

Vol. 5

Nº 2

2017 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Teoria dos Efeitos no Direito Concorrencial Brasileiro: Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Mariana Sebalhos Jorge⁷⁷

RESUMO

O presente trabalho examina a aplicação da teoria dos efeitos no direito brasileiro pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nos atos de concentração econômica. Inicia sua análise pelo direito internacional da concorrência e o surgimento da teoria dos efeitos nos Estados Unidos da América. Para então realizar uma análise do direito concorrencial brasileiro, da previsão legal da teoria dos efeitos e a sua aplicação em decisões do CADE, com o objetivo de determinar como esta teoria é utilizada no Brasil. São analisados casos julgados pelo CADE em que fica clara a incidência da teoria dos efeitos. O desenvolvimento do direito da concorrência acompanha a globalização mundial com o crescimento do comércio internacional e a redução das fronteiras territoriais. Para a pesquisa foi utilizado o método dedutivo, partindo de premissas gerais do direito internacional da concorrência até especificar na aplicação da teoria dos efeitos pela entidade brasileira.

Palavras-Chave: Direito internacional da concorrência – defesa da concorrência – teoria dos efeitos.

ABSTRACT

This paper examines the application of the effects doctrine in Brazilian law by the Administrative Council for Economic Defense – CADE in acts of economic concentration. Begins its analysis by international competition law and the emergence of the effects doctrine in the United States. Then performs an analysis of the Brazilian competition law, the legal provisions of the effects doctrine and its application in the CADE decisions, in order to determine how this theory is used in Brazil. Cases judged by CADE are analyzed in which it is clear the incidence of the effects doctrine. The development of the competition law follows the globalization with the growth of international trade and the reduction of territorial boundaries. For the research it is used the deductive method, from general premises of international competition law to specify the application of the effects doctrine by the Brazilian entity.

Key-words: International competition law – defense of competition – effects doctrine.

⁷⁷ Mestranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na linha de pesquisa Fundamentos da Integração Jurídica. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS/CNPQ). Bolsista da CAPES/UFRGS. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: msebalhos@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A Teoria dos Efeitos no Direito Internacional da Concorrência 2.1. O Direito Internacional da Concorrência 2.2. A teoria dos efeitos no Direito Internacional da Concorrência 3. A Aplicação da Teoria dos efeitos pelo Conselho Administrativo De Defesa Econômica 3.1. A teoria dos efeitos no direito concorrencial brasileiro 3.2. As decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE 4. Considerações Finais 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A globalização, associada ao desenvolvimento tecnológico, com o aprimoramento das comunicações e dos transportes, foi fundamental para a liberalização do comércio e consequente aumento do fluxo comercial internacional. Os países, empresas, cidadãos, passaram a ter contato direto com aqueles situados no exterior, as fronteiras foram reduzidas ou praticamente eliminadas. Com o surgimento do Direito Internacional, se observou a internacionalização de Direitos como o Econômico, e o respectivo surgimento do Direito Internacional Concorrencial.

Dessa forma, os atos comerciais passaram a envolver mais de um país, transformando-se em multijurisdicionais. Para a regulação destes atos, o ideal seria a existência de normas multilaterais que fossem aplicadas por uma entidade supranacional com imparcialidade e que se responsabilizasse em fiscalizar e regular o Direito Internacional Concorrencial. Diante das dificuldades que a existência de uma norma multilateral possui, outras alternativas foram utilizadas pelos países a fim de que a liberdade de concorrência fosse garantida, e seus mercados nacionais fossem protegidos.

Surgiu assim, a chamada teoria dos efeitos. Segundo esta, é permitido que um país aplique a sua legislação concorrencial a uma operação ocorrida integralmente no exterior, sempre que os efeitos desta forem sentidos no mercado nacional, fornecendo uma nova dimensão à territorialidade do direito. Esta teoria foi conhecidamente utilizada pelos Estados Unidos da América, e é prevista em diversas legislações no mundo, inclusive na brasileira.

A questão que o presente estudo se propõe a solucionar é de que forma a teoria dos efeitos é recepcionada nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na prática brasileira, especificamente nos atos de concentração econômica?

Para encontrar esta resposta, deverá ser analisado o direito internacional da concorrência em si, ressaltando o surgimento da teoria dos efeitos. Em um segundo momento será analisado esta teoria na legislação brasileira, para que seja possível a análise das decisões

de atos de concentrações proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que a tenham utilizado. Para a pesquisa o método utilizado foi o dedutivo, partindo da análise geral do direito internacional da concorrência, para então analisar a teoria dos efeitos e sua aplicação nos atos de concentração do direito concorrencial brasileiro a partir da atuação do CADE.

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica se intensifica a cada dia e constitui um processo lento e gradual que contempla o reconhecimento internacional da entidade, bem como a sua consagração com a importância que lhe é devida, motivo no qual o presente estudo almeja apresentar a evolução histórica do posicionamento da entidade, e não o posicionamento definitivo.

2. A Teoria dos Efeitos no Direito Internacional da Concorrência

2.1. O Direito Internacional da Concorrência

Os Estados Unidos da América foi um dos países responsáveis pelas primeiras legislações que visavam garantir a livre concorrência, o que ocorreu com a promulgação em 1890 do *Sherman Act* que visava reagir “contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos”, disciplinando a fim de garantir a livre concorrência⁷⁸. Este, porém, se mostrou insuficiente para a garantia da liberdade concorrencial, não garantindo eficientemente a segurança e a previsibilidade que era desejada pelos agentes econômicos⁷⁹. A sua pouca efetividade é relacionada a sua rigidez e a sua generalidade conceitual⁸⁰.

Assim, em 1914 surgiu o *Clayton Act*, destinado “à repressão de preços discriminatórios, vendas casadas e outras práticas relacionadas, introduzindo alguns conceitos e aumentando as punições existentes”⁸¹, eliminando certas lacunas contidas na legislação anterior. No mesmo ano ocorreu a criação do *Federal Trade Commission* que possuía “gerais

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65.

⁷⁹ FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 73

⁸⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 70.

⁸¹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 71. O autor afirma ainda: “A rigidez da lei, que determinava a ilegalidade de todo e qualquer contrato, angariava críticas no plano político e jurídico. O resultado do debate que se formou foi a modificação da interpretação da lei inicialmente estabelecida pelas cortes norte-americanas. A interpretação literal deu lugar a uma interpretação baseada em uma regra da razão (*rule of reason*), entendida como um mecanismo de relativização da caracterização dos atos ilícitos concorrenciais previstos no *Sherman Act*, que reduzia a sua rigidez”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 70.

funções de vigilância e aplicação das leis antitruste”⁸², criando o *Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio), órgão administrativo responsável por “obstar a consecução de atos anticoncorrenciais”⁸³.

Estes diplomas legais forneceram aos Estados Unidos a base de fundamentação para a criação da teoria dos efeitos. Se observou que cada vez mais o comércio passava ao âmbito internacional, ultrapassando fronteiras e envolvendo um elevado número de países. O envolvimento de diferentes países dificultava a plena proteção à livre concorrência, uma vez que destes eram pouquíssimos os que possuíam uma legislação destinada ao tema⁸⁴.

Com o término da 2ª Guerra Mundial, o Direito Internacional adquiriu importância no cenário internacional, marcado pela internacionalização dos direitos humanos e dos direitos econômicos. Se demonstrou uma intensa “política internacional de liberalização mercadológica”⁸⁵ com o surgimento de um Direito Internacional Econômico, e ainda a consagração do Direito Internacional Concorrencial.

