrinadores defendiam a utilização da teoria dos efeitos no sistema concorrencial brasileiro com base na transposição do art. 4.^o³⁰⁴ do Código Penal para a legislação antitruste, substituindo, ainda, o termo “resultado” pelo “efeitos”³⁰⁵.

Por fim, cumpre destacar que, ainda durante a vigência da Lei 4.137/19, houve uma importante decisão do CADE envolvendo a fusão dos grupos *BBC-Brown Boveri* e *ASEA*³⁰⁶, sediados na Suíça e na Suécia, respectivamente, que evidenciou a postura da autoridade concorrencial brasileira em relação a aplicação da jurisdição brasileira extraterritorialmente³⁰⁷. Neste sentido, diante da exigência do CADE de que as filiais do Brasil efetuassem o registro do ato de concentração, pode-se concluir nas palavras de José Ângelo Estrella Faria, “que o fundamento implícito da decisão do CADE (...) é a premissa de que a lei brasileira é aplicável a quaisquer acordos que afetem a concorrência no território nacional, independentemente de onde tenham eles sido celebrados”³⁰⁸.

5.3.2 A jurisdição extraterritorial nas Leis 8.884/94 e 12.529/2011

Conforme exposto anteriormente, a Lei 8.884/1994, além das várias alterações implantadas, foi a primeira a prever expressamente, em seu art. 2.^º, sobre a possibilidade de exercício da jurisdição extraterritorialmente em direito antitruste com base na teoria dos efeitos. A NLAB, que entrou em vigor em maio de 2012, manteve inalterado o texto desse dispositivo, repetindo *ipsis litteris*, também em seu art. 2^º, a redação da lei anterior. Dessa forma, a Lei 12.529/2011 determina, *in verbis*, que “aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional **ou que nele produzam ou possam produzir efeitos**” (grifo nosso).

A partir da leitura do *caput* do art. 2^º percebe-se que a legislação brasileira adotou expressamente duas teorias, a saber, a teoria da territorialidade, ao dispor que aplica-se a

³⁰³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 328.

³⁰⁴ “Art. 4.^º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.”

³⁰⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 328.

³⁰⁶ Trata-se do Pedido de Registro 1/88. Para maiores detalhes, ver SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 330.

³⁰⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 330.

³⁰⁸ FARIA, José Ângelo Estrella. *op. cit.* p. 22.

legislação antitruste “às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional”, e a teoria dos efeitos, ao prever o exercício da jurisdição brasileira extraterritorialmente quando a prática produz ou possa vir a produzir efeitos no território nacional³⁰⁹. Segundo Carvalho³¹⁰, pode-se definir a teoria dos efeitos como uma ficção jurídica concebida pelo Estado a fim de submeter fatos ocorridos em território estrangeiro à sua própria jurisdição, sob a justificativa de que tais acontecimentos possuem o condão de causar efeitos prejudiciais ao mesmo, o que autorizaria, portanto, um acrescer em sua competência internacional.

Importante destacar, ainda, que o referido artigo prevê que a mera possibilidade da prática produzir efeitos no mercado nacional já legitima a aplicação extraterritorial brasileira, independentemente da nacionalidade e da presença das partes no Brasil³¹¹. Nesse sentido, resta suficiente para a aplicação da lei brasileira da concorrência que determinadas concentrações empresariais produzam ou possam produzir efeitos dentro do país, mesmo que elas tenham ocorrido totalmente no exterior³¹². Em outras palavras, o que importa, segundo Forgioni³¹³, é o mercado relevante no qual serão produzidos os efeitos, e não a nacionalidade e o domicílio das empresas integrantes do ato de concentração.

Todavia, há que se destacar que, para Silva, levando-se em consideração que o exercício da jurisdição extraterritorial está fundamentado em um elemento de conexão bastante tênue (“os efeitos”), é imprescindível que sua aplicação esteja delimitada apenas aos casos em que esses efeitos sejam previsíveis, substanciais e diretos, evitando, assim, conflitos e desgastes com outros Estados³¹⁴.

Ainda, cumpre ressaltar que, em relação a esfera de aplicação da teoria dos efeitos, a lei antitruste só deve incidir sobre os atos que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional, estando, assim, o art. 2.º da NLAB em consonância com o previsto pela Constituição Federal³¹⁵. Dessa forma, o mercado internacional encontra-se excluído da esfera de incidência da lei antitruste brasileira, salvo a hipótese que os efeitos repercutam tanto no mercado internacional quanto no interno. Especificamente em relação a esse ponto a legislação nacional se assemelha em muito às normas da União Europeia, dado que em ambos

³⁰⁹ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 136.

³¹⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *op. cit.*

³¹¹ Eduardo Caminati Anders; Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012, p. 7.

³¹² JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 123

³¹³ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 427.

³¹⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 332.

³¹⁵ “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

ordenamentos jurídicos a legislação antitruste é aplicada extraterritorialmente somente quando há afetação do mercado interno. Por outro lado e, conforme visto anteriormente, os EUA aplicam suas leis de defesa da concorrência sempre que houver a afetação do seu mercado interno ou externo, diferindo, assim, do sistema brasileiro e da UE³¹⁶.

Todavia, apesar do art. 2º adotar, além da teoria da territorialidade, também a teoria dos efeitos, e delimitar territorialmente a incidência deste critério aos efeitos produzidos dentro do território nacional, não é previsto, neste artigo, quais os efeitos no território nacional que irão ensejar a determinação da jurisdição brasileira em direito concorrencial. Cumpre destacar, ainda que pareça óbvio, que, para fins de utilização da teoria dos efeitos, é necessário que a prática seja repreensível de acordo com a lei antitruste brasileira³¹⁷.

Neste sentido, a doutrina indica ser necessário recorrer aos dispositivos legais que regulam as infrações da ordem econômica (art. 36 da Lei 12.529/2011)³¹⁸ e os atos de concentração entre empresas brasileiras (art. 88 da Lei 12.529/2011)³¹⁹. Dado que o presente trabalho tem por objetivo estudar especificamente a aplicação da jurisdição extraterritorial em atos de concentração com base na teoria dos efeitos, não trataremos, aqui, sobre as infrações da ordem econômica. Assim sendo, em operações de concentração, para que a jurisdição brasileira possa ser aplicada extraterritorialmente é necessário, primeiramente, que o ato de concentração produza efeitos no território nacional. Uma vez satisfeito este requisito, aplique-se os mesmos critérios substanciais que regulam os atos de concentração entre empresas brasileiras às concentrações ocorridas fora do território nacional e entre empresas de nacionalidade estrangeira.

