


UniCEUB
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O caso Intel: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia

The Intel case: the impact on the evolution of the effects doctrine in the competition law of the European Union

Augusto Jaeger Junior

Mariana Sebalhos Jorge

VOLUME 16 • N. 1 • 2019
ARBITRAGEM E DIREITO INTERNACIONAL

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
MAPEAMENTO E COMPARAÇÃO DE ACORDOS DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NA AMÉRICA LATINA E CENTRAL 1990 A 2018.....	3
Anderson Fonseca Machado (organizador), Letícia Braga Carvalho Kataoka (organizadora), Ana Terra Teles de Meneses, André Leão, Andrea Luísa de Oliveira, Edilson Enedino das Chagas, Henrique Haruki Arake Cavalcante, Mariana Rezende Maranhão da Costa, Rafael Freitas Machado, Vitor Levi, Wilson Sampaio Sahade Filho	
PRIVATE INTERNATIONAL LAW CHRONICLES	19
Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Inez Lopes e Fabrício Polido (org.)	
I International acts	19
II CASE LAW	28
II. DOSSIÊ ESPECIAL: ARBITRAGEM E DIREITO INTERNACIONAL	35
EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	37
Ivette Esis	
REVISITANDO A AVERSÃO BRASILEIRA À CLÁUSULA INVESTIDOR-ESTADO: CAPITALISMO DE ESTADO E TREATY-SHOPPING	54
Marcelo Simões dos Reis e Gustavo Ferreira Ribeiro	
ARBITRAL INTERPRETATION OF INVESTMENT TREATIES: PROBLEMS AND REMEDIES FOR THE DEBATE ON “LEGITIMACY”	74
Santiago Díaz-Cediel	
ARBITRAGEM INTERNACIONAL SOB ANEXO VII DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR E AS CONTROVÉRSIAS MISTAS: ANÁLISE DE CASOS RECENTES	90
Alexandre Pereira da Silva	
ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E O MEIO AMBIENTE: REFLEXÕES SOBRE O CASO ETHYL CORPORATION V. CANADÁ.....	106
Patrícia Maria da Silva Gomes	

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NA ORIGEM: O CASO EDF INTERNATIONAL S/A..... 116

Patrícia Maria da Silva Gomes

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 129

INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT: RISE AND FALL OF AN INTERNATIONAL DEBATE 131

Arthur Roberto Capella Giannattasio, Taina Ometto Bezerra, Elizabeth Bannwart, Débora Drezza, Jessica Buchler, Giovanna Martins e Breno Oliveira

INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT: RISE AND FALL OF AN INTERNATIONAL DEBATE 148

Janaína Gomes Garcia de Moraes e Patricio Alvarado

INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA DO CONTEÚDO DA CONCEPÇÃO DE TRABALHO DECENTE NO ÂMBITO DA OIT E UMA ANÁLISE DE SUA JUSTICIABILIDADE 166

Silvio Beltramelli Neto e Julia de Carvalho Voltani

O DIÁLOGO ENTRE FONTES NORMATIVAS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ENTRE O LIVRE COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTÁVEL 187

Eduardo Biacchi Gomes e Julia Colle Marinozzi

O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO E SUAS RAÍZES IMPERIALISTAS NO CONTEXTO DO PLURALISMO NORMATIVO: POR UM PARADIGMA LIBERTÁRIO E NÃO (NEO)LIBERAL 201

Lucas Silva de Souza e Jânia Maria Lopes Saldanha

ENTRE O ESCUDO E A ESPADA: CARACTERIZANDO O LAND GRABBING COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE 224

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes

DESCOLONIALISMO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA AMÉRICA LATINA: DESVENDANDO NOVOS PARADIGMAS 241

Eduardo Biacchi Gomes e Luis Alexandre Carta Winter

CRIMINALIZAÇÃO DE IMIGRANTES ILEGAIS NA UNIÃO EUROPEIA: NOVOS PARADIGMAS COM BASE NO CASO CELAJ 253

Felipe Augusto Lopes Carvalho

O CASO INTEL: O IMPACTO NA EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA.....270

Augusto Jaeger Junior e Mariana Sebalhos Jorge

THE DUTY OF CARE OF PARENT COMPANIES: A TOOL FOR ESTABLISHING A TRANSNATIONAL ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY289

Mathilde Hautereau Boutonnet

O caso Intel: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia*

The Intel case: the impact on the evolution of the effects doctrine in the competition law of the European Union

Augusto Jaeger Junior**

Mariana Sebalhos Jorge***

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar a evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia ao longo dos anos e o impacto da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Intel*, julgado em 2017. Em um primeiro momento, serão analisadas as redações normativas do ex-artigo 81º do Tratado de Roma e do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que preveem a teoria dos efeitos, e decisões do TJUE que aplicaram a norma unional extraterritorialmente. Em um segundo momento, serão analisados os aspectos fáticos e as conclusões do advogado-geral Nils Wahl no caso *Intel*, bem como a decisão proferida pelo TJUE em dezembro de 2017. Questiona-se, assim, o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso *Intel* a respeito da aplicação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo de uma análise geral da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia até premissas particulares a partir da análise do caso *Intel* e o impacto dessa decisão no alcance extraterritorial da norma. O caso *Intel* amplia o alcance da norma concorrencial da União Europeia para casos ocorridos integralmente no exterior, desde que produzam efeitos “qualificados” no mercado interno. Como hipótese de pesquisa, acredita-se que esta decisão não seja suficiente para consagrar a Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, uma vez que limitou o alcance extraterritorial à existência de efeitos “qualificados”. O caso *Intel*, no entanto, ratifica a Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia e representa um avanço na evolução da aplicação extraterritorial da norma.