O fenômeno da globalização proporcionou um novo cenário internacional, tanto econômico como político. Pode-se afirmar que o desenvolvimento tecnológico fez parte deste processo, com as constantes descobertas e avanços, e com um sistema capitalista que alterou o modo de produção e modificou substancialmente a estrutura social. O capital passou a circular livremente, ignorando as fronteiras geográficas, fenômeno chamado de “mundialização do capitalismo”⁸⁶.

Assim, evidente a importância do livre-comércio⁸⁷ para o fenômeno, uma vez que este passou a ser a ideia propagada pelos adeptos do capitalismo. Aliado a este novo modo de

⁸² FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 74

⁸³ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 71.

⁸⁴ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 166.

⁸⁵ SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. *Revista de Defesa da Concorrência. Brasília: CADE*, v. 2, n. 1, maio 2014. p. 131.

⁸⁶ Octavio Ianni afirma ainda: “É claro que o capitalismo continua a ter bases nacionais, mas estas já não são determinantes. A dinâmica do capital, sob todas suas formas, rompe ou ultrapassa fronteiras geográficas, regimes políticos, culturas e civilizações. Está em curso um novo surto de mundialização do capitalismo como modo de produção, em que se destacam a dinâmica e a versatilidade do capital como força produtiva”. IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 48.

⁸⁷ Roberto Di Sena Junior define em sua obra: “O ponto inicial para qualquer discussão sobre o sistema econômico internacional reside na compreensão da noção de “livre-comércio”, que consiste na minimização da interferência estatal do fluxo comercial através das fronteiras nacionais. A promoção do livre-comércio é balizada sempre pela ideia de que a livre circulação de bens e serviços promove a divisão mutuamente lucrativa do trabalho, amplia consideravelmente a produção interna real de todos os países envolvidos e torna possível a elevação do padrão de vida ao redor do planeta”. DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 49.

produção, Joseph Stiglitz afirma que a globalização reduziu o isolamento que muitas nações sentiam, oferecendo acesso a um conhecimento que antes não era possível⁸⁸.

Surge, assim, a necessidade de se proibir práticas anticoncorrenciais como uma forma de proteger aos demais concorrentes e também aos consumidores. Para Augusto Jaeger Junior, uma das consequências diretas da globalização foi a concentração de empresas, afetando o comércio internacional a partir do reagrupamento de empresas que antes se distanciavam em seus mercados puramente nacionais⁸⁹. A base da argumentação é de que se a fronteira não é mais um empecilho para as trocas comerciais, esta não pode ser um empecilho para a plena proteção da livre concorrência⁹⁰. O direito nacional “não mais responde satisfatoriamente às situações que ultrapassam as fronteiras e projetam-se globalmente”⁹¹, o que exige dos Estados uma postura quanto à proteção dos seus mercados nacionais.

Esta proteção à liberdade concorrencial pode acontecer ao se aplicar o ordenamento jurídico de um único país a atos que envolvam países terceiros, conhecida como a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, utilizada pela primeira vez pelos Estados Unidos da América e evidenciada na chamada teoria dos efeitos⁹².

O Direito Internacional da Concorrência pode também ser protegido através da cooperação internacional entre os Estados, que pode ocorrer de modo bilateral, regional ou multilateral⁹³. Pode ocorrer bilateralmente, através dos acordos de cooperação firmados entre dois ou mais Estados; pode ser regional, a partir da formação de blocos econômicos e a

⁸⁸ Segundo Joseph Stiglitz: “A globalização reduziu a sensação de isolamento que muitas das nações em desenvolvimento sentiam um século atrás, e deu acesso a um conhecimento que estava além do alcance de muitas pessoas nesses países – até mesmo dos mais ricos em qualquer país”. STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. Tradução: Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002. p. 30.

⁸⁹ Segundo Augusto Jaeger Junior: “a multiplicação considerável das operações de concentrações de empresas é uma das consequências mais sensíveis da globalização. A abertura dos mercados nacionais gerou uma explosão de reagrupamentos empresariais em todos os setores da economia”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 150.

⁹⁰ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 151.

⁹¹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 153.

⁹² “Com este conjunto legislativo, os Estados Unidos da América não tiveram dificuldades em ampliar os limites de sua jurisdição em direito da concorrência. Eles foram, como visto, os primeiros a aplicar extraterritorialmente as suas leis nacionais de forma ativa, impondo-as fora da jurisdição territorial, ampliando a sua soberania”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 71.

⁹³ Marianne Mendes Webber afirma: “O Direito Internacional da Concorrência aponta a cooperação jurídica internacional como solução disponível aos variados Estados para mitigar as dificuldades encontradas. A cooperação entre os países, pode, em tese, ocorrer em três dimensões: multilateral, regional ou bilateral”. WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 71.

consequente uniformização das legislações entre os países membros; ou ainda multilateral, com a consagração de um Direito Internacional da Concorrência em si, único a todos os países⁹⁴.

A uniformização das legislações nacionais a nível internacional seria o objetivo principal, uma vez que uniformizaria as decisões de controle e possuiria a característica de imparcialidade, não favorecendo um Estado sobre outro a partir da criação de uma entidade supranacional. Assim, poderia ser colocado em prática uma proteção efetiva contra as práticas anticoncorrenciais a nível internacional, uma vez que a simples proteção nacional de cada Estado tem se demonstrado insuficiente⁹⁵.

As dificuldades práticas, no entanto, atuam como uma barreira à consagração de um Direito Internacional da Concorrência unificado. Pode-se dizer que o fato de o tema ainda ser incipiente provoca que muitos países ainda não possuam um ordenamento nacional próprio referente ao Direito Concorrencial, ao mesmo tempo em que, quanto mais ordenamentos nacionais diferentes existam, mais difícil é que estes sejam uniformizados em apenas um conjunto legal⁹⁶.

Este fato acarretaria em outras questões. Para existir de fato uma norma comum, esta deveria possuir regras mínimas, para que fosse melhor aceita. E assim, os próprios Estados acabariam tendo que abrir mão de direitos já adquiridos e consagrados internamente em prol de existir uma regra comum, ainda que mais branda⁹⁷.

O que se pode perceber é que, diante da falta de sucesso das demais perspectivas, a aplicação unilateral extraterritorial foi utilizada pelos países de modo que fortaleceu a chamada

⁹⁴ A divisão nestas quatro perspectivas (unilateral, bilateral, regional e multilateral) foi feita por Augusto Jaeger Junior no livro *“Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais”*, publicado pela editora Juruá em 2008.

⁹⁵ Augusto Jaeger Junior dispõe: “Em paralelo ao poder privado econômico das empresas, o mundo conheceu a fragilidade dos Estados. Eles passam a perder o monopólio sobre a produção e sobre a aplicação do direito. Os Estados possuem limites geográficos, nos quais terminam as suas jurisdições, em uma análise tradicional. Esses limites impõem a eles a consequência de que as legislações em geral e as legislações de direito da concorrência em particular valham apenas dentro desses limites e se mostrem insuficientes para o tratamento de questões que assumam amplitude internacional”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 150-151.

⁹⁶ Augusto Jaeger Junior afirma: “Apenas aproximadamente cem Estados, entre os cerca de duzentos que existem, dispõem de legislações de defesa da concorrência, e essas divergem entre si em aspectos salientes”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 166.

⁹⁷ Conforme Augusto Jaeger Junior, as perspectivas possuíam problemas quando observadas na prática: “Naquele momento, foi visto que as soluções unilaterais impõem a aplicação extraterritorial das legislações nacionais de defesa de concorrência e que essa prática vem colhendo repúdio internacional; que as soluções bilaterais privilegiam a definição e implementação de mecanismos flexíveis de cooperação entre os órgãos nacionais, sem, contudo, resolver de forma uniforme a questão; e que as soluções regionais são aplicadas dentro de seus respectivos mercados, apenas.” JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 233.

teoria dos efeitos. Sempre que o efeito de uma operação fosse sentido no país em questão, este poderia aplicar a sua legislação nacional para a proteção dos seus interesses, ainda que a integralidade da operação ocorresse no exterior, contrariando o princípio da territorialidade estrita⁹⁸. Assim, a teoria dos efeitos prevê a aplicação extraterritorial de uma lei nacional, de forma unilateral.