Destaca-se que, tanto no direito antitruste brasileiro como na legislação concorrencial estadunidense e comunitária, os efeitos podem ser considerados em dois momentos: primeiramente para determinar a jurisdição extraterritorial do Estado, ou seja, para demarcar o campo de incidência territorial da Lei, e, posteriormente, na análise do mérito da causa, onde será analisada a probabilidade do ato de concentração produzir efeitos prejudiciais a concorrência de maneira a acarretar a incidência da lei³²⁰.

³¹⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 332.

³¹⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 121.

³¹⁸ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

³¹⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 332-333.

³²⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 333-334.

Nota-se, ainda, que a legislação antitruste brasileira não exige que o efeito esteja consubstancializado para que seja possível a incidência da jurisdição nacional. Ao contrário, o art. 2º da NLAB dispõe que a Lei é aplicada a todas as práticas que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional, isto é, mesmo quando a operação contenha elementos estrangeiros pode-se aplicar a jurisdição brasileira com fundamento em efeitos que ainda não se concretizaram³²¹. Há que se observar, entretanto, que grande parte da doutrina e da jurisprudência³²² defende que esses efeitos devem, necessariamente, ser previsíveis, imediatos e substanciais, ou seja, a probabilidade que os efeitos venham a ocorrer deve ser real e efetiva³²³. Segundo Corrêa, a abstenção da legislação antitruste brasileira em definir ou restringir o termo “efeitos” indica “a adoção intencional (política legislativa) de uma formulação ampliada ou postura extensiva na determinação da jurisdição antitruste nacional”³²⁴.

Ainda nesse sentido, Silva defende que “a previsibilidade deve, naturalmente, ser embasada em critérios objetivos, que permitam aferir quais os efeitos que potencialmente decorreriam da operação analisada”. Argumenta, ainda, que deve-se evitar ao máximo a aplicação da teoria dos efeitos com base em critérios subjetivos, tal como é feito pelos EUA, posto que isso tem o condão de causar graves conflitos entre os Estados, obstruindo, assim, o desenvolvimento do comércio internacional³²⁵.

5.4 A aplicação da jurisdição extraterritorial em atos de concentração com base na teoria dos efeitos

Importante destacar, ainda, que a esmagadora maioria dos processos administrativos apreciados pelo CADE, que abordam o tema da jurisdição extraterritorial brasileira, referem-se a atos de concentração. Contudo, apesar do grande número de casos julgados pelo CADE, pode-se notar que, frequentemente, a autoridade antitruste interpretou erroneamente o âmbito de incidência da teoria dos efeitos³²⁶. Pode-se atribuir isso ao fato de que a previsão da teoria

³²¹ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 125.

³²² Ver, neste sentido, o julgamento do caso *Gencor v. Commission*.

³²³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 335.

³²⁴ CORRÊA, Darwin Lourenço. *Jurisdição Extraterritorial em Direito Antitruste*. 2002. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

³²⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 335.

³²⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 356.

dos efeitos na legislação antitruste brasileira é algo extremamente recente. Além disso, fatores como a falta de tradição na aplicação extraterritorial de suas leis e ainda escassez doutrinária e jurisprudencial sobre o tema agravam a situação³²⁷.

Conforme elucidado anteriormente, em matéria antitruste, a mera possibilidade de ocorrência dos efeitos no mercado brasileiro é suficiente para ensejar o exercício da jurisdição pátria. Dado que o *caput* do art. 2º da NLAB prescinde de maiores elementos de definição ou restrição para o termo “efeitos”, a doutrina internacionalista é unânime em afirmar que é indispensável que eles sejam substanciais (sensíveis), imediatos (ou diretos) e previsíveis³²⁸.

Neste sentido, José Gabriel Assis de Almeida esclarece quais são as características dos “efeitos” previstos na legislação antitruste nacional:

Em primeiro lugar; deve tratar-se de um efeito sensível, pois efeitos de reduzido impacto não justificam aplicação da lei de defesa da concorrência.

Em segundo lugar; pode ser um efeito direto, ou seja, deve resultar imediatamente do comportamento. Caso contrário, uma vez que a mundialização tornou possível que uma atividade econômica tenha efeitos no mundo inteiro, o campo de aplicação da lei brasileira de defesa da concorrência seria vastíssimo³²⁹.

Especificamente em relação ao critério da substancialidade, entende-se que os efeitos dos atos anticoncorrenciais devem ser significantes dentro do mercado afetado para que eles justifiquem o exercício da jurisdição brasileira³³⁰. Neste sentido, a principal questão que se coloca é: quais são os critérios objetivos que nos permitem identificar se determinado ato de concentração atinge o grau de substancialidade dos efeitos, justificando, assim, a aplicação da legislação concorrencial?

No âmbito de controle de estruturas da União Europeia a resposta para essa pergunta é clara, uma vez que o Regulamento 139/2004 prevê a sua aplicabilidade em todos os atos de concentração de dimensão comunitária que atinjam determinados parâmetros quantitativos, que, por sua vez, são estabelecidos com base no volume de negócios das empresas.

Por outro lado, já vimos anteriormente que, no Brasil, os atos de concentração estão disciplinados no arts. 88 e 90 da Lei 12.529/2011. Este dispositivo tem por objetivo determinar às hipóteses de controle de concentrações, que são as seguintes: (i) quando há a

³²⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto., *op. cit.* p. 129.

³²⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 364.

³²⁹ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A aplicação “extra-territorial” do direito da concorrência brasileiro*. In Arché: Interdisciplinar, Rio de Janeiro, v. 10, n. 29, p. 69, 2001.

³³⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 364.

fusão entre empresas anteriormente independentes; (ii) quando uma ou mais empresas adquirem por meio contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) quando há a incorporação de uma ou outras empresas; ou (iv) quando duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Sendo assim, a partir de uma análise atenta desse dispositivo podemos verificar que a legislação brasileira antitruste não confere grande previsibilidade aos tipos de concentração que ensejam a incidência da lei. Isso porque o inciso II do artigo em questão prevê que realiza-se um ato de concentração pela aquisição “ou por qualquer outro meio e forma”, listando, assim, apenas um rol exemplificativo de hipóteses de controle de concentrações. Neste sentido, podemos verificar que a NLAB não atribui grande relevância ao modo jurídico pelo qual a concentração econômica é instrumentalizada, mas, sim, nas palavras de Domingues e Gaban, “ao fato do negócio ter possibilidade de alterar as relações de concorrência no mercado em que é realizado”. Pode-se concluir, portanto, que o conceito de “ato de concentração” é bastante amplo, limitando-se a NLAB a prever algumas hipóteses de operações que configurariam atos de concentração³³¹.