Palavras-chave: União Europeia. Direito da concorrência. Teoria dos Efeitos. Extraterritorialidade.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the evolution of the effects doctrine in the European Union’s competition law over the years and the impact of

* Recebido em 14/09/2018
Aprovado em 01/02/2019

** Doutor em Direito Comunitário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFRGS e Professor Permanente do seu programa de Pós-Graduação, em Porto Alegre, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS/CNPq). E-mail: augusto.jaeger@ufrgs.br

*** Doutoranda em direito internacional privado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em direito internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (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

the decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the Intel case judged in 2017. In a first moment they will be analyzed the normative drafting of former Article 81 of the Treaty of Rome and Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which predict the effects doctrine, and decisions of the CJEU that applied the regional norm extraterritorially. In a second moment, will be examined the factual aspects and the conclusions of Advocate General Nils Wahl in the Intel case, as well as the decision of the CJEU. The research problem is: what is the impact of the CJEU's decision in the case Intel on the application of the theory of effects in competition law of the European Union. For this purpose, the deductive method is used, starting from a general analysis of the effects doctrine on the competitive law of the European Union and specifying in the analysis of the case Intel and the impact of this decision. The Intel case extends the scope of the European Union's competition rule to cases occurring wholly abroad, provided that they produce "qualified" effects in the internal market. It is concluded that this decision is not sufficient to enshrine the effects doctrine in the European Union's competition law, since it limited the extraterritorial scope to the existence of "qualified" effects. The Intel case, however, ratifies the effects doctrine in the European Union's competition law and represents a step forward in the evolution of extraterritorial enforcement.

Keywords: European Union. Competition Law. Effects Doctrine. Extraterritoriality.

1 Introdução

A globalização¹, aliada ao desenvolvimento tecnológico e ao aprimoramento das comunicações e dos transportes, foi fundamental para a liberalização do

¹ Andrea Bonomi afirma que "a globalização é um fenômeno extremamente complexo, de natureza sobretudo econômica e social, cujos fatores mais significativos são a redução das barreiras aos intercâmbios internacionais de bens e serviços, a instauração de novos modelos transnacionais de produção, a expansão das comunicações e a criação de uma sociedade da informação de alcance mundial". Esses fatores resultam em "um aumento das relações privadas transfronteiriças, tanto em âmbito mercantil e trabalhista quanto em âmbito familiar e sucessório". BONOMI, Andrea. Globalização e direito internacional privado. In: POSENATO, Naiara (org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186. p. 159.

comércio e o consequente aumento do fluxo comercial internacional, originando atos comerciais que passaram a envolver mais de um país, transformando-se em multijurisdicionais. Com esse cenário, surge, no direito internacional da concorrência, a chamada Teoria dos Efeitos², que permite a um Estado ampliar o alcance da sua legislação extraterritorialmente, julgando em suas cortes, com a aplicação da sua legislação, atos que venham a produzir efeitos no território nacional, ainda que praticados integralmente no exterior³.

Este trabalho analisará a evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao longo dos anos, até um dos mais recentes casos encontrados: o caso *Intel*⁴. Questiona-se, dessa forma, se o caso *Intel* corresponde a uma ratificação da Teoria dos Efeitos no direito unional⁵ da concorrência, reconhecendo o alcance extrater-

² A primeira incidência da Teoria dos Efeitos ocorreu nos Estados Unidos da América, no emblemático caso *Alcoa*. Ver mais em: *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Conforme José Ângelo Estrella Faria, "a aplicabilidade do direito nacional a acordos celebrados no estrangeiro que apenas produzam efeitos indesejados no território nacional encontra respaldo na effects-doctrine no direito norte-americano, que se depreende de uma sentença do Justice Learned, do ano de 1945, no conhecido caso *United States vs. Aluminium Co. of America (ALCOA)*". FÁRIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 27, n. 105, p. 19-46, 1990. p. 27.

³ Conforme Wolfgang Wurmnest, a hostilidade internacional existente contra a Teoria dos Efeitos diminuiu. Afirma que a aplicação da lei antitruste contra a conduta que afeta substancialmente um determinado mercado é amplamente aceita na arena internacional, sendo senso comum que no comércio global, um princípio estrito de territorialidade não pode proteger adequadamente a concorrência. Conclui que um princípio estrito de territorialidade não captura condutas anticompetitivas que ocorram inteiramente no exterior e afetem um mercado interno. Tradução livre de: "*Over the years, however, the international hostility against the effects test has subsided. Today, application of antitrust law against conduct substantially affecting a given market is widely accepted in the international arena. It is common sense that in global commerce, a strict territoriality principle cannot adequately protect competition. It does not capture anticompetitive conduct occurring entirely abroad that affects a domestic market*". WURMNEST, Wolfgang. Foreign Private plaintiffs, global conspiracies, and the extraterritorial application of U.S. Antitrust Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 28, n. 2, p. 205-228, 2005. p. 210.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁵ Este estudo adotará a utilização do termo "unional" em substituição ao termo "comunitário", observando que em 1992 o Tratado da União Europeia, conhecido como Tratado de Maastricht, determinou no seu artigo "A" que as partes contratantes instituíam entre si "uma União Europeia, adiante designada por 'União'", e assinalou "uma nova etapa no processo de criação de uma união

ritorial da norma, mais precisamente dos artigos 101º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Pretende-se, assim, solucionar os seguintes problemas de pesquisa: qual é o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso *Intel* na aplicação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia? O caso *Intel* ratifica a adoção da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, sendo possível afirmar que consagra o alcance extraterritorial da norma?

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise geral do direito unional da concorrência e das primeiras decisões do TJUE que aderiram, ainda que de modo tímido, à Teoria dos Efeitos, até a análise de um caso específico (o caso Intel) julgado em 2017.

O objetivo principal consiste na análise da evolução da aplicação extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia ao longo dos anos e o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso Intel, julgado em 2017. Ainda que o TJUE não tenha afirmado expressamente, em casos anteriores, a adesão à Teoria dos Efeitos, o reconhecimento da competência unional em atos ocorridos integralmente no exterior, que tenham produzido efeito no mercado interno, é um reflexo direto da incidência da Teoria dos Efeitos. Se a sua incidência era realizada de modo tímido pelo TJUE nos casos anteriores, no caso Intel, essa manifestação se torna expressa.

Como hipótese de pesquisa, acredita-se que o caso Intel não consagre a Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, ratificando, apenas, o alcance extraterritorial da norma.