2.2. A teoria dos efeitos no Direito Internacional da Concorrência

Na falta de uma legislação comum aos países, estes viram na teoria dos efeitos uma possibilidade de defender seus interesses, ainda que isto significasse atingir uma relação ocorrida inteiramente no exterior, tendo em vista que “pouco interessa, para a aplicação da legislação de defesa da concorrência, o local onde a prática foi provocada”⁹⁹. Esta teoria teve o seu início marcado pelo caso *Alcoa*¹⁰⁰, julgado pelos Estados Unidos da América, ocorrido entre o *United States* e a *Aluminium Co. of America*, em 1945.

Pode ser observada na jurisprudência americana um número elevado de casos que foram julgados de forma a aplicar a lei nacional extraterritorialmente, através da chamada teoria dos efeitos. Esta aplicação foi considerada em certos momentos agressiva, excessiva, e contrária aos princípios do direito internacional¹⁰¹. O que é preciso ressaltar, no entanto, é que esta teoria se expandiu pelo mundo, tendo sido adotada em outros países, como na Alemanha, na Suíça, na Argentina e no Brasil, como será disposto a seguir¹⁰².

Segundo Augusto Jaeger Junior, a aplicação unilateral pode gerar diversas soluções para uma mesma operação¹⁰³ de modo que esta acaba sendo muito questionada pela doutrina,

⁹⁸ Importante ressaltar que a territorialidade da norma é adotada no direito possuindo as legislações nacionais vigência para agir dentro dos limites territoriais do Estado. Conforme Marianne Mendes Webber “segundo o princípio da territorialidade estrita, a legislação de defesa da concorrência de determinado país será aplicada às práticas ocorridas no correspondente território e que nele façam surtir seus efeitos”. Conforme a autora ainda “o princípio da territorialidade está em conformidade com os princípios do Direito Internacional, uma vez que o Estado, enquanto membro de uma comunidade internacional, exerce a sua autoridade dentro do seu próprio território”. WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 46.

⁹⁹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 65.

¹⁰⁰ Caso *United States v. Aluminium Corp. of America* (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945).

¹⁰¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.

¹⁰² JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 65-66.

¹⁰³ Augusto Jaeger Junior afirma: “O exercício de controles de maneira unilateral pode, por fim, gerar apreciações diferenciadas e soluções contraditórias sobre uma mesma operação”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 155.

uma vez que sua incidência pode ocorrer de modo extraterritorial, ferindo inúmeros princípios bases do Direito Internacional¹⁰⁴.

Diante da reação internacional à aplicação da teoria dos efeitos¹⁰⁵, e por ser a mesma considerada contrária ao cenário de globalização existente, esta sofreu modificações ao longo dos anos, sendo conciliada com o chamado “princípio da ponderação”, estritamente “vinculado à doutrina da cortesia internacional”¹⁰⁶. Isto tendo em vista que “a teoria dos efeitos sofreu muitas críticas, sendo este o principal motivo do desenvolvimento do princípio da ponderação, o qual foi concebido como meio de mitigar os problemas identificados” de modo que o princípio da ponderação “constitui um desdobramento da teoria dos efeitos, pelo qual se procura conciliar os interesses dos Estados envolvidos”¹⁰⁷.

A incidência deste princípio pode ser evidenciada no julgamento pelos Estados Unidos da América do caso ocorrido entre *Timberlane Lumber Co.* e *Bank of America*, em 1976¹⁰⁸, tentando conciliar a aplicação da teoria dos efeitos com os anseios dos países estrangeiros¹⁰⁹, de modo que a aplicação extraterritorial fosse mais aceita.

O princípio da ponderação pode ser visto ainda no *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, emitida pelo Congresso norte-americano como outra tentativa “para reduzir os conflitos e pacificar o assunto”¹¹⁰. Este regulamentou que para a aplicação da lei americana a atos ocorridos fora dos limites territoriais, era necessário que a conduta tivesse possuído “efeito direto, substancial e razoavelmente previsível”¹¹¹ no cenário nacional.

¹⁰⁴ “O exercício da jurisdição extraterritorial em direito da concorrência por parte de uns Estados, unilateralmente, confrontou a ordem interna de diversos outros Estados. Ele teria confrontado, também, a própria ordem internacional. A aplicação extraterritorial unilateral do direito da concorrência com base na teoria dos efeitos colhe críticas por violação dos princípios do direito internacional e por quebra do equilíbrio das relações internacionais”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 256.

¹⁰⁵ Os países estrangeiros sentiram a sua soberania atingida com a aplicação da teoria dos efeitos, o que resultou em protestos e reclamações diplomáticas, e ainda no surgimento das chamadas leis de bloqueios. Ver mais em JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 134-142.

¹⁰⁶ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 67.

¹⁰⁷ WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 53.

¹⁰⁸ Caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976). Ver mais em JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 78.

¹⁰⁹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 78.

¹¹⁰ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 79.

¹¹¹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 79.

Uma iniciativa mais recente pode ser observada com o advento do *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, em 1995, emitido pelo Departamento de Justiça e pela Comissão Federal de Comércio norte-americano, mas que foi criticado pela doutrina, que considerou que “este diploma institui a primazia da teoria dos efeitos em detrimento de princípios tradicionalmente estabelecidos em direito internacional para a determinação da jurisdição”¹¹².

A análise do desenvolvimento da teoria dos efeitos se demonstra importante, uma vez que o Brasil optou por acolher esta e aplica a mesma sob forte influência da aplicação norte-americana¹¹³. De acordo com Marianne Mendes Webber “a influência da teoria dos efeitos norte-americana é claramente percebida no dispositivo do art. 2º da Lei da Concorrência e seu âmbito de aplicação resta inequívoco na interpretação da legislação em confronto com a Constituição Federal¹¹⁴”.

Dessa forma, para a compreensão do entendimento adotado pela entidade brasileira administrativa responsável pela análise de práticas que possam ferir a livre concorrência, foi necessária uma breve introdução ao surgimento da teoria dos efeitos e a sua evolução no cenário internacional, bem como o surgimento desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro em si, como se passa a analisar.

3. A Aplicação da Teoria dos Efeitos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

É necessário entender a influência norte-americana na norma brasileira, como demonstrado acima, para compreender o desenvolvimento legislativo ocorrido no território nacional para a defesa da livre concorrência. O desenvolvimento da necessidade de defesa do direito da concorrência foi tardio no Brasil e nos países da América Latina, considerando que “os países do Mercosul não têm grande tradição no incentivo à concorrência”¹¹⁵.

A “primeira lei antitrust brasileira” surgiu em 1962, ficou conhecida como Lei Agamenom Magalhães¹¹⁶ e criou no artigo 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A consagração da liberdade concorrencial no cenário brasileiro, no entanto, foi

¹¹² SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 175.

¹¹³ Conforme Paula Forgioni: “O fácil acesso a precedentes norte-americanos, sobretudo pela internet, tem feito com que muitas decisões do CADE venham embasadas em decisões estrangeiras que nos são estranhas”. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 523.

¹¹⁴ WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 59.

¹¹⁵ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 114.