Dentre todos os atos de concentração que se enquadram no art. 90 da NLAB, encontram-se as operações econômicas que, ao mesmo tempo, cumprem os requisitos previstos no art. 88 dessa lei, isto é, além da operação configurar um “ato de concentração”, ela também preenche o critério do faturamento.

Antes de abordar esse critério, todavia, cumpre ressaltar que na Lei 8.884/94 havia um duplo critério de incidência (receita e participação no mercado), que, uma vez satisfeito, gerava o dever de submissão obrigatória ao SBDC. Em outras palavras, o art. 54 §3º previa que deveriam ser submetidos à apreciação do CADE todos os atos que implicassem a participação de empresas ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Tratava-se de uma presunção relativa, isto é, partia-se do pressuposto que, uma vez presente uma dessas condições, havia maior probabilidade que o ato de concentração acarretasse, no território nacional, os efeitos dispostos no *caput* desse dispositivo, devendo, por isso mesmo, ser submetido às autoridades antitruste³³².

³³¹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 119

³³² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 366.

As críticas dirigidas à adoção do critério da participação de mercado em decorrência de seu alto grau de subjetividade e insegurança jurídica³³³ contribuíram para que esse critério fosse excluído da NLAB, que, por sua vez, passou a adotar exclusivamente o critério do faturamento bruto³³⁴. Neste sentido, restou apenas um critério de incidência da lei³³⁵, devendo, assim, ser submetido ao CADE os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões³³⁶; e (ii) o outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30 milhões³³⁷.

Cumpre, finalmente, analisar o critério do faturamento conforme entendido pelo CADE. Os primeiros julgados da autoridade antitruste que consideraram essa questão revelaram que a posição dominante dos Conselheiros era no sentido de adotar o critério de faturamento bruto mundial³³⁸. Com o passar o tempo esse entendimento foi se modificando, e, no ano de 2005, no julgamento do Ato de Concentração 08012.002992/2004-14, passou-se a entender que o critério do faturamento bruto deveria estar limitado ao território nacional. Tal posicionamento culminou na edição da Súmula 1 do CADE³³⁹, que, *in verbis*, confirma que “na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”³⁴⁰. Transpondo a referida súmula para a NLAB, pode-se concluir, portanto, que o “faturamento bruto anual” do art. 88 refere-se ao faturamento bruto adstrito ao território nacional.

Feita essas importantes observações, e, em resposta a questão anteriormente proposta, o critério do faturamento é o elemento objetivo que nos permite identificar o grau de

³³³ Nesse sentido, o voto de vista no Ato de Concentração 08012.008380/2002-73, requerentes Barry-Wehmiller Companies e Ward Holding Company, julgado em 13.08.2003: “[a] experiência prática mostra que (...) no Brasil, os administrados têm sugerido mercados relevantes mais amplos do que aqueles definidos pelas autoridades antitruste. Nesse sentido há sempre a possibilidade de ocorrerem divergências (como de fato ocorrem), que poderiam gerar insegurança quanto à necessidade de apresentação de determinadas operações.”

³³⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 367.

³³⁵ DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo Molan., *op. cit.* p. 122.

³³⁶ Valor alterado pela Portaria Interministerial nº 994 de maio de 2012 para R\$ 750 milhões.

³³⁷ Valor alterado pela Portaria Interministerial nº 994 de maio de 2012 para R\$ 75 milhões

³³⁸ Neste sentido, ver SILVA, Valéria Guimarães, *op. cit.* p. 368 e o Ato de Concentração 08012.002740/1998-02. Partes: Sherwin Willians do Brasil Indústria e Comércio Ltda. E Lazzuril Tintas S/A e 09012.002730/1998-41. Partes: Sherwin Willians do Brasil Indústria e Comércio Ltda. E Indústrias Químicas Elgin Ltda., julgado em 19.08.1998.

³³⁹ Publicado no DOU em 18.10.2005, n. 200, seção 1, p. 49.

³⁴⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 369.

substancialidade dos efeitos causados pela prática de determinado ato de concentração, de modo a justificar, assim, o exercício da jurisdição brasileira extraterritorialmente³⁴¹. Em outras palavras, para fins de incidência extraterritorial da lei antitruste brasileira, é necessário verificar, primeiramente, se a operação enquadra-se, de alguma forma, no conceito de “ato de concentração” bastante amplo previsto no art. 90. Caso haja a subsunção, o direito pátrio somente irá ser aplicado em caráter extraterritorial quando, concomitantemente, o ato de concentração atingir o critério do faturamento imposto pelo art. 88.

Ressalta-se, ainda, que o faturamento se refere ao faturamento bruto anual registrado pelas empresas participante da concentração econômica e adstrito exclusivamente ao território brasileiro e poderá ainda ser calculado com base nas exportações, havendo precedentes nesse sentido. Dessa forma, uma vez preenchidos esses critérios, os efeitos produzidos serão substanciais, de modo a justificar o exercício da jurisdição brasileira em âmbito extraterritorial com fundamento no art. 2º da NLAB. Neste mesmo sentido, Silva defende que “o critério que estabelece nexo direto com o território nacional, conferindo aos efeitos potenciais aí produzidos o caráter substancial necessário para justificar a competência das autoridades nacionais sobre dado ato é o faturamento bruto no território nacional”³⁴². Destacar-se ainda que, além de preencher o critério da substancialidade, é necessário que o ato de concentração produza efeitos previsíveis e diretos para que a jurisdição antitruste brasileira possa, de fato, ser exercida³⁴³.

Por fim, cumpre mencionar que a legislação antitruste brasileira está de acordo com as Práticas Recomendáveis para Procedimentos de Notificação de Atos de Concentração, da *International Competition Network*, que tem por finalidade recomendar aos países a incorporação, em suas respectivas legislações, de critérios substantivos adequados, citando, como exemplo, o faturamento ou o valor dos ativos no território da jurisdição do Estado afetado³⁴⁴.

Será feita, no próximo tópico, uma análise dos principais antecedentes administrativos julgados pelo CADE nos últimos anos, a fim de verificar como o tema é tratado pela autoridade antitruste.

³⁴¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 370.

³⁴² SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 370.

³⁴³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 332.

³⁴⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* pp. 370-371.