O trabalho, assim, é dividido em duas partes. A primeira destinada a uma análise geral da evolução da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia, iniciando pelas disposições normativas presentes no TFUE, e passando para a análise de casos julgados pelo TJUE: caso *Béguelin Import* (1971); caso *Imperial Chemical Industries Ltd* (1972); caso *Wood Pulp* (1988); e caso *Gencor* (1999). A segunda parte é destinada à análise do caso *Intel* a partir dos aspectos fáticos e das conclusões do advogado-geral Nils Wahl, a fim de serem solucionados os problemas de pesquisa apresentados.

cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>. Acesso em: 26 nov. 2017.

O caso *Intel* corresponde a um marco importante na evolução da Teoria dos Efeitos pelo TJUE, uma vez que amplia o alcance da norma concorrencial da União Europeia para casos ocorridos integralmente no exterior, desde que produzam efeitos “qualificados” no mercado interno. A dúvida que permanece, no entanto, é se essa decisão é suficiente para consagrar a Teoria dos Efeitos no direito concorrencial unional, ou ela, apenas, ratifica o seu alcance extraterritorial.

2 A teoria dos efeitos no direito da concorrência da união europeia

Nesta primeira parte do artigo, o objetivo é realizar uma análise geral do direito da concorrência na União Europeia e a incidência da Teoria dos Efeitos. Em um primeiro momento, serão observados os dispositivos de proibição às práticas anticoncorrenciais existentes no Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia, e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que atualmente vigora.

Em um segundo momento, o foco passará a ser a Teoria dos Efeitos, adotada pelo bloco econômico desde o Tratado de Roma com base na previsão do ex-artigo 81º (também ex-artigo 85º), e que se manteve no artigo 101º do TFUE. Dessa forma, a fim de observar a evolução da aplicação da Teoria dos Efeitos no direito unional concorrencial, serão analisadas decisões do TJUE ao longo dos anos, desde o caso *Béguelin Import* (1971) que ficou conhecido por ser o primeiro a aplicar a norma extraterritorialmente.

2.1 O direito internacional da concorrência na União Europeia

Com o término da 2ª Guerra Mundial, o cenário internacional foi marcado pela internacionalização dos direitos humanos e dos direitos econômicos. Demonstrou-se uma intensa “política internacional de liberalização mercadológica”⁶ com o surgimento de um Direito Internacional Econômico e de um Direito Internacional Concorrencial.

⁶ SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-153, maio 2014. p. 131.

O fenômeno da globalização proporcionou um novo cenário internacional, tanto econômico como político. O desenvolvimento tecnológico fez parte desse 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”⁷. Conforme Octavio Ianni, “a dinâmica do capital, sob todas suas formas, rompe ou ultrapassa fronteiras geográficas, regimes políticos, culturas e civilizações”⁸.

Nesse cenário, o livre-comércio⁹ obteve grande importância para o fenômeno, uma vez que passou a ser defendido pelos adeptos do capitalismo. Aliado a esse novo modo de produção, Joseph Stiglitz afirma que “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”¹⁰.

Uma das consequências diretas da globalização foi a concentração de empresas, afetando o comércio internacional com base no reagrupamento de empresas que antes se distanciavam em seus mercados puramente nacionais. Essa multiplicação das operações de concentrações de empresas “é uma das consequências mais sensíveis da globalização”¹¹. Se a fronteira não é mais um empecilho para as trocas comerciais, esta não pode ser um empecilho para a plena proteção da livre concorrência.

O direito da concorrência e a preocupação com as práticas anticoncorrenciais esteve presente na legislação da União Europeia¹² desde a sua origem, ainda que não

represente uma longa tradição dos Estados europeus¹³ que formam o bloco econômico. Em 1957, foi assinado o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, conhecido como Tratado de Roma, e que marcava o início da então “Comunidade Europeia”. O Tratado de Roma não se destinava a um determinado setor econômico e abrangia todos os ramos da economia entre os Estados-membros e as suas relações com Estados terceiros, sendo considerado um acordo básico com princípios fundamentais¹⁴.

O Tratado de Roma marca não apenas o início da “Comunidade Europeia”, mas também o início da regulação do direito da concorrência no bloco econômico, a partir das previsões contidas entre os ex-articles 81º e 89º. O preâmbulo desse tratado define a criação de uma Comunidade Europeia com base no reconhecimento de que “a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão econômica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência”¹⁵. O ex-artigo 81º passou a proibir os atos suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que possuíssem o objetivo ou o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum; e o ex-artigo 82º proibiu que uma ou mais empresas explorassem, de forma abusiva, uma posição dominante no mercado comum ou em parte substancial deste.

de que para ter grandes empresas multinacionais, adaptadas a um mercado único, é preciso uma contrapartida na proteção ao consumidor e às pequenas empresas. Tradução livre de: “*In EU terms I would say, but it is a very personal view, that competition forms part of a broader social compact. This social compact is along the lines of: if we are to have large multi-national firms, adapted to a single market throughout the European Community, and the economies of scale this will bring, then the ‘quid pro pro’ is some protection for the consumer, and for the smaller firms, through the rules on competition*”. BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*, Boston, v. 34, n. 1, p. 15-20, 1999. p. 18.

¹³ Valéria Guimarães de Lima e Silva afirma que “os países europeus não possuem uma longa tradição concorrencial”, ao contrário dos Estados Unidos da América. Afirma, ainda, que até 1927 apenas dois Estados haviam promulgado leis destinadas ao direito da concorrência: a Noruega e a Alemanha. Nos demais países, o controle às práticas anticoncorrenciais era realizado através do direito civil ou do direito penal. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 185-186.

¹⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 51.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Roma, institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: https://infoeuropa.eu/rocid.pt/files/web/documentos/ue/2002/2002_tratadoCE_compil.pdf. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁷ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 48.

⁸ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 48.

⁹ Conforme Roberto Di Sena Junior, “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”. DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 49.

¹⁰ STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002. p. 30.

¹¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 150.

¹² Conforme Christopher Bellamy, a regulação da concorrência na União Europeia faz parte de um pacto social mais amplo, no sentido

A regulação do direito da concorrência, ainda que não fosse recorrente nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros da União Europeia, esteve presente desde o início da “Comunidade Europeia”, a partir das previsões contidas no Tratado de Roma. Esta regulação visava garantir a consolidação do mercado comum¹⁶. Conforme essa previsão do ex-artigo 81º, é possível perceber que a Teoria dos Efeitos já estava presente no direito concorrencial comunitário, incluindo os atos que possuísem o objetivo ou o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

Em 1992, com o advento do Tratado de Maastricht, foi instituída a União Europeia, não sendo mais aquele processo de integração denominado de Comunidade Europeia. Conforme a previsão contida no artigo “A”, esse tratado assinalava “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos”¹⁷. Atualmente, os dispositivos que regulam o direito unional da concorrência se encontram no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), entre os artigos 101º e 109º (ex-artigos 81º ao 89º do TCE, como visto).