¹¹⁶ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 118.

observada com o advento da Constituição Federal de 1988¹¹⁷, que destacou a “livre concorrência” como um dos princípios gerais da atividade econômica, no artigo 170, inciso IV¹¹⁸. Em sua sequência, se observou no § 4º do artigo 173¹¹⁹ a proibição expressa do abuso de mercado, tendo a lei como objetivo a manutenção da liberdade concorrencial.

O órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, como visto, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE¹²⁰, que atua administrativamente na proteção do mercado nacional. Entre as suas competências se observa a preventiva, atuando como um órgão fiscalizador das fusões e incorporações das empresas, de modo a proteger o mercado de possíveis atos de concentração que coloquem em risco a livre concorrência. A competência repressiva, observada nos atos que já prejudicaram o mercado, como a formação de possíveis cartéis. E a competência educativa, responsável pela ampla divulgação do tema, das práticas e da própria atuação do órgão para a sociedade em geral¹²¹.

Dessa forma, surgiu a Lei nº 8.884 em 1994, responsável por dispor sobre “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”¹²², como um complemento ao artigo constitucional acima mencionado. Esta lei introduziu expressamente ao ordenamento jurídico brasileiro a teoria dos efeitos.

3.1. A teoria dos efeitos no direito concorrencial brasileiro

É possível observar que o Brasil é um dos países adeptos da teoria dos efeitos, possuindo previsão explícita em sua legislação de que a norma brasileira deve ser aplicada

¹¹⁷ “O atual sistema constitucional brasileiro, instaurado pela Constituição Federal de 1988, inicia uma modificação drástica no quadro legislativo anterior. Ela consubstancia e garante a existência de um direito constitucional econômico fundado no trabalho humano, na livre-iniciativa e na liberdade de concorrência, na função social da propriedade, na defesa do consumidor e na redução das desigualdades regionais sociais”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 118.

¹¹⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência;”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

¹¹⁹ “Art. 173, § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

¹²⁰ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma autarquia federal que exerce as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/11: “O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>

¹²¹ As competências do CADE são dispostas atualmente na Lei nº 12.529, e são complementadas pelo Regimento Interno do Cade – RiCade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>

¹²² BRASIL, Lei nº 8.884 de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>

quando os atos produzirem efeitos no país. Para a análise das decisões do CADE, necessário se faz a observância dos artigos contemplados na Lei nº 8.884/94¹²³.

Esta foi a lei responsável por conceder autonomia ao CADE¹²⁴, ao transformar o mesmo em autarquia, ratificar a importância da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda (SDE) e ainda da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)¹²⁵.

É preciso destacar a previsão do artigo 2º como a responsável por referir na Lei nº 8.884/94 que a legislação brasileira seria aplicada quando os efeitos da operação fossem sentidos no país¹²⁶. A partir deste artigo o Brasil reconheceu oficialmente ser um adepto à teoria dos efeitos, reconhecendo explicitamente em sua legislação, a previsão de aplicação extraterritorial da lei nacional, uma vez que “basta que possam surgir efeitos no território nacional para que se aplique a lei brasileira”¹²⁷.

Outro artigo amplamente utilizado pelo CADE em seus julgados, como será analisado no ponto seguinte e que deve ser aqui mencionado, é o artigo 54, *caput* e § 3º da Lei nº 8.884/94¹²⁸. Segundo este dispositivo deveriam ser notificados ao CADE os atos passíveis de limitar ou prejudicar a livre concorrência, e os atos passíveis de resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

No § 3º do referido dispositivo, poderia se observar o texto compreendido atualmente no artigo 88 da Lei nº 12.529/11, quanto ao requisito do valor de R\$ 400.000.000,00

¹²³ Atualmente esta lei foi substituída pela Lei nº 12.529 de 2011, como será visto a seguir.

¹²⁴ “O *status* de entidade autônoma determinado ao CADE foi uma inovação da lei brasileira. Tal posição tinha como objetivo provê-lo de independência. A ele cabe decidir pela existência, ou não, de ilícitos contra a concorrência, aplicar multas ordenar a cessação das infrações, entre outras competências. Também nas questões relativas à concentração econômica, o órgão desempenha papel de julgador, aprovando ou rejeitando os atos”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 120.

¹²⁵ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 120.

¹²⁶ O artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.884/94 previa: “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”. BRASIL, Lei nº 8.884/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>

¹²⁷ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 123.

¹²⁸ O artigo 54, *caput* e § 3º, da Lei nº 8.884/94 continha a previsão que atualmente consta no artigo 88 da Lei nº 12.529/11: “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).” BRASIL, Lei nº 8.884/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>

(quatrocentos milhões de reais) no faturamento de pelo menos um dos grupos envolvidos no ano anterior à operação, e ainda a previsão de que o ato de concentração implique a participação de empresas que resultem em 20% de um mercado relevante. O *caput* deste artigo mencionava explicitamente que estas operações deveriam ser submetidas à apreciação da entidade brasileira sempre que estas condições estivessem preenchidas.

Quanto ao valor do faturamento, o CADE alterou o seu entendimento no decorrer dos anos, a respeito do fato do valor a ser considerado ser o faturamento mundial das empresas envolvidas ou o faturamento no território nacional apenas, como será visto em um segundo momento¹²⁹. Esta controvérsia foi amplamente discutida entre os Conselheiros do órgão, uma vez que ao se mensurar o valor a partir do faturamento mundial das empresas envolvidas, estariam submetidos à jurisdição brasileira casos com pouca relevância ao mercado brasileiro¹³⁰.

Marianne Mendes Webber destaca que “o dispositivo do art. 2º contempla o acolhimento do princípio da territorialidade estrita e da teoria dos efeitos, podendo, portanto, haver a aplicação extraterritorial e unilateral do direito nacional, o que pode acarretar, em última instância, conflitos em matéria de jurisdição estatal”¹³¹.

Em 2011, uma nova lei foi promulgada, a Lei nº 12.529, responsável atualmente pelo direito da concorrência brasileiro, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e substituindo a lei anterior. O artigo 2º da Lei nº 12.529/11 prevê expressamente a teoria dos efeitos no direito brasileiro, de modo que valida a aplicação extraterritorial unilateral da lei brasileira, mantendo o texto legal encontrado no ordenamento anterior¹³². Na prática, no

¹²⁹ É importante destacar que antes de 2005, prevalecia o entendimento de que deveria ser considerado o faturamento mundial, uma vez que com a globalização, ainda que a operação ocorra no exterior, e o faturamento em si seja significativo no exterior, ao se tratar de grandes empresas os efeitos destas operações serão sentidos no plano interno do país. Em decisão inédita proferida pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer em 2005, o entendimento passou a ser de que deveria ser considerado o faturamento das empresas no território nacional, agradando parte da doutrina. Tratava-se de uma questão de interpretação, uma vez que a norma brasileira não deixava claro. Em 2005, no entanto, após o voto do Conselheiro Pfeiffer, o CADE sumulou e alterou definitivamente o entendimento adotado. Destaca-se, no entanto, que países como a Argentina, a Suécia, a Suíça, a Holanda, a Dinamarca, a Finlândia, a Polônia, a Áustria, o Canadá, entre outros, consideram o faturamento global das empresas como critério para notificação de operações. Ver mais em: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 88.

¹³⁰ Valéria Guimarães de Lima e Silva afirma que “não é, portanto, justificável submeter um ato de concentração à jurisdição brasileira, ainda que ele envolva grandes multinacionais cujo faturamento bruto mundial é significativo, se a atuação dessas no território nacional, mensurada por seu faturamento bruto local, é insignificante”. SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 368.

¹³¹ WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 59.

¹³² A redação do artigo 2º deixa explícito que a lei brasileira será aplicada quando os efeitos da ação forem sentidos no país: “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.”.

entanto, o Brasil não se consagrou como um país conhecido internacionalmente por exercer a extraterritorialidade da lei concorrencial de modo agressivo.