5.5 Estudo de casos

Tendo em vista que a lei antitruste brasileira de absteve em definir ou restringir o termo “efeitos”, o CADE vem buscando, aos poucos, elaborar critérios objetivos para que a jurisdição brasileira em atos de concentração entre empresas estrangeiras possa ser exercido extraterritorialmente³⁴⁵. Neste sentido, é de suma importância o estudo dos casos abaixo.

5.5.1 Schwinn / Pacific Cycle

O caso versou sobre uma operação de aquisição de ativos nos EUA, por leilão, da *Schwinn/GT Corp.* pela *Pacific Cycle, LLC*, atuando ambas as empresas nos mercados de bicicletas e acessórios para ciclismo. Salienta-se que nenhuma das empresas atuava diretamente no Brasil, além de possuírem ínfima participação no mercado nacional.

A SDE, em seu parecer, apesar de reconhecer a inexistência de efeitos anticoncorrenciais, optou pela aprovação do ato sem restrições³⁴⁶. Silva critica esse posicionamento, dado que, em sua opinião, a SDE deveria ter opinado pelo “não-conhecimento da concentração, o que implica reconhecer a ausência de competência das autoridades para a apreciação do caso na ausência de efeitos anticoncorrenciais³⁴⁷”. De maneira semelhante, a SEAE também concluiu que a concentração não geraria efeitos anticompetitivos, optando, todavia, pelo seu conhecimento e aprovação.

Por fim, o Conselheiro-Relator do ato de concentração entendeu que a operação não geraria quaisquer efeitos no Brasil, razão pela qual conheceria da operação e votaria pelo seu arquivamento³⁴⁸. Dado que os demais Conselheiros seguiram o voto do Relator, a operação foi conhecida pelo CADE. É importante ressaltar, ainda, que no voto-vista do Conselheiro Celso Campilongo foram tecidas algumas considerações importantes sobre a aplicação da teoria dos efeitos como fundamento para o exercício da jurisdição extraterritorial nos atos de concentração. Sendo assim, o Conselheiro destacou que a antiga lei antitruste (8.884/94) era

³⁴⁵ MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas*. In: Revista de Direito da Universidade de São Paulo. v. 101. pp. 1047-1075. Jan/dez. 2006, p. 1064.

³⁴⁶ Ato de concentração 08012.006025/2001-89, requerentes Schwinn/GT Corporation e Pacific Cycle, LLC, parecer de 30.01.2002.

³⁴⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 362.

³⁴⁸ Ato de Concentração 08012.006025/2001-89, requerentes Schwinn/GT Corporation e Pacific Cycle, LLC, voto de 08.05.2002.

inaplicável a práticas ocorridas no exterior que não produzissem efeitos no Brasil, ainda que potenciais. Em seu voto foram examinadas, ainda, as características dos “efeitos” que eram exigidas para que a lei pudesse ser aplicada, isto é, devia se tratar de um efeito sensível e direto. Assim sendo, o Conselheiro concluiu que, no caso em questão, “os efeitos não foram nem expressivos e nem diretos. Se o mercado não sente os impactos da operação internacional, não há razão alguma, nos termos do art. 2º da Lei 8.884/94, para se aplicar a norma nacional³⁴⁹”. Todavia, mesmo após todas essas considerações, o Conselheiro também optou por acompanhar o Relator, votando, assim, pelo conhecimento da operação.

Conforme dito anteriormente, Silva criticou tais decisões, pois, uma vez que o ato de concentração envolvia partes estrangeiras sediadas nos EUA e havendo sido a operação lá realizada, o único elemento de conexão de poderia justificar o exercício extraterritorial da jurisdição antitruste brasileira seriam os efeitos. Dado que restou comprovado que o ato de concentração não produziria quaisquer efeitos no Brasil, inexiste jurisdição brasileira para apreciar o caso, tornando-se, portanto, o conhecimento da operação impossível. Ao contrário, as autoridades antitruste brasileiras deviam ter optado pelo não conhecimento³⁵⁰.

5.5.2 Borg Warner / Eaton

Este caso³⁵¹ versa sobre o *Stock Purchase Agreement* (“Contrato de Compra e Venda de Ações) celebrado entre as empresas *Borg Warner Transmission Systems Inc.* (“*Borg Warner*”) e *Eaton Industries Manufacturing G.m.b.H.* (“*Eaton*”) em 17 de setembro de 2006. O ato foi notificado ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 5 de outubro de 2006 e tratava sobre a aquisição, pela *Borg Warner*, de todas as ações da *Eaton s.a.m, Mônaco* (“*Eaton Monaco*”), que eram, na época, detidas pela *Eaton*.

A SDE, em seu parecer, sustentou que “o caso ora analisado, por constituir operação que não envolveu empresas brasileiras e o produto objeto da mesma não ser comercializado no Brasil configura hipótese em que, pelo princípio da territorialidade, a Lei nº 8.884/94 não é

³⁴⁹ Ato de Concentração 08012.006025/2001-89, requerentes Schwinn/GT Corporation e Pacific Cycle, LLC, voto de 22.05.2002.

³⁵⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 363.

³⁵¹ Ato de Concentração nº 08012.009358/2006-74, requerentes Borgwarner Transmission Systems Inc. e Eaton Industries Manufacturing G.M.B.H., Cons. Rel. Luis Fernando Schuartz, em 17.01.2007.

aplicável³⁵²”. Neste sentido, a SDE opinou pelo não conhecimento pelo CADE do mérito da operação, sob o argumento de que o caso em questão não se submetia às hipóteses previstas pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Já a ProCADE, por sua vez, também se manifestou pelo não conhecimento da operação, todavia com base em fundamentação diversa. Alegou a Procuradoria que o Grupo *Borg Warner*, no Brasil, não alcançava os R\$ 400 milhões (§ 3º, art. 54, L. 8.884/94), e que, em razão do faturamento das empresas, opinava pelo não conhecimento da operação.

Todavia, apesar das recomendações da SDE e da ProCADE, o Conselheiro Relator Luis Fernando Schuarzt entendeu que a submissão do ato notificado deveria sim ser obrigatória. Segundo o Relator, a opinião emitida pela SDE estava fundada em uma análise incompleta da aplicabilidade do art. 2º da Lei 8.884/94, pois não restava suficiente saber se o ato envolvia empresas brasileiras ou produtos que eram efetivamente comercializados no Brasil por meio de exportações para fins de aplicação da lei antitruste. Defendeu, ainda, que além dos requisitos previstos no § 3º, art. 54 da antiga lei antitruste, que, uma vez preenchidos, ensejam a obrigação de submeter um determinado ato à apreciação do CADE, na hipótese de atos realizados extraterritorialmente o art. 2º da Lei 8.884/94 estabelece “uma condição necessária adicional e independente de um ponto de vista lógico, a saber, a produção, imediata ou potencial, pelo ato em questão, de efeitos no território nacional³⁵³”.