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) possui uma atuação fundamental para o fortalecimento do bloco econômico. O TJUE possui como missão velar para que o direito da União Europeia seja interpretado e aplicado da mesma forma em todos os Estados-membros do bloco, garantindo que as instituições e os Estados-membros respeitem o direito unional¹⁸.

Essa 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

Efeitos¹⁹.

De acordo com Gabriel Valente dos Reis, “a aplicação extraterritorial é uma tentativa, por parte dos Estados, de se protegerem contra condutas anticoncorrenciais estrangeiras”²⁰, 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”²¹.

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”²². A fim de observar a evolução do direito concorrencial no bloco econômico, bem como o seu alcance extraterritorial, é imprescindível a análise das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2.2 A evolução da Teoria dos Efeitos na União Europeia

A União Europeia, influenciada pelo direito norteamericano, adotou a Teoria dos Efeitos desde os primórdios da legislação concorrencial unional, entendendo que “os efeitos são suficientes para fins de

¹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98.

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Maastricht*. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf. Acesso em: 27 jul. 2018.

¹⁸ O artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia assim determina: “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁹ Como afirma Augusto Jaeger Junior, “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, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71. Esta teoria teve o seu início marcado pelo caso Alcoa, julgado pelos Estados Unidos da América, ocorrido entre o United States e a Aluminium Co. of America, em 1945. Caso United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945).

²⁰ REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado: entre a Teoria dos Efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 303-329, 2010. p. 320.

²¹ REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado: entre a Teoria dos Efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 303-329, 2010. p. 320.

²² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

estabelecimento da competência jurisdicional na esfera do mercado comum”²³.

É possível observar a evolução da Teoria dos Efeitos com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao longo dos anos. A primeira decisão que aplicou uma norma comunitária a uma relação envolvendo uma empresa situada fora da União Europeia ocorreu em 1971, no caso *Béguelin Import*. Conforme Valéria Guimarães de Lima e Silva, no entanto, é equivocado afirmar que esse caso representou a consagração da Teoria dos Efeitos na então Comunidade Europeia, uma vez que “se tratava de um litígio privado cujas consequências se produziram somente na esfera civil”²⁴, em que os atos anticoncorrenciais foram praticados no interior da Comunidade. Conforme a autora, esse caso representou a aplicação inicial da Teoria da Unidade Econômica e da Teoria da Implementação²⁵, entendidas como variações da Teoria dos Efeitos.

Em outras decisões do Tribunal de Justiça, no entanto, é possível observar esse caso como um precedente à adoção da Teoria dos Efeitos. No caso *Intel*, caso C-413/14²⁶, que será analisado posteriormente, o Tribunal de Justiça afirmou: “Assim, foi entendido que, no que se refere à aplicação do artigo 101º TFUE, o fato de uma empresa participante num acordo estar situada num Estado terceiro não obsta à aplicação dessa disposição, já que esse acordo produz efeitos no território do mercado interno (acórdão de 25 de novembro de 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, nº 1)”. Como o próprio Tribunal de Justiça remete à decisão do caso 22/71, caso *Béguelin Import*, para justificar a aplicação da Teoria dos Efeitos no caso *Intel*, surge a dúvida de se

ele foi precursor ou não, e a análise do caso torna-se imprescindível.

2.2.1 Caso *Béguelin Import* (1971)

O caso *Béguelin Import*²⁷, caso C-22/71, reflete uma das primeiras decisões em que pode ser observada a incidência do direito concorrencial da União Europeia a uma empresa situada fora do território unional, julgado em 25 de novembro de 1971 pelo Tribunal de Justiça. Nesse caso, o Tribunal de Nice enviou duas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, sobre a interpretação do ex-artigo 85º TCE e do Regulamento nº 67/67 da Comissão Europeia quanto à aplicação do nº 3 do ex-artigo 85º a certas categorias de acordos de exclusividade.

No caso, uma sociedade belga de importação e exportação (*Béguelin*) celebrou um contrato com uma empresa japonesa *Oshawa* em 1967 que lhe assegurava a qualidade de representante exclusivo para a França e para a Bélgica de isqueiros a gás da marca *Win* e que resultou na criação de uma filial da *Béguelin* na França. Posteriormente, a empresa japonesa celebrou contrato semelhante com uma empresa alemã, a sociedade *Marbach*. Em 1969, então, uma sociedade francesa, *G. L. Import Export*, de Nice, adquiriu dezoito mil isqueiros *Win* da sociedade *Marbach*, passando a distribuí-los na França.

As empresas *G. L. Import Export* e *Malbach* foram acionadas pelas empresas *Béguelin*/França e *Béguelin*/Bélgica a fim de que fossem proibidas de vender o isqueiro da marca *Win* em território francês, e que indenizassem pelos prejuízos e danos causados em função da concorrência ilícita e desleal. Nesse caso, a empresa requerente baseou o seu pedido no contrato de representação exclusiva celebrado com a empresa *Oshawa*.

A primeira questão elaborada pelo Tribunal de Nice questionava os acordos não notificados à Comissão quando um produtor estabelecido em um país terceiro concedeu a uma empresa de um Estado-membro o direito exclusivo de distribuir os seus produtos no território desse Estado.

O Tribunal de Justiça afirmou, nesse caso, que, para ser considerado incompatível com o mercado comum e

²³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 239.

²⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 247.