Outro dispositivo importante que se manteve da legislação anterior, encontrado nas decisões do CADE, é o artigo 88 da Lei nº 12.529/11. Este prevê que o ato de concentração deverá ser submetido ao CADE quando pelo menos um dos grupos envolvidos tiver registrado no seu faturamento o equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), no ano anterior à operação¹³³. A controvérsia que permeia este dispositivo será demonstrada a seguir.

Conforme as decisões, é possível observar que ainda que a operação ocorra inteiramente no exterior, sendo o efeito sentido no plano interno conforme a previsão do artigo 2º, o ato de concentração deve ser submetido à apreciação do órgão brasileiro. Deve-se observar que a Lei nº 12.529/11 substituiu a Lei nº 8.884/94, que antes se destinava à proteção da concorrência no Brasil. Importante salientar que a principal alteração é que conforme a lei anterior, o CADE deveria ser notificado após a celebração do ato de concentração¹³⁴. Com a nova lei, a atuação passou a ter caráter preventivo, de modo que se faz necessária a notificação ao CADE antes da celebração do ato¹³⁵.

Assim, é possível observar que a lei brasileira prevê a incidência da teoria dos efeitos, ou seja, sempre que o efeito de uma operação for sentido no país, ainda que a operação tenha ocorrido integralmente no exterior, esta operação deve ser submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ainda que a atuação brasileira quanto à aplicação extraterritorial de sua lei seja tímida perante os demais países, é possível observar inúmeros casos submetidos ao CADE que envolvem a teoria dos efeitos, de modo que esta análise se demonstra de extrema relevância para o Direito Internacional da Concorrência em si.

BRASIL, *Lei nº 12.529*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>

¹³³ O artigo 88, *caput*, inciso I, destaca: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação 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\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);”. Brasil, *Lei nº 12.529/11*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>

¹³⁴ Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro afirmam que: “O sistema de análise prévia dos atos de concentração é a inovação mais importante da Lei nº 12.529/2011. Como visto, esse sistema não é só adotado nas jurisdições norte-americana e comunitária europeia, como também é o mais utilizado entre os países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico”. Os autores concluem ainda que “a adoção da análise prévia pela Lei n. 12.529/2011 e o critério de notificação exclusivamente econômico (faturamento) alinham, portanto, o Brasil às boas práticas internacionais no que tange ao controle dos atos de concentração”. BACCHI, Fabiana Mesquita; SCHAPIRO, Mario Gomes. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; SCHAPIRO, Mario Gomes (Coordenadores). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

¹³⁵ Ver mais em: <<http://www.cade.gov.br/>>

3.2. As decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

É possível encontrar entre as decisões proferidas pelo CADE, aquelas que se destinam a análise de operações que ocorreram integralmente no exterior. O que é preciso, no entanto, é reconhecer que a análise destas operações à luz da lei brasileira de defesa da concorrência corresponde a uma consequência da teoria dos efeitos.

Uma operação ocorrida integralmente no exterior que é submetida à apreciação do CADE, é um reflexo direto da aplicação da lei brasileira extraterritorialmente. Para isto, o CADE utiliza como critério objetivo o valor que o grupo tenha faturado no ano anterior ao ato. Se este valor ultrapassar a previsão legal contida no artigo 88, da Lei nº 12.529/11 (antes previsto no artigo 54, *caput*, § 3º, da Lei nº 8.884/94), este ato deve ser submetido à apreciação do CADE, com fundamento no artigo 2º da referida lei.

Ainda que o Brasil não tenha utilizado a teoria dos efeitos de modo substancial e agressivo, se envolvendo de forma direta nas relações externas que envolviam apenas países terceiros, é possível encontrar nas decisões do CADE elementos que refletem diretamente aspectos desta teoria¹³⁶. Para a análise das decisões deve-se observar as previsões contidas na Lei nº 8.884/94 (substituída pela atual Lei nº 12.529/11) já que as mesmas foram julgadas na vigência da lei anterior.

A primeira decisão do CADE que referenciou a previsão da teoria dos efeitos ocorreu em 19 de junho de 1996, pelo ex-Conselheiro Rodrigues Chaves, no ato de concentração 28/95¹³⁷, que envolvia as empresas *Nalco Chemical Company* e *Exxon Energy Chemicals*. No voto do ex-Conselheiro, este destaca o princípio da ubiquidade presente na legislação brasileira, uma vez que esta prevê a sua incidência em casos que produzam efeito no território nacional, ainda que a operação em si ocorra no exterior¹³⁸. Ao comparar a situação com o direito penal, o ex-Conselheiro deixa explícito que o Direito da Concorrência ao possuir atos praticados no

¹³⁶ Conforme Marianne Mendes Webber: “O número de casos analisados pelo CADE que envolveram a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência é expressivo, sendo que, em vista da recente aprovação da Lei da Concorrência, as suas decisões abrangem principalmente o período de vigência da Lei nº 8.884/1994”. WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 61.

¹³⁷ AC 28/95 (*Nalco Chemical Company*, e *Exxon Energy Chemicals*) de relatoria do Conselheiro Rodrigues Chaves. 1996.

¹³⁸ Trecho proferido pelo ex-Conselheiro Rodrigues Chaves: “A lei antitruste brasileira – Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 – fixa, para sua aplicação, o princípio da territorialidade, ressalvadas apenas as exceções decorrentes de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, na medida em que reprime os atos contrários à ordem econômica, praticados no todo ou em parte do território nacional. Aplica, ainda, o princípio da ubiquidade, na medida em que se considera competente para punir as infrações cometidas no Exterior, que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional”. AC 28/95 (*Nalco Chemical Company*, e *Exxon Energy Chemicals*) de relatoria do Conselheiro Rodrigues Chaves. 1996.

exterior que apresentem consequências diretas no plano interno, são tratados como se aqui tivessem sido praticados¹³⁹.

O voto foi de extrema importância para a consagração do artigo 2º da lei brasileira, e foi amplamente utilizado posteriormente nas demais decisões do CADE, como modelo a ser seguido. Ao analisar as decisões já existentes, é possível observar que o artigo 2º é utilizado a fim de determinar a necessidade de notificação da entidade sobre atos de concentração ocorridos no exterior.

Este voto também foi o primeiro a apresentar o entendimento de que o valor arbitrado no artigo 54, § 3º da Lei nº 8.884/94, deveria corresponder ao faturamento mundial das empresas envolvidas, sendo este o entendimento que predominou até 2005 e que foi criticado por parte da doutrina. A crítica baseava-se no fato de que a ausência do faturamento no plano nacional tornava as operações insignificativas no país, não devendo este incidir a sua legislação¹⁴⁰.

Outro importante julgado foi o ato de concentração nº 08012.005447/00-56¹⁴¹, envolvendo a *Davide Campari – Milano S.p.A.* (Campari), a *Selviac Nederland BV* (Selviac) e o *Grupo Diageo*, julgado pelo Conselheiro relator Celso Fernandes Campilongo.

A empresa *Campari* possuía sede na Itália, a *Selviac* tratava-se de uma empresa holandesa e o *Grupo Diageo* de um grupo britânico, tendo sido referido no relatório do ato de concentração a justificativa para o caso ter sido submetido ao CADE: “As requerentes esclarecem que a presente submissão é feita com base: no artigo 2º da Lei 8884/94, na medida em que, não obstante, referida operação tenha sido integralmente formalizada no exterior, esta apresentou, efeitos no Brasil”¹⁴². Fica evidente o reconhecimento internacional do CADE como entidade autônoma e responsável pela defesa concorrencial no Brasil.