Importante ressaltar que, conforme o entendimento do Relator, os “efeitos” estipulados no art. 2º não se referem a efeitos quaisquer. Muito pelo contrário, é imprescindível que haja uma conexão semântica entre o significado da expressão “efeitos” e o conceito de “efeito anticompetitivo”, o que equivale a dizer que, para que surja a obrigação de submissão nos termos do art. 54, basta que os efeitos decorrentes do ato alterem, de forma economicamente significante, “a posição dos agentes econômicos envolvidos no que se refere à tomada de decisões a respeito de preços, quantidades ou outras variáveis relevantes do ponto de vista competitivo, relativos a produtos ofertados a demandantes situados no território nacional”.

Por fim, o Relator concluiu que as partes envolvidas na concentração não estavam presentes no mercado nacional brasileiro e que, por isso, sua realização não geraria quaisquer preocupações concorrenciais no país. Por fim, e de maneira semelhante ao caso acima,

³⁵² SECRETARIA DE DIREITO ECONOMICO, Ato de Concentração nº 08012.009358/2006-74, requerentes Borgwarner Transmission Systems Inc. e Eaton Industries Manufacturing G.M.B.H. em 10.11.2006.

³⁵³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, Ato de Concentração nº 08012.009358/2006-74, requerentes Borgwarner Transmission Systems Inc. e Eaton Industries Manufacturing G.M.B.H., Cons. Rel. Luis Fernando Schuartz, em 17.01.2007.

incorreu-se em erro idêntico, na medida em que votou-se pelo conhecimento e aprovação do ato, sem restrições³⁵⁴.

5.5.3 DuPont / Chemtura

Neste caso, o CADE analisou um ato de concentração entre duas empresas norte-americanas: a *E.I. DuPont de Nemours and Company* (“*DuPont*”) e a *Chemtura Corporation* (“*Chemtura*”). O caso consistia na aquisição, pela *DuPont*, no exterior, de ativos relativos ao negócio de manufatura de produtos químicos fluorados, bem como de marketing, distribuição e venda de produtos fluorados que eram detidos pela *Chemtura* e por sua subsidiária integral *Great Lakes Chemical Corporation*.

A *DuPont*, na época, possuía sede em Wilmington, Delaware, Estados Unidos, e operava em aproximadamente noventa países, inclusive no Brasil. Ela atuava em diversos segmentos, dentre os quais se destacava o de especialidades químicas, produtos de biosseguridade para a proteção e segurança industrial, resinas termoplásticas, gases industriais, defensivos agrícolas, sementes e indústria de plásticos e borrachas. Da mesma maneira, a *Chemtura* tinha sede nos Estados Unidos, em Middlebury, Connecticut, atuando, principalmente, na indústria química. Dentre os produtos oferecidos, destacava-se o de aditivos para plásticos, defensivos agrícolas, tratamento de sementes e produtos de limpeza³⁵⁵.

Importante ressaltar que tanto a *DuPont* quanto a *Chemtura* são sociedades norte-americanas e operavam no Brasil por meio de suas empresas subsidiárias, especialmente através da *DuPont do Brasil S/A* e pela *Chemtura Indústria Química do Brasil Ltda*. A aquisição foi notificada ao SBDC no dia 25 de setembro de 2008, dado que, indiretamente, afetava o mercado brasileiro. Após os pareceres legais e econômicos emitidos, respectivamente, pela SDE e pela SEAE, o caso foi submetido ao CADE³⁵⁶.

O Relator deste ato de concentração foi o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, que, primeiramente, decidiu pelo conhecimento da operação, nos termos do § 3º, art. 54 da antiga

³⁵⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, Ato de Concentração nº 08012.009358/2006-74, requerentes Borgwarner Transmission Systems Inc. e Eaton Industries Manufacturing G.M.B.H., Cons. Rel. Luis Fernando Schuartz, em 17 de janeiro de 2007.

³⁵⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

³⁵⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

lei antitruste, dado que o Grupo DuPont obteve faturamento, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões no exercício anterior ao ano em que a operação foi notificada. Ressaltou o relator, ainda, que o ato de concentração havia sido realizado no exterior e que as empresas não produziam no Brasil, destacando que o gás HFC 227ea, que seria o produto com maior concentração horizontal (cerca de 80%), era comercializado no Brasil apenas através de importações. Neste sentido, a possibilidade de intervenção do SBDC restaria bastante reduzida, dado que “eventuais restrições estruturais, ou mesmo comportamentais, impostas às requerentes certamente extrapolariam os efeitos provocados pela operação no território nacional, e, por conseguinte, ultrapassariam os limites territoriais das competências do SBDC”³⁵⁷.

O Conselheiro prossegue sua análise afirmando que, de acordo com o art. 2º da Lei 8.884/94, a competência do CADE pode ser definida com base em dois critérios, quais sejam, a territorialidade e o local da verificação dos efeitos, ainda que potenciais. Segundo o critério da territorialidade, ressaltou o Relator, deve-se aplicar a lei vigente no território em que ocorre a prática restritiva da concorrência. Por outro lado, o critério dos efeitos estipula que deve ser aplicada a lei antitruste do local em que se realizam as consequências da prática restritiva, isto é, o mercado relevante onde serão produzidos os seus efeitos. Portanto, o primeiro ponto a ser destacado é que o Conselheiro justificou a jurisdição brasileira no caso com base na teoria dos efeitos³⁵⁸.

Além disso, no voto ainda foi fundamentado que a concentração se daria em âmbito internacional e produziria apenas efeitos reflexos no Brasil, com relação aos importadores do gás HFC 227ea. Nesse sentido, não haveria como o SBDC intervir em tal ato de concentração, impondo às empresas requerentes restrições apenas com relação a suas exportações para o Brasil, dado que a eficácia de tais imposições restaria, no mínimo, duvidosa, devido a ausência de monitoramento. Outro fator levado em consideração foi que os produtos das requerentes destinados ao mercado brasileiro poderiam ser manejados para outros países que não impusessem nenhuma restrição à concentração das empresas³⁵⁹.

³⁵⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

³⁵⁸ Global Forum on Competition. *Roundtable on Cross-Border Merger Control: Challenges for developing and emerging economies*. Contribution from Brazil, 2010.