²⁵ Segundo a Teoria da Unidade Econômica da Empresa, “o comportamento deve ser praticado dentro do mercado comum por uma empresa efetivamente situada na Comunidade Europeia, mas é imputado a sua matriz estrangeira ou à empresa que administra o grupo em decorrência da unidade econômica e do comportamento que exista entre elas”. Segundo a Teoria da Implementação, “a empresa não precisa ter qualquer vínculo dentro do mercado comum, sendo o comportamento desmembrado e interpretado de tal forma que é suficiente que o comprador do bem ou do serviço esteja estabelecido na Comunidade para que seja considerado que a conduta foi aí executada”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 106-108.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-22/71. 25 de novembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:113.

proibido nos termos do ex-artigo 85º, um acordo deve ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros e ter por objetivo ou efeito prejudicar a concorrência no mercado comum. O Tribunal afirmou, expressamente, que “a circunstância de uma das empresas signatárias do acordo estar estabelecida num país terceiro não impede a aplicação da referida disposição quando o acordo produz os seus efeitos no território do mercado comum”²⁸.

A resposta do Tribunal de Justiça ao Tribunal de Nice foi no sentido de que um acordo de exclusividade entre um produtor nacional de um país terceiro e um distribuidor estabelecido no mercado comum está abrangido pela proibição do ex-artigo 85º quando impede, de direito ou de fato, que “o distribuidor reexporte os produtos em causa para outros Estados-membros, ou que esses produtos sejam importados de outros Estados-membros para a zona protegida e aí sejam distribuídos por pessoas diferentes do concessionário ou dos seus clientes”.

Conforme Valéria Guimarães de Lima e Silva, esse caso não reflete a incidência da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial unional e, sim, a utilização da teoria da unidade econômica e da teoria (do local) da implementação, que são fundadas “na localização do comportamento anticoncorrencial, e não nos efeitos por ele causados”²⁹. No entanto, é preciso observar que o caso *Intel*, julgado em 2017, utilizou o caso *Béguelin Import* como precedente para a incidência da Teoria dos Efeitos. Nesse sentido, Luca Prete afirma que o TJUE, no caso *Béguelin*, adotou, ainda que timidamente, um critério baseado nos efeitos³⁰.

2.2.2 Caso Imperial Chemical Industries Ltd (1972)

O caso C-48/69³¹ foi, também, um dos primeiros a aplicar o direito concorrencial da então Comunidade Europeia extraterritorialmente. Esse caso envolveu empresas produtoras de corantes que adotaram práticas que resultaram em aumentos de preços e que estavam situadas tanto dentro do território unional como fora. Um dos questionamentos remetidos para o Tribunal de Justiça visava esclarecer se as empresas com sede no exterior do mercado comum (a *Imperial Chemical Industries* no Reino Unido, a *Geigy* e a *Sandoz* na Suíça), poderiam estar sujeitas a sanções pecuniárias devido a sua participação em práticas concertadas anticoncorrenciais realizadas no interior do mercado comum.

A empresa recorrente nesse caso possuía sede social fora da Comunidade Europeia e, por esse motivo, alegava que a Comissão não possuía competência para lhe aplicar multas por atos que tivessem sido praticados no exterior da Comunidade. O Tribunal de Justiça utilizou a Teoria da Unidade Econômica da Empresa³², abrangendo, extraterritorialmente, o direito concorrencial do bloco, ao entender que a recorrente utilizou “do seu poder de autoridade sobre as suas filiais estabelecidas na Comunidade” para ampliar o preço do produto dentro do mercado comum.

O Tribunal de Justiça afirmou, assim, que “quando a filial não possui uma autonomia real na determinação de uma linha de ação no mercado, as proibições constantes do n° 1 do artigo 85º podem ser consideradas como inaplicáveis às relações entre ela e a sociedade-mãe, com a qual forma uma unidade econômica”³³. Entendeu, en-

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. C-22/71. 25 de novembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:113.

²⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 247.

³⁰ Dedução a partir de tradução livre de: “Even if in a very early case it seemed to timidly endorse an effect criterion (*Béguelin*), in its subsequent caselaw the Court of Justice had, until recently, always avoided taking a clear position on its validity (either under the EU merger regulation or for the purposes of Articles 101 and 102 TFEU)”. PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487-495, Oct. 2018. p. 3.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.

³² Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse caso, “considerou que uma empresa-mãe pode ser responsável pela conduta das suas filiais, em especial quando a filial, apesar de ter personalidade jurídica distinta, não decide de forma independente sobre o seu próprio comportamento no mercado, mas realiza, em todos os aspectos materiais, as instruções dadas pela empresa-mãe”. Tradução livre de: “It held that a parent company may be responsible for the conduct of its subsidiaries, in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 35.

³³ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.

tão, que a recorrente poderia influenciar a política dos preços de venda das suas filiais no mercado comum de forma determinante e que esta utilizou esse poder no momento dos aumentos de preços ocorridos em 1964, 1965 e 1967. Concluiu que a recorrente “quem realizou a prática concertada no interior do mercado comum”³⁴.

Afirma-se que este foi o primeiro caso em que o Tribunal impôs multas para empresas situadas fora do território da Comunidade Europeia, ainda que a afirmação da incidência da Teoria dos Efeitos tenha sido tímica³⁵. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, a Teoria da Unidade Econômica da Empresa “serviu ao TJUE com o objetivo de evitar o reconhecimento explícito da Teoria dos Efeitos, embora a ampliação do âmbito de aplicação do direito da concorrência da União Europeia se referisse aos efeitos sobre o então mercado comum”³⁶. Afirmam, ainda, que a fragilidade dessa teoria se tornou rapidamente evidente quando participantes das práticas concertadas estavam estabelecidos fora do mercado comum e sem uma filial no território da União Europeia, como ocorreu no caso *Wood Pulp*³⁷.

2.2.3 Caso Wood Pulp (1988)

O caso *Wood Pulp*³⁸ foi julgado em 27 de setembro de 1988. Esse caso envolveu um número significativo de empresas de diferentes países que violaram as normas concorrenciais do bloco ao “fixarem o preço de polpas de madeira de sulfato branco por elas fabricadas e comercializadas no mercado comum”, reduzindo, também, o “volume produtivo com o intuito de manter o preço da matéria-prima alto, o que levou à afetação do comércio intracomunitário e da estrutura concorrencial em toda a Comunidade”³⁹.