¹³⁹ O voto assim refere: “há certos atos, no Direito da Concorrência, que embora praticados no estrangeiro afetam de tal forma o mercado interno que é como se fossem praticados no próprio território nacional: são as chamadas práticas à distância. Para estas, a lei brasileira adota, concomitantemente, a teoria da ubiquidade, em que são combinadas a teoria da atividade e a teoria do efeito. Aplica-se, em consequência, a lei brasileira, não somente aos atos praticados no todo ou em parte do território nacional, mas àqueles que nele produzam ou possam produzir efeitos. Se configurarem esses atos infrações contra a ordem econômica brasileira, seus responsáveis deverão ser punidos de acordo com a lei brasileira, independentemente do fato de já terem sido punidos ou, eventualmente, absolvidos no Exterior”. AC 28/95 (*Nalco Chemical Company*, e *Exxon Energy Chemicals*) de relatoria do Conselheiro Rodrigues Chaves. 1996.

¹⁴⁰ SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 368.

¹⁴¹ AC 08012.005447/00-56 (*Davide Campari – Milano S.p.A.*; *Selviac Nederland BV* e *Grupo Diageo*) de relatoria do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. 2000.

¹⁴² Trecho do relatório proferido pelo Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, presente no AC 08012.005447/00-56. 2000.

Outra decisão significativa é referente ao ato de concentração nº 08012.008380/2002-73¹⁴³, no voto-vista proferido pelo Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, proferido em 2003, referente à aquisição pela *Barry-Wehmiller Companies, Inc.* (Barry), de 100% das ações da *Ward Holding Company, Inc.* (Ward). Nesta decisão é possível observar novamente a aplicação da lei brasileira a uma operação realizada no exterior. Isto porque tanto a *Ward* como a *Barry* são empresas norte-americanas, tendo esta sede em Missouri, nos Estados Unidos da América.

No voto-vista do Conselheiro é possível encontrar partes em que o mesmo destaca o motivo pelo qual a operação foi notificada ao CADE, uma vez que ainda que tenha ocorrido no exterior, os efeitos da mesma poderiam vir a ser sentidos no Brasil, tendo sido considerado como requisito o faturamento mundial¹⁴⁴.

Nesta decisão não houve impedimento alegado pelos Conselheiros para que a aquisição se realizasse, porém, foi constatada a intempestividade da notificação ao CADE, motivo pelo qual foi consenso a aplicação de multa no montante de R\$ 109.653,87 (cento e nove milhões, seiscientos e cinquenta e três reais com oitenta e sete centavos). Isto porque as empresas assinaram o *Agreement and Plan of Merger* (contrato e plano de fusão) em 19 de abril de 2002, e o apresentaram ao SBDC apenas em 20 de novembro de 2002. Conforme visto, as empresas discordavam da necessidade de notificação à entidade brasileira, motivo no qual pode ser encontrado no voto-vista forte argumentação envolvendo os efeitos sentidos na economia brasileira.

Outro ato de concentração importante é o de nº 08012.000216/2001-37¹⁴⁵, que envolveu a compra da *The Seagram Company Ltda* da *Vivendi Universal SA*, pela *Diageo PLC* e pela *Pernod-Ricard SA*. A *Diageo PLC* é um grupo britânico com sede em Londres, possuindo em seu portfólio marcas de bebidas e comidas como *Smirnoff*, *Johnnie Walker*, *Guinness*, *Burger*

¹⁴³ AC 08012.008380/2002-73 (*Barry-Wehmiller Companies, Inc.*, e *Ward Holding Company, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. 2003.

¹⁴⁴ É possível observar o trecho do voto em que o Conselheiro destaca a utilização do artigo 2º, responsável pelo reconhecimento da teoria dos efeitos no direito concorrencial brasileiro: “De acordo com o art. 2º, a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira aplica-se às práticas cometidas não só em todo ou em parte no território nacional, mas também àquelas práticas que nele produzam ou possam produzir efeitos. Trata-se do princípio da territorialidade, segundo o qual, determinada prática, ainda que realizada em outra jurisdição, deve ser apresentada ao SBDC para análise quando, ainda que em potencial, puder produzir efeitos sobre a concorrência no mercado brasileiro. Aplicando esse dispositivo aos casos de concentração, pode-se concluir que, embora os grupos econômicos envolvidos em uma determinada operação tenham faturamento bruto igual ou superior a R\$400 milhões no mundo, somente deverão ser apresentados - ausente qualquer concentração horizontal ou vertical - quando a operação puder, ainda que em potencial, produzir efeitos no Brasil”. AC 08012.008380/2002-73 (*Barry-Wehmiller Companies, Inc.*, e *Ward Holding Company, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, julgado em 13 de agosto de 2003.

¹⁴⁵ AC 08012.000216/2001-37 (*Diageo Plc*; *Pernod Ricard S/A* e *Vivendi Universal S/A*) de relatoria do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior. 2001.

King. A *Pernod-Ricard SA* é uma sociedade com sede em Paris, na França, que atua no mercado de bebidas destiladas e vinhos, operando em 45 países. A *Vivendi Universal SA* possui sede também em Paris, na França.

Na decisão há estudos quanto ao mercado relevante, tanto do produto, como geográfico, e da parcela de mercado das empresas envolvidas na operação. Estudos estes que se fazem necessários, uma vez que se trata de uma operação envolvendo empresas de tamanho significativo. O posicionamento do CADE foi no sentido de que não haveria controle do mercado por alguma das partes de modo substancial, a partir do *Framework Implementation Agreement* apresentado, deixando evidente, no entanto, que qualquer modificação que ocorresse no mesmo, o SBDC deveria ser notificado.

Este caso é importante por ratificar a atuação do CADE perante transações ocorridas puramente no exterior, passíveis de gerar efeitos no mercado nacional brasileiro. Estes julgados apresentados devem ser analisados como uma consequência do artigo 2º da lei brasileira, ainda que nem todos refiram explicitamente no voto a incidência do referido artigo.

O entendimento do CADE até então era de que o montante previsto no artigo 54, § 3º, da Lei 8.884/94, deveria ser considerado a partir do faturamento mundial das empresas envolvidas, em função de que em um ambiente globalizado com a liberdade de capitais, o mercado nacional poderia ser afetado ainda que estes capitais transitassem em sua maioria no exterior.

Foi com o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer que o entendimento sobre o faturamento a ser considerado se alterou, no ato de concentração 08012.002992/2004-14¹⁴⁶ em 2004. No voto, o Conselheiro relator expôs que o faturamento no montante previsto no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94, deveria se verificar pelo faturamento bruto anual das partes ou de seus grupos econômicos ocorridos dentro do território brasileiro¹⁴⁷.

Este julgado foi o responsável pela alteração no entendimento do CADE, que até então majoritariamente considerava o valor do faturamento mundial, ainda que este valor fosse

¹⁴⁶ AC 08012.002992/2004-14 (*ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

¹⁴⁷ No voto: “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 controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupos 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)”. AC 08012.002992/2004-14 (*ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

insignificativo ao mercado interno brasileiro, conforme a crítica de Valéria Guimarães de Lima e Silva¹⁴⁸.

O ato de concentração que contestou o voto acima, no entanto, deve ser apresentado. O mesmo contém uma análise importante a ser apresentada aqui e corresponde ao ato de concentração número 08012.009381/2004-05¹⁴⁹, julgada em março de 2005, que envolveu a associação entre a empresa *Navigant International, Inc* e a empresa *TQ3 Travel Solutions Management*.