³⁵⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

Dessa forma, em razão da impossibilidade de intervir ou impor restrições com relação aos efeitos produzidos ou que potencialmente seriam produzidos no Brasil, o Conselheiro optou por aprovar, sem restrições, o ato de concentração³⁶⁰.

Todavia, uma multa no valor de R\$ 148.799,62 (cento e quarenta e oito mil, setecentos e noventa e nove reais e sessenta e dois centavos) foi aplicada, devido a apresentação intempestiva do ato de concentração³⁶¹.

Neste caso, importante observar que houve evidente extração da jurisdição nacional. Isso pois, apesar do Relator afirmar que o ato de concentração produziria apenas efeitos reflexos no Brasil, optou-se por conhecer e aprovar a operação. Neste sentido, destaca-se que deveria ter-se votado pelo não conhecimento da concentração, uma vez que, na hipótese de ausência de efeitos anticoncorrenciais, as autoridades antitruste brasileiras não possuem jurisdição para apreciar o caso. Assim, no presente caso, além da falta de jurisdição para conhecer da operação, a autoridade ainda aplicou multa as empresas devido a apresentação intempestiva do ato de concentração, exercendo o CADE, dessa forma, sua competência de forma ilimitada e sem embasamento legal.

5.5.4 Dow / Rohm and Hass

Este caso envolveu uma operação de aquisição, pela Dow Brasil S.A. (“Dow”), da Rohm and Haas Química Ltda (“Rohm and Haas”). A Dow Brasil S.A. é uma empresa norte-americana pertencente ao grupo Dow e atua principalmente nos segmentos de químicos, petroquímicos, plásticos e borracha. Da mesma forma, a Rohm and Haas Química Ltda também é uma empresa estadunidense vinculada ao grupo Rohm and Haas e atuante nos segmentos químico e petroquímico³⁶².

Fundamental destacar que, na época que o CADE analisou o caso, a operação já havia sido submetida e aprovada pelas agências dos seguintes países: África do Sul, Turquia, Canadá, Taiwan, China, México e União Europeia. Isso permitiu que o SBDC levasse em consideração, em sua análise, as decisões dessas agências estrangeiras, a exemplo do que

³⁶⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

³⁶¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

³⁶² *Global Forum on Competition. Roundtable on Cross-Border Merger Control: Challenges for developing and emerging economies*. Contribution from Brazil, 2010.

ocorreu no parecer técnico emitido pela SEAE, onde se optou por não dar prosseguimento na análise dos mercados de ácido acrílico, acrilato de butila e acrilato de etila devido a decisão da FTC, que, dentre outras consequências, acarretou a ausência de concentração nesses mercados no Brasil³⁶³. Da mesma maneira, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo considerou em seu voto que a análise da integração vertical entre as empresas da operação não seria necessária devido às restrições impostas pelo FTC.

Sendo assim, este caso específico demonstrou a existência de uma certa coordenação entre o SBDC e as agências antitruste de outros países em atos de concentração transfronteiriços, no sentido que o SBDC se valeu de elementos contidos em decisões estrangeiras, principalmente nas restrições impostas pelo FTC, para fundamentar as suas decisões. Cumpre dizer que a autoridade antitruste brasileira optou por aprovar o ato de concentração sem restrições.

5.5.5 Sadia / Perdigão

Este caso diz respeito à tentativa de criação de uma *joint venture* entre a Sadia S.A. e a Perdigão S.A. com o objetivo de estabelecer uma empresa exportadora (BRF Trading S.A.) de carnes congeladas de frango e suínas. Ressalta-se que as partes requerentes afirmaram que a atuação de daria exclusivamente no mercado de exportação, isto é, no mercado nacional brasileiro as empresas continuariam competindo entre si³⁶⁴.

A SEAE e a SDE se manifestaram pela aprovação da operação. O CADE, no entanto, não chegou a julgar o caso devido a desistência das partes em dar continuidade à operação de *joint venture*.

Conforme o entendimento de Silva, esse caso merece atenção, pois as autoridades antitruste se posicionaram em consonância com a jurisprudência da União Europeia, no sentido que foi feita uma análise para verificar se a *joint venture*, mesmo que voltada ao mercado exterior, afetava, de alguma maneira, o mercado brasileiro. Os EUA, por outro lado,

³⁶³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração nº08012-007982/2008-07. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 24.09.2009.

³⁶⁴ Ato de Concentração 08012.003123/2001-64, Sadia S.A. e Perdigão S.A., julgado em 26.02.2002.

sequer submetem tais operações à sua legislação concorrencial, incentivando, inclusive, operações entre empresas voltadas para o mercado exterior³⁶⁵.

³⁶⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 364.

6. CONCLUSÃO

Dado que o tema da aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração nos EUA, UE e no Brasil foram, ao longo do trabalho, abordados em capítulos separados, é importante concluir o presente estudo sintetizando os principais pontos dos três ordenamentos jurídicos e relacionando-os entre si.

Os EUA, berço do livre mercado, foi um dos primeiros países a editar uma lei antitruste, visando, com isso, regular a matéria e combater os gigantescos conglomerados e trustes que estavam se desenvolvendo na época. Todavia, diferentemente do que se possa pensar, a legislação antitruste estadunidense não previu, originalmente, os critérios da territorialidade, da nacionalidade e dos efeitos expressamente em seu texto legal, sendo estes colocados, primeiramente, pelos tribunais norte-americanos³⁶⁶. Ressalta-se que o país não encontrou dificuldades para ampliar sua jurisdição extraterritorialmente, em razão da sua própria estrutura federalista. Sendo assim, já na dimensão interestatal os tribunais estadunidenses deixaram de considerar a territorialidade na resolução de conflitos que envolviam mais de um estado, passando a estabelecer que a jurisdição deveria ser definida pelo tribunal do estado onde os efeitos repercutissem. Portanto, bastou ao país transpor essa experiência para o âmbito internacional, desenvolvendo, assim, a teoria dos efeitos³⁶⁷.

Dessa forma, visando explicitar o entendimento oficial de como deve ser implementado o direito antitruste quando operações internacionais estejam envolvidas, foi editada a *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. Especificamente em relação aos atos de concentração, as Diretrizes estabelecem que os mesmos critérios substantivos aplicados nas concentrações entre empresas norte-americanas são utilizadas quando a operação é feita em território estrangeiro e envolva empresas de nacionalidades diferentes, desde que ela produza efeitos em seu comércio³⁶⁸.