Conforme decisão do TJUE, essas infrações teriam consistido em uma prática concertada entre os produtores sobre os preços anunciados trimestralmente aos clientes estabelecidos na Comunidade, com base em recomendações de preços feitas pela *Pulp Paper and Paperboard Export Association of the United States* (designada como “KEA”). A decisão do TJUE determinou que “quando esses produtores se concertam sobre os preços que proporcionarão aos seus clientes estabelecidos na Comunidade e põem em prática essa concertação, vendendo a preços efetivamente coordenados, participam numa concertação que tem por objetivo e por efeito restringir a concorrência no mercado comum, na acepção do artigo 85º do Tratado”⁴⁰.

Para justificar a competência comunitária, o TJUE afirmou que, em matéria de repressão de acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, “o que é determinante é o lugar da respectiva execução, e não o da sua celebração”, afirmando que “pouco importa que os produtores tenham, ou não, recorrido a filiais, agentes, subagentes ou sucursais estabelecidos na Comunidade com vista a estabelecer contatos entre eles e os compradores que nela estão estabelecidos”⁴¹.

As empresas recorrentes, membros da KEA, alegaram que essa aplicação era contrária ao direito internacional público, violando o Princípio da Não Intervenção. Afirmaram que “a aplicação do artigo 85º prejudicou o interesse que têm os Estados Unidos em promover as atividades de exportação das suas empresas, interesse consagrado na lei *Webb-Pomerene* de 1918, em virtude da qual as associações de exportação, como a KEA, escapam à aplicação das leis antitrust americanas”⁴².

internacionais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 244.

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.

³⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 244.

³⁶ Tradução livre de: “*The doctrine of ‘single economic unit’ served the CJEU for the purpose of avoiding explicit recognition of the effects doctrine, although essentially the broadening of the scope of application of EU competition law was all about the effects on the then common market*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. *EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 35.

³⁷ MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. *EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 35.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

³⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos*

⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴² O Tribunal de Justiça da União Europeia rebateu esse argumento: “sem que seja necessário tomar posição quanto à existência de semelhante regra em direito internacional, bastará reconhecer que as condições da sua aplicação, em qualquer caso, não estão preenchidas. Com efeito, não há, no caso em apreço, contradição entre o comportamento prescrito pelos Estados Unidos e o prescrito pela Comunidade, dado que a lei *Webb-Pomerene* se limita a excluir a aplicação das leis antitrust americanas em relação à formação de cartéis de exportação, sem impor a celebração de tais acordos. Aliás, convém sublinhar que as autoridades dos Estados Unidos não levantaram objeções com base no eventual conflito de competência, quando foram consultadas pela Comissão em conformidade com a recomendação do Conselho da OCDE, de 25 de outubro de 1979 (Atos da Organização, volume 19, p. 376), relativa à cooperação

Nesse sentido, o TJUE argumentou que “as principais fontes de abastecimento em pasta de madeira estão situadas fora da Comunidade”, de modo que o mercado tem, como consequência, uma dimensão mundial. Assim, quando produtores estabelecidos em países terceiros efetuam vendas diretamente a compradores estabelecidos na Comunidade, concorrendo entre si em matéria de preços, há concorrência no mercado comum. Conforme o TJUE, “fazer depender a aplicabilidade das proibições estabelecidas pelo direito da concorrência do lugar da formação do acordo redundaria evidentemente em fornecer às empresas um meio fácil para se subtraírem às referidas proibições”⁴³, defendendo, assim, que o lugar da execução do acordo é que é determinante.

Percebe-se, na decisão, a incidência da norma comunitária a uma relação entre empresas estrangeiras, com base na justificativa de que os efeitos do ato estrangeiro interferiam, diretamente, no mercado interno. Ainda que o TJUE não tenha utilizado a expressão “efeitos” e sim “execução”, percebe-se, nesse caso, a incidência da Teoria dos Efeitos com a ampliação do alcance extraterritorial da norma comunitária concorrencial, com base na Teoria da Implementação.

Nesse caso, “a única conexão com o território da União Europeia foi a venda das mercadorias para o mercado interno”⁴⁴, de modo que não era possível ampliar o alcance da lei concorrencial com base na Teoria da Unidade Econômica da Empresa como no caso *Imperial Chemical Industries Ltd.* Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, “o TJUE não estava pronto para assumir a Teoria dos Efeitos mas procurava um meio alternativo para justificar a jurisdição da União Europeia”⁴⁵.

dos Estados-membros em caso de práticas comerciais restritivas que afetem as trocas internacionais”. UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴⁴ Tradução livre de: “*In WoodPulp the single link to the EU territory was sale of the products into the EU market*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 36.

⁴⁵ Tradução livre de: “*Again, the CJEU was not prepared to embark on the “effects doctrine” but looked for an alternative way to justify the EU jurisdiction. The reason was probably the political position in EU, especially in UK, against the “effects doctrine” in the US, to which legal scholars provided scientific support by labelling it contrary to the principle of the sovereignty of States*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 36.

2.2.4 Caso Gencor (1999)

No processo T-102/96⁴⁶, julgado em 25 de março de 1999, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou um ato de concentração de empresas sul-africanas, uma vez que os efeitos desse ato de concentração seriam sentidos no interior do mercado comum. O caso envolveu as empresas *Gencor Ltd* (sul-africana), *Impala Platinum Holdings Ltd* (sul-africana), a *Lonrho Pic* (inglesa), *Lonrho Platinum Division* (sul-africana).

Uma consequência do acordo de concentração seria a eliminação das relações de concorrência que existiam, anteriormente, entre a *Implats* e a *LPD*, designadamente no que respeita às suas vendas na Comunidade, o que alteraria a estrutura da concorrência no interior do mercado comum, uma vez que, em lugar de três fornecedores sul-africanos, apenas restariam dois.

Na decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que, quando for “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”. A empresa recorrente argumentou que a posição dominante não afetaria mais a Comunidade do que qualquer outra entidade competente, afirmando que, inclusive, afetaria a Comunidade a um nível inferior ao de outros mercados. O TJUE fundamentou:

O fato de, no contexto de um mercado mundial, outras partes do mundo serem afetadas pela concentração não impede a Comunidade de fiscalizar uma operação de concentração que afeta substancialmente a concorrência no interior do mercado comum devido à criação de uma posição dominante.⁴⁷

No caso, o TJUE manteve a decisão do Tribunal Geral e afastou o argumento da empresa recorrente de que a Comissão não possuía competência para apreciar o ato de concentração em questão. O TJUE entendia que o elemento decisivo para justificar a jurisdição comunitária era a implementação do ato dentro da União Europeia, não importando o local onde o acordo, a decisão ou a prática concertada haviam sido firmados⁴⁸.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. T-102/96. 25 de março de 1999. ECLI:EU:T:1999:65.