A análise feita pelo Conselheiro relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe foi contrária ao entendimento proferido pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e procurou defender que o valor arbitrado no § 3º do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, atualmente presente no artigo 88 da nova lei, deveria corresponder ao faturamento mundial das empresas envolvidas. Para justificar o seu ponto de vista, o Conselheiro relator utilizou os argumentos da teoria dos efeitos, bem como da aplicação extraterritorial do direito da concorrência, utilizada pelos Estados Unidos da América e prevista atualmente em diversos ordenamentos nacionais ao redor do mundo.

Segundo o Conselheiro relator, a não observância do faturamento mundial significaria um desprezo ao poder econômico que estes possuem e sua influência, ainda que regional¹⁵⁰. A globalização, assim, ao permitir que os capitais das empresas circulem mundialmente de modo livre, deveria permitir que os Estados possuíssem certo controle sobre os efeitos que estas operações venham a causar no seu país¹⁵¹. Ana Maria de Oliveira Nusdeo também apresenta

¹⁴⁸ Esta afirma que: “Na aplicação do critério estabelecido no artigo 54, § 3º, da Lei 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro”. SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 368.

¹⁴⁹ AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

¹⁵⁰ Trecho do voto do Conselheiro relator: “À vista dessas considerações, há de se entender que ignorar o faturamento mundial do grupo significa desprezar o poder econômico que os grandes conglomerados exercem, ainda que regionalmente. Isso representaria, a bem da verdade, uma camuflagem à regular análise antitruste, o que nos leva, por fim, ao quarto ponto, de cunho estritamente econômico”. AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

¹⁵¹ No voto é possível ainda observar: “Sabemos que o ambiente internacional caracteriza-se pela liberalização crescente de fluxos de comércio e de capital que se estimulam pela desregulamentação financeira, o que possibilita o exercício do poder financeiro do agente econômico em escala mundial, permitido pelo poder econômico figurado no faturamento global. O peso desse faturamento global facilita a captação da dinâmica do fluxo de ativos ou de negócios que lhe seja mais favorável, tornando exequível – ou crível – que a participação da empresa no mercado interno seja realizada pela transferência global de ativos. Tudo isso em um ambiente onde boa parte do comércio internacional se realiza no interior das corporações, o que potencializa a possibilidade acima mencionada. Em outras palavras, faz sentido a verificação pelo Estado desses movimentos concentracionistas em escala mundial, razão pela qual muitos países assim o fazem”. AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

este raciocínio ao tratar sobre a extraterritorialidade da lei de concorrência, referindo a liberdade do Estado de agir quando um ato ocorrido no exterior atinja o seu mercado interno¹⁵².

Cabe salientar que no referido voto, o Conselheiro relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe reconhece que deixa de pertencer à maioria: “em face dessa novíssima situação, que me leva da posição de pertencer a maioria a estar vencido e solitário, creio que devo começar a explicitar as razões pelas quais me oponho a tal entendimento”¹⁵³.

O que se observou na prática, porém, foi a predominância da posição adotada pelo Conselheiro Pfeiffer, sendo o faturamento no montante de R\$ 400.000.000,00 no território nacional um requisito objetivo obrigatório para a submissão do ato de concentração ao CADE.

O órgão, assim, emitiu a Súmula nº 1¹⁵⁴, publicada em 18 de outubro de 2005, consagrando a regra legislativa e encerrando com a controvérsia existente entre os seus Conselheiros¹⁵⁵. Conforme Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro “essa Súmula calibrou o filtro do critério de faturamento, que antes era entendido como relativo a um faturamento no mundo todo, o que tornava o critério de notificação muito estreito”¹⁵⁶.

Gabriel Valente dos Reis, por exemplo, afirma que “a autocontenção do Cade, expressa na Súmula 1, é salutar”. Segundo o autor, respeitaria de um lado “as demais jurisdições quando a transação em questão não produz efeitos relevantes no mercado brasileiro”, ao mesmo tempo em que “proporciona uma economia de recursos públicos, na medida em que evita que tais transações cheguem à apreciação do Cade”¹⁵⁷.

¹⁵² Ana Maria de Oliveira Nusdeo assim refere: “a medida que as práticas restritivas ou atos de concentração envolvendo agentes estabelecidos em outros mercados afetem as condições de concorrência em mercados relevantes internos, faz sentido a iniciativa do Estado em disciplinar tais condutas, obviamente no limite dos efeitos sobre o próprio mercado”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malherios, 2002. p. 162.

¹⁵³ AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

¹⁵⁴ Súmula 1, CADE: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 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”. BRASIL, Súmula 1 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>>

¹⁵⁵ Conforme Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro “a Súmula n. 1 firmou o entendimento acerca do espaço geográfico em que deveria ser considerado o faturamento bruto anual, para fins de notificação. Desde então, o valor passou a se referir ao faturamento registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”. BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 89.

¹⁵⁶ BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 89.

¹⁵⁷ REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, nº 73. São Paulo, 2010. p. 314.

Os votos nos atos de concentração que se seguiram respeitaram o entendimento sumulado, como por exemplo o ato de número 08012.005510/2005-69¹⁵⁸ julgado pelo Conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva, e o ato de número 08012.000347/2005-48¹⁵⁹ julgado pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em que este apenas refere o seu voto anterior para fins de justificação na utilização do faturamento em território brasileiro.

O que se observou foi o afastamento da teoria dos efeitos à aplicação prática, uma vez que esta passou a ter limitações significativas a sua incidência pelo órgão brasileiro. Antes, a previsão legal contida no artigo 2º da lei de concorrência brasileira era suficiente para que um ato de concentração fosse submetido à análise do CADE, ainda que o mesmo ocorresse integralmente no exterior, como visto nos julgados anteriores à Súmula 1, sempre que o valor do faturamento fosse observado a nível mundial. Os requisitos contidos no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, atualmente artigo 88 da Lei nº 12.529/11, baseavam-se no faturamento mundial segundo elementos da globalização e da livre circulação dos capitais em âmbito internacional.

Com a alteração no entendimento, a simples incidência de efeitos no território nacional não se torna suficiente para que o ato de concentração que envolva grandes empresas internacionais seja apreciado pelo órgão brasileiro. Para que o ato seja submetido à lei brasileira é necessário a presença dos requisitos objetivos acima mencionados, com a predominância normativa do princípio da territorialidade¹⁶⁰.

Em 2012 foi elaborada a Portaria Interministerial nº 994, pelo Ministro de Estado da Justiça e pelo Ministro de Estado da Fazenda, referindo regras referente ao § 1º do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011. Esta portaria alterou os valores previstos no artigo 88, definindo que deveriam ser considerados aqueles valores ali especificados para a submissão obrigatória dos

¹⁵⁸ “EMENTA: Ato de Concentração. Operação de aquisição de totalidade de capital acionário de 12 empresas. Operação em âmbito mundial. Operação não subsumida em decorrência do faturamento das Requerentes bem como dos seus respectivos grupos, no Brasil, ter sido inferior a R\$ 400.000.000,00, no último exercício, e da participação de mercado decorrente da operação estar abaixo dos 20% previstos. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Operação não conhecida. Manutenção da taxa recolhida”. AC 08012.005510/2005-69 (Actaris Metering Systems II e Actaris Metering Systems S/A) de relatoria do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁵⁹ Parte do voto: “Tendo em vista: (i) O art. 54, § 3º c/c art. 2º da Lei 8.884/94; (ii) O faturamento da Editora Elsevier Ltda. que, no exercício fiscal de 2003, foi inferior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e participação de mercado inferior a 20%; (iii) O faturamento da Editora Impetus Ltda. que, no ano de 2003, foi inferior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e participação de mercado não superior a 20%; (iv) Os termos do meu voto no Ato de Concentração nº 08012.002992/2004-14, onde figuravam como requerentes ADC Telecomunicações, Inc. e Krone International Holding Inc.; Não conheço da presente operação, por não estar subsumida às hipóteses previstas pelo art. 54, § 3º, julgando-o extinto sem julgamento do mérito”. AC 08012.000347/2005-48 (Elsevier Editora Ltda. e Editora Impetus Ltda.) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

¹⁶⁰ Pode-se afirmar que a lei passa a ter um caráter mais territorial do que se esperava, uma vez que se limita ainda mais as situações alcançadas puramente pelo artigo 2º, ou seja, pela teoria dos efeitos em si.

atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Dessa forma ficou estabelecido que “os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser” de “R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011” e de “R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011”¹⁶¹.