Neste sentido, segundo essas Diretrizes, para que haja a incidência da Seção 7 do *Clayton Act* sobre os atos de concentração cujos principais efeitos são sentidos no comércio de exportação estadunidense, é necessário que esses efeitos sejam diretos, substanciais e previsíveis. Já em relação às concentrações que afetam diretamente o comércio de importação, para fins de determinação da jurisdição extraterritorial as Diretrizes estabelecem,

³⁶⁶ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 428, nota de rodapé n. 9.

³⁶⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 99.

³⁶⁸ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *op. cit.* p. 493.

apenas, que é necessário que a operação produza efeitos substanciais nas importações dos EUA. Todavia, apesar da previsão expressa dos critérios que ensejam a aplicação da jurisdição extraterritorialmente, as Diretrizes não fornecem nenhum parâmetro de quando um determinado ato de concentração ocorrido em território estrangeiro irá produzir efeitos suficientes.

Sendo assim, especificamente em relação ao critério da substancialidade, Silva destaca que, apesar das Diretrizes estabelecerem esse critério expressamente, inexiste qualquer previsão de critérios quantitativos “que permitam aferir objetivamente o parâmetro de sensibilidade da afetação do comércio ou da concorrência que justifique a incidência da lei”. Neste sentido, o sistema jurídico norte-americano se diferencia significativamente da União Europeia, que, por sua vez, integra no seu próprio direito substantivo o critério do caráter substancial, provocando, assim, “uma coincidência entre a competência jurisdicional extraterritorial do Estado e a aplicabilidade do direito comunitário no interior do mercado comum, prevendo, ainda, o estabelecimento de claros parâmetros quantitativos legais”.³⁶⁹

Neste sentido, apesar do direito antitruste comunitário ter origens no sistema estadunidense, hoje se diferencia deste em inúmeros aspectos. Dentre eles, além do mencionado acima, pode-se destacar o caráter instrumental do direito antitruste comunitário, na medida em que seu principal objetivo é a integração econômica entre os Estados-membros do bloco³⁷⁰. Diferentemente, os EUA aplicam suas leis antitruste como forma de proteger sua própria concorrência, sendo isso um *fim em si mesmo*³⁷¹.

Além disso, na UE, para saber se determinado ato de concentração deve ser notificado às autoridades concorrenciais, é importante, primeiramente, verificar se a operação se enquadra em alguma das hipóteses descritas no art. 3º do Regulamento. Caso haja a subsunção, deve-se analisar, na sequência, se a concentração atinge a “dimensão comunitária” descrita no art. 1º. Uma vez cumprido esses dois requisitos, o exercício da jurisdição extraterritorial apenas será justificado se, ainda, a operação de concentração produzir efeitos qualificados na concorrência comunitária, isto é, previsíveis, diretos e substanciais³⁷².

Destaca-se, ainda, que a UE, diferentemente dos EUA que justificam sua jurisdição extraterritorial com fundamento nos efeitos produzidos tanto em seu comércio interno como exterior, as normas antitruste comunitárias apresentam alcance extraterritorial mais restrito, na

³⁶⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 124.

³⁷⁰ NUSDEO, Ana Maria Oliveira. *op. cit.* p. 98.

³⁷¹ AMORELLI, Marcelo José Barbosa., *op. cit.* p. 121.

³⁷² Kling/Thomas, *op. cit.* p. 340.

medida em que sua aplicabilidade está condicionada aos efeitos anticoncorrenciais verificados no interior da UE. Sendo assim, o mero prejuízo das atividades de exportação de empresas da UE não é o bastante para justificar a aplicação do direito antitruste comunitário extraterritorialmente³⁷³.

Por fim, o Brasil é, dos três ordenamentos jurídicos abordados ao longo do trabalho, o que apresenta menor bagagem, tanto no âmbito concorrencial como também em sua aplicação extraterritorial. Neste país, o fator que motivou a criação da legislação destinada a proteger os mercados nacionais foram as práticas abusivas dos agentes econômicos, e não a crença nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência³⁷⁴.

Resumidamente, para fins de incidência extraterritorial da legislação antitruste brasileira é necessário verificar, primeiramente, se a operação se enquadra, de alguma forma, no conceito de “ato de concentração” bastante abrangente previsto no art. 90 da NLAB. Caso exista a subsunção, o direito pátrio somente será aplicado em caráter extraterritorial quando, concomitantemente, a operação atingir o critério de faturamento imposto pelo art. 88. Dessa forma, uma vez preenchidos esses critérios, os efeitos produzidos serão substanciais, de modo a justificar o exercício da jurisdição brasileira em âmbito extraterritorial com fundamento no art. 2º da NLAB. Destaca-se que o critério do faturamento é o elemento objetivo que permite identificar o grau de substancialidade dos efeitos causados pela prática de determinado ato de concentração, assemelhando-se a legislação brasileira, assim, com a Comunitária, na medida em que, ambas há uma coincidência entre a aplicabilidade do direito no interior dos respectivos mercados e o exercício extraterritorial da jurisdição estatal.

Ainda, em relação a esfera de aplicação da teoria dos efeitos, pode-se dizer que a legislação pátria se assemelha em muito às normas da UE, dado que em ambos ordenamentos jurídicos a legislação antitruste é aplicada extraterritorialmente somente quando há a afetação do mercado interno³⁷⁵.

Todavia, apesar das supracitadas semelhanças entre a legislação brasileira e comunitária, no âmbito da jurisdição há, também, grande influência da legislação estadunidense, dado que, em ambas, a teoria dos efeitos é prevista expressamente, diferindo, nesse sentido, a UE.

³⁷³ ROESEN, Katrin., *op. cit.* p. 54.

³⁷⁴ FORGIONI, Paula A., *op. cit.* p. 100.

³⁷⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* 332.

Considerando que o tema do exercício extraterritorial em matéria antitruste encontra-se ainda em formação no Brasil, dado a pouca experiência do país no assunto, pode-se dizer que muitas vezes as autoridades antitruste aplicaram de forma equivocada a legislação antitruste brasileira extraterritorialmente³⁷⁶. Nesse sentido, contribui para tal cenário a inexistência da tradição de se aplicar extraterritorialmente as leis brasileiras em matérias que não estejam relacionadas ao direito penal, a ausência de uma cultura concorrencial no país e a própria reação internacional natural dirigida contra a teoria dos efeitos. Pode-se dizer, ainda, que a escassez doutrinária e jurisprudencial constituem outros entraves para a aplicação da teoria dos efeitos, que, apesar de presente textualmente na legislação concorrencial brasileira, ainda é pouco conhecida e discutida³⁷⁷.