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. T-102/96. 25 de março de 1999. ECLI:EU:T:1999:65.

⁴⁸ Tradução livre de: “*Thus, the rule at the time was that the location where an agreement, decision or a concerted practice is formed does not play a role, while the decisive element was the implementation within the EU*”. MALNAR,

2.3 A aplicação da Teoria dos Efeitos na União Europeia

Os casos analisados demonstram a aplicação tímida que a Teoria dos Efeitos teve nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia ao longo dos anos. É possível afirmar que a União Europeia adota, sim, a Teoria dos Efeitos desde os primórdios do bloco. Já no Tratado de Roma em 1957, é visível a previsão do ex-artigo 81º que determinava a proibição dos atos que possuíssem o objetivo ou o simples efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Essa previsão foi mantida no atual artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Observa-se que, conforme a previsão normativa, o mero efeito de um ato que impeça, restrinja ou falseie a concorrência no mercado comum já resulta na sua proibição. A inserção da palavra “efeito” nesses dispositivos permite afirmar que a União Europeia adota a Teoria dos Efeitos desde o início da regulação do direito concorrencial unional.

A partir das decisões acima, percebe-se que a Teoria dos Efeitos foi aplicada ao longo dos anos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda que de forma tímida. O TJUE amplia a sua competência para relações jurídicas ocorridas fora do território da União, quando essas relações jurídicas interferem no mercado comum. Ainda que não seja uma aplicação agressiva da Teoria dos Efeitos, tal como o fazem os Estados Unidos da América, é possível perceber que a União Europeia aplicou as suas normas unionais extraterritorialmente ao longo dos anos.

A aplicação extraterritorial esteve, no entanto, disfarçada entre a Teoria da Unidade Econômica da Empresa e a Teoria da Implementação, por meio da recusa em assumir, explicitamente, a Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia. A aplicação dessas teorias, “embora difira teoricamente da Teoria dos Efeitos, possui consequências práticas parecidas com as que decorrem da aplicação dessa, podendo acarretar, inclusive, uma extensão jurisdicional quase tão ampla quanto aquela apresentada pela aplicação da Teoria dos Efeitos”⁴⁹.

Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 38.

⁴⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Cu-

Ao mencionar os casos *Wood Pulp* e *Gencor*, Jurgen Basedow⁵⁰ afirma que uma conduta praticada fora da União por uma empresa estrangeira pode estar sujeita à legislação comunitária em matéria de concorrência, caso as restrições anticoncorrenciais ocorram na União Europeia. Conforme o autor, essa abordagem estava sendo caracterizada como “Princípio dos Efeitos Disfarçados”⁵¹, o que seria muito próximo à Teoria dos Efeitos.

Com base nessas teorias, o alcance extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia exigia que o ato possuísse uma ligação com o território do mercado comum, seja pela presença de uma filial ou pela implementação de comportamentos anticoncorrenciais. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, essas teorias revelaram as suas limitações práticas, uma vez que a legislação da União Europeia não se aplicaria a um acordo firmado externamente que proibisse vendas no interior do mercado comum⁵². Essas limitações práticas resultaram na decisão do caso *Intel*, em 2017, em que o TJUE deixou de evitar a Teoria dos Efeitos.

ritiba: Juruá, 2008. p. 108.

⁵⁰ BASEDOW, Jurgen. International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1037-1052, 2000. p. 1040.

⁵¹ Tradução livre de: “*Even if that is not the case, conduct carried out outside the Community by a foreign corporation may still be subject to Community competition law if the restrictions of competition are to be implemented within the Community. This approach has been characterized as an ‘effects principle in disguise’ and it comes very close to the effects principle indeed, although some differences remain*”. BASEDOW, Jurgen. International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1037-1052, 2000. p. 1040.

⁵² Tradução livre de expressão contida na passagem: “*However, just like the doctrine of a ‘single economic unit’, the ‘implementation’ doctrine soon revealed its practical limitations. Under these doctrines combined, EU competition law operates with a requirement that there be an adequate link to the EU territory, be it in the form of the presence of a subsidiary, or the implementation of anticompetitive conduct within that territory. However, when comparing the EU ‘implementation’ doctrine and the US ‘effects’ doctrine, the noted divergence arises out of the fact that under the former the EU law would not apply to a situation where an agreement entered into outside the EU prohibits sales within the EU or purchases from EU producers, whereas under the latter the US competition law would be applicable provided that such an agreement is directed at the US market. This proved to be true in Intel where the CJEU eventually ceased avoiding the ‘effects’ doctrine*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 39.

3 O caso Intel e a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia

Nesta segunda parte do artigo, o objetivo é analisar o processo C-413/14, julgado em setembro de 2017, que ratificou a Teoria dos Efeitos na União Europeia. Esse processo, conhecido como caso *Intel*, manteve a linha que o Tribunal de Justiça da União Europeia seguia em casos anteriores. No entanto, reconheceu a competência unional quando o ato produziu efeitos “qualificados” no mercado interno, independentemente de esse ter sido celebrado no território da União Europeia.

Assim, em uma primeira parte serão analisados os aspectos fáticos do caso *Intel* a partir da prática anticoncorrencial ocorrida, da manifestação da Comissão e do Tribunal Geral até o recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Serão analisadas, ainda, as conclusões elaboradas pelo advogado-geral Nils Wahl, em 2016, que reconheceu a importância da Teoria dos Efeitos, mas reforçou a cautela que a sua aplicação deve possuir.

Em um segundo momento, será analisada a decisão do TJUE proferida em setembro de 2017, que reconheceu a incidência da Teoria dos Efeitos, utilizando a expressão “efeitos qualificados”. Dessa forma, quando o ato produzir efeitos “qualificados” no mercado interno da União estará ratificada a competência unional, sendo possível a aplicação dos artigos 101º e seguintes do TFUE, independentemente do local em que ocorrer o ato.