Esta previsão que elevou os valores previstos no artigo 88 da Lei nº 12.529 de 2011, poderá ser observado em julgados recentes do CADE, que forem julgados após esta portaria.

De acordo com Gabriel Valente dos Reis “a aplicação extraterritorial é uma tentativa, por parte dos Estados, de se protegerem contra condutas anticoncorrenciais estrangeiras”¹⁶², de forma que diante da falta de uma norma multilateral, é preciso que cada Estado procure medidas para a proteção do seu mercado nacional. No entanto, conforme o autor “as medidas adotadas devem adstringir-se aos objetivos da aplicação extraterritorial: a proteção da concorrência no mercado nacional”¹⁶³.

Conforme Gabriel Valente dos Reis esta aplicação extraterritorial “deve ser compreendida dentro do contexto maior de internacionalização da economia”¹⁶⁴ a partir da perspectiva de que grandes grupos econômicos podem se aproveitar da inexistência de uma proteção antitruste concorrencial no âmbito internacional. Este ambiente globalizado facilita a circulação de capitais, de bens e de pessoas no mundo, refletindo em um direito internacional da concorrência com ações estrangeiras capazes de gerar efeitos em um mercado nacional mesmo que todas as transações tenham ocorrido no estrangeiro.

É possível, assim, encontrar nas decisões já proferidas pelo CADE a aplicação da lei brasileira a operações ocorridas integralmente no exterior, fundamentadas pela teoria dos efeitos. Ao mesmo tempo, se observa que o trabalho realizado pelo CADE mudou seu posicionamento ao longo dos anos afastando ainda mais a incidência da teoria dos efeitos prevista no artigo 2º da lei de concorrência brasileira¹⁶⁵. Conforme Fabiana Mesquita Bacchi e

¹⁶¹ Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

¹⁶² REIS, *Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria*, p. 320.

¹⁶³ REIS, *Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria*, p. 320.

¹⁶⁴ REIS, *Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria*, p. 320.

¹⁶⁵ Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro afirmam: “No que tange à análise dos atos de concentração, as principais mudanças são o critério de notificação, que passou a ser baseado apenas em dados objetivos de faturamento, e a introdução de análise prévia das operações. Ambas as mudanças estão alinhadas com as legislações das duas mais importantes jurisdições concorrenciais – a norte-americana e a europeia – bem como com as boas práticas internacionais, sugeridas pela OCDE e pela ICN”. BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 91.

Mario Gomes Scapiro “tais mudanças refletem uma trajetória de aprendizado da autoridade antitruste brasileira”, e ainda “o passo incremental com que essa reforma foi construída sugere um processo de *scanning globally, but reforming locally*” motivo pelo qual “tende a ter mais consistência e efetividade”¹⁶⁶.

Dessa forma, o que resta evidente é que a teoria dos efeitos é sim aplicada pelo CADE de modo administrativo através da análise de operações internacionais com base na legislação brasileira, ficando afastada, no entanto, aquela aplicação extraterritorial unilateral agressiva. Se observa, na prática, o respeito das empresas à entidade brasileira, uma vez que estas submetem os seus atos de concentração para a aprovação desta, ainda que estes tenham ocorrido integralmente no exterior.

4. Considerações Finais

O desenvolvimento do Direito Internacional da Concorrência sofreu alterações significativas no decorrer do tempo. O seu início foi marcado pela atuação dos Estados Unidos da América, com o advento de normas que visavam proteger a livre concorrência. A globalização transformou as relações sociais e comerciais propiciando significativa facilidade à circulação de pessoas e de mercadorias pelo mundo.

O presente estudo se propôs a responder como a entidade brasileira, responsável pela proteção do direito concorrencial, utilizou a teoria dos efeitos, prevista no artigo 2º da legislação nacional, nos atos de concentração econômica que julgou. Assim, em um primeiro momento se analisou o Direito Internacional da Concorrência em si, como disciplina jurídica e o surgimento da teoria dos efeitos, pelos Estados Unidos da América, uma vez que estes influenciaram fortemente a norma brasileira e o posicionamento adotado pela entidade nacional. De modo que em um segundo momento, fosse possível a análise do direito concorrencial brasileiro especificamente com a incidência da teoria dos efeitos nos atos de concentração econômica julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Com a observância destes julgados é que foi constatado como ocorreu o desenvolvimento da teoria dos efeitos pela entidade brasileira, na prática – especificamente nos atos de concentração.

Com base no artigo 2º da Lei nº 8.884/94 (atualmente art. 2º da Lei 12.529/11) quando uma operação gerar efeitos no território brasileiro, a lei nacional possui a sua incidência

¹⁶⁶ BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 91-92.

ratificada ainda que esta operação tenha ocorrido integralmente no exterior. Até 2005, a submissão ao CADE deveria ocorrer sempre que o faturamento das empresas previsto no artigo 54, § 3º da Lei nº 8.884/94 alcançasse o montante estipulado mundialmente no ano anterior ao ato de concentração. A partir de 2005, com a alteração no entendimento decisório do CADE e a criação da Súmula 1, o valor previsto legalmente adquiriu a necessidade de corresponder ao faturamento das empresas “no território nacional”, e não mais mundial.

Como visto, a alteração pode ser considerada significativa, uma vez que atos de concentração que antes eram submetidos ao CADE, passaram a não ter mais a obrigatoriedade de aprovação da entidade brasileira. Como demonstrado, a teoria dos efeitos é por vezes contrária aos princípios de direito internacional, a partir do momento em que um Estado interfere em uma relação não ocorrida em seu território, e sim em território de terceiro de modo unilateral. Não se visualiza, no entanto, a aplicação radical da teoria dos efeitos no cenário brasileiro.

Com a alteração ocorrida em 2005, a análise dos atos de concentração acontecidos integralmente no exterior se distanciou da necessidade de aprovação do CADE, uma vez que uma característica territorial foi adicionada a um dos requisitos para a submissão à entidade brasileira. Ocorreu uma limitação da teoria dos efeitos através da inserção da territorialidade em um requisito objetivo quantitativo utilizado como medidor dos efeitos passíveis de serem sentidos no mercado brasileiro.

Deve-se observar o posicionamento futuro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica quanto à aplicação da teoria dos efeitos em suas decisões, considerando o fato de que este tem atuado cada vez mais através de cooperação com entidades de outros Estados. O direito da concorrência ainda é um tema incipiente no Brasil, e nos últimos anos o seu desenvolvimento se demonstrou significativo a partir da forte atuação dos órgãos administrativos, bem como do aprimoramento normativo demonstrado.

5. Referências Bibliográficas

BACCHI, Fabiana Mesquita; SCHAPIRO, Mario Gomes. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; SCHAPIRO, Mario Gomes (Coordenadores). Direito econômico concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI SENA JUNIOR, Roberto. Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC. Curitiba: Juruá, 2003.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 5ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

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

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

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 73. São Paulo, 2010. p. 303-329.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Direito antitruste: aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília: CADE, v. 2, n. 1, maio 2014. p. 130-153.

STIGLITZ, Joseph E. A globalização e seus malefícios. Tradução: Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002.

WEBBER, Marianne Mendes. Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.