Finalmente, conclui-se que a análise comparada entre os ordenamentos jurídicos dos EUA, UE e do Brasil permitiu uma melhor compreensão da aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração.

³⁷⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima., *op. cit.* p. 379.

³⁷⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *op. cit.* p.129.

7. BIBLIOGRAFIA

ABA SECTION OF ANTRISTRUST LAW. *Mergers and Acquisitions*. 3 ed. 2008.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A aplicação “extra-territorial” do direito da concorrência brasileiro*, in Arché: Interdisciplinar, Rio de Janeiro, v. 10, n. 29, 2001.

AMORELLI, Marcelo José Barbosa. *Análise comparativa da extraterritorialidade no direito da concorrência*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. (coord.) *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012.

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento*. São Paulo: USP – Faculdade de Direito, 2013.

BECKLER, Richard W.; KIRTLAND, Matthew H. *Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What is a “direct, substantia, and reasonably foreseeable effect under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?*. In: Texas International Law Journal. v. 38, 2003.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *Direito antitruste & relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. (coord.) *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos* Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE, 2013.

CASTELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Extraterritorialidade e proteção da livre-concorrência*. In: Revista da Faculdade de Direito: São Paulo, v. 96, 2001.

CELLI JUNIOR, Umberto. *O Controle da Aplicação das Regras de Concorrência nos Processos de Integração: A Experiência Europeia*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Nova lei de defesa da concorrência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORRÊA, Darwin Lourenço. *Jurisdição Extraterritorial em Direito Antitruste*. 2002. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: (parte geral)*. 3 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

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

EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*. 11 ed. Munique, 2008.

FARIA, José Ângelo Estrella. *Aplicação extraterritorial do direito da concorrência*. In: Revista de Informação Legislativa, n. 105, jan/mar. 1990.

FELIX, Natalia Oliveira. *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Antônio. *Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial*. Boletim Latino Americano de Concorrência, n. 8, parte 1, 1999.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6a ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FOX, Eleonor M. *International Antitrust and the Doha Dome*. In: Virginia Journal of International Law. 911, v. 43, 2003.

GLOBAL FORUM ON COMPETITION. *Roundtable on Cross-Border Merger Control: Challenges for developing and emerging economies*. Contribution from Brazil, 2010.

GLÖCKNER, Jochen. *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. 1 ed. Stuttgart: Editora Kohlhammer, 2012.

IMMENGA, Ulrich. Comment: the failure of present institutions and rules to respond to the globalization of competition. 49 (II/III), Aussenwirtschaft, 1994.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law*. 4 ed.. Oxford: Oxford University Press, 2011.

KARPEL, Amy Ann. *The European Commissions's decision on the Boeing-McDonnell Douglas merger and the need for greater U.S. – EU cooperation in the merger field*. In: The American University Law Review, 1998.

KLING/THOMAS. *Kartellrecht*. 1 ed. 2007.

LIPSKY, Abott B.; WILMOT, Kory. *The Foreign Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building?*. 2013. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/aug13_lipsky_7_30f.authcheckdam.pdf>, último acesso em 24 de junho de 2014.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Aplicação extraterritorial de leis nacionais*. In: Revista de Direito Público, abr./jun. n. 66, 1983.

_____. *Fatores de limitação da jurisdição do Estado*. In: Revista dos Tribunais. set. 1999. v. 767. São Paulo: RT, 1999.

MARRARA, Thiago. *A Conformação do Direito Administrativo da Concorrência*. Tese de Livre-Docência na Área de Direito Administrativo junto à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico da introdução do controle de concentrações no Brasil*. In: Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência: Coletânea de artigos. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília, 2011.

_____. *Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas*. In: Revista de Direito da Universidade de São Paulo. v. 101. pp. 1047-1075. Jan/dez. 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveia. *Curso de direito internacional público*. 7 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEREP, Erik. *Extraterritorial control of competition under International Law*. v.2. Stockholm: Norstedt & Söners Förlag, 1983.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Regulação e direito da concorrência*. In: Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência* 2. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PINSKY, Lior. *Aplicação extraterritorial da lei antitruste*. In: Revista de Direito Mercantil, n. 115.

ROESEN, Katrin. *Mehrfache Sanktionen im Internationalen und Europäischen Kartellrecht*. Köln, 2009.

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

SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *Direito Antitruste – Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juriá Editora, 2006.

THE FEDERAL TRADE COMISSION. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995).

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988).

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guide for International Operations* (1977).

WIEDEMANN. *Handbuch des Kartellrechts*. 2 ed., Munique: Editora Beck München, 2008.

DECISÕES

COMISSÃO EUROPEIA, Caso M. 346 Tz. 11 – Partes: JCSAT/SAJAC., julgado em 30.06.1993.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, Ato de Concentração 08012.003123/2001-64, Sadia S.A. e Perdigão S.A., julgado em 26.02.2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, Ato de concentração 08012.006025/2001-89, requerentes Schwinn/GT Corporation e Pacific Cycle, LLC, parecer de 30.01.2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, Ato de Concentração nº 08012.009358/2006-74, requerentes Borgwarner Transmission Systems Inc. e Eaton Industries Manufacturing G.M.B.H. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz, em 17.01.2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.001312/2008-79. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em: 04.03.2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração nº 08012-007982/2008-07. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 24.09.2009.

GENCOR LTD. V. Comissão das Comunidades Europeias, caso T-102/96, julgado pelo Tribunal de Primeira Instância em 25.03.1999.

SECRETARIA DE DIREITO ECONOMICO, Ato de Concentração nº 08012.009358/2006-74, requerentes Borgwarner Transmission Systems Inc. e Eaton Industries Manufacturing G.M.B.H. em 10 de novembro de 2006.

UNITED STATES V. ANOVA HOLDING. Civil nº 93-1852, 1993. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/911-0106/anova-holding-ag-stephan-schmidheiny-unotec-holding-ag-united>>. Último acesso em 29 de junho de 2014.

UNITED STATES V. MAHLE GMBH. Civil nº 97-1404, 1997. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1997/06/mahlemot_0.htm>. Último acesso em 29 de junho de 2014.

SITES

Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, 2008, nº C95. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:PT:PDF>> Último acesso em 23.08.2014.

Fonte: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b778b847d534f455ee52>>. Último acesso em: 20 de julho de 2014.

Fonte: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ea4bcd52de3dff5af558>>. Último acesso em: 20 de julho de 2014.