3.1 Caso *Intel*: aspectos fáticos e conclusões do advogado-geral

O processo C-413/14⁵³, julgado no dia 6 de setembro de 2017, representa a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia. Tem por objeto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral interposto pela empresa *Intel Corporation Inc.*⁵⁴

⁵³ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁵⁴ A *Intel Corporation Inc.* é uma sociedade de direito americano que assegura a concessão, o desenvolvimento, o fabrico e a comercialização de microprocessadores e de outros componentes semicondutores. O mercado em causa corresponde ao dos processadores, em especial os CPU x86 que permite o funcionamento dos sistemas operativos Windows e Linux. UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

(*Intel*), com sede nos Estados Unidos da América, que questionava, entre outras questões, a competência da Comissão tendo em vista o âmbito territorial. Diante de uma denúncia apresentada pela empresa *Advanced Micro Devices Inc.* (AMD) em outubro de 2000, a Comissão iniciou uma investigação, procedendo a inspeções em instalações na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália e no Reino Unido.

Em decisão controvertida, a Comissão descreveu dois comportamentos anticoncorrenciais da *Intel* em relação aos seus parceiros comerciais: descontos condicionais e restrições que se destinavam a excluir um concorrente do mercado dos CPU x86. O primeiro comportamento consistia na concessão de descontos a grandes fabricantes de equipamentos informáticos, “*Original Equipment Manufacturers*”, denominadas ao longo da decisão como OEM (*Dell, Lenovo, HP e NEC*), na condição de estas lhe comprarem todos os respectivos CPU x86. O segundo comportamento consistia na concessão de pagamentos às OEM para travarem, anularem ou limitarem a comercialização de produtos equipados com CPU da empresa AMD. Por esse motivo, a Comissão concluiu pela existência de uma infração única e continuada ao artigo 102º do TFUE e ao artigo 54º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, aplicando uma multa no valor de 1,06 mil milhões de Euros.

Em recurso ao Tribunal Geral, a *Intel* questionou a competência territorial da Comissão para proferir uma decisão contra os fatos em questão. A decisão do Tribunal Geral determinou que “para justificar a competência da Comissão à luz do direito internacional público, bastava provar os efeitos qualificados da prática ou a sua execução na União Europeia”⁵⁵. Pelo entendimento do Tribunal Geral, “os efeitos substanciais, previsíveis e imediatos que o comportamento da *Intel* poderia produzir no Espaço Económico Europeu (EEE) permitiam

⁵⁵ Conforme Wouter Wils, ao analisar os efeitos do ato, é preciso considerar se a empresa em questão exerce uma posição dominante ou não. Afirma que os efeitos do que pode parecer uma mesma prática podem ser muito diferentes dependendo se a empresa que adota a prática é dominante ou não. Tradução livre de: “*The nature and effects of what may look like the same practice can be very different depending on whether the undertaking adopting the practice is dominant or not. Moreover, by providing for Article 102 TFEU in addition to Article 101 TFEU, the EU Treaties have chosen to treat dominant undertakings differently from non-dominant undertakings*”. WILS, Wouter. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 37, n. 4, p. 405-434, 2014. p. 428.

justificar a competência da Comissão”⁵⁶.

Um novo recurso foi submetido ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em que a *Intel* alegou, em um dos seus fundamentos, a aplicação incorreta dos critérios relativos à competência da Comissão em relação aos acordos celebrados entre a *Intel* e a *Lenovo* entre os anos de 2006 e 2007. Na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), é possível observar os fundamentos que permeiam a Teoria dos Efeitos, e que justificam a competência territorial da Comissão.

As conclusões do advogado-geral Nils Wahl, referentes a esse caso, foram apresentadas no dia 20 de outubro de 2016. Este afirma que é “especialmente importante que a competência seja estabelecida com uma certa cautela quando esteja em causa um comportamento que, em rigor, não teve lugar no território da União Europeia”⁵⁷.

O advogado-geral adota uma postura de cautela quanto à aplicação da Teoria dos Efeitos e afirma que “por uma questão de cortesia, e pela mesma ordem de ideias, para garantir que as empresas possam exercer a sua atividade num quadro jurídico previsível, os efeitos do comportamento em causa só podem ser utilizados como critério de atribuição da competência com grande prudência, sobretudo nos dias de hoje”. Sustenta que existem, atualmente, mais de cem autoridades nacionais ou supranacionais no mundo que se consideram competentes em matéria de práticas concorrenciais.

Ao analisar o artigo 101º TFUE, Nils Wahl alega que a previsão está longe de dar à Comissão uma “carta branca” para aplicar o direito da concorrência da União a qualquer comportamento, independentemente do local onde este ocorra e da existência ou não de um vínculo claro com o território da União. Conforme o advogado-geral, as disposições do artigo 101º TFUE “têm por objeto comportamentos anticoncorrenciais coletivos ou unilaterais dentro do mercado interno”⁵⁸.

Nils Wahl afirma que vários “advogados-gerais já sugeriram ao Tribunal de Justiça que adotasse, no domínio do direito da concorrência, uma abordagem à competência *ratione loci* baseada nos efeitos”, mas que,

até aquele momento (2016), o Tribunal de Justiça não havia ratificado ou rejeitado essa teoria expressamente. No entanto, os casos já mencionados revelam, sim, a adoção da Teoria dos Efeitos, de forma tímida. Ainda que o Tribunal de Justiça da União Europeia não tenha afirmado, expressamente, que adota a Teoria dos Efeitos, a incidência da norma unional a uma relação ocorrida integralmente fora do território da União é um reflexo direto dessa teoria.

O advogado geral afirma, ainda, que “a aplicação das regras de concorrência da União a um comportamento específico só pode ser justificada se esse comportamento tiver efeitos imediatos, substanciais e previsíveis no mercado interno”, reconhecendo que é possível traçar “um paralelismo óbvio com as regras da concorrência aplicáveis nos Estados Unidos da América (EUA)”⁵⁹. Nils Wahl afirma que a postura adotada pela União Europeia é semelhante à postura adotada pelos Estados Unidos da América no *Sherman Act*⁶⁰. Defende, assim, que os efeitos devem ser diretos (ou imediatos), substanciais e previsíveis, denominados de efeitos “qualificados”. Em suas palavras: “o teor dos artigos 101º e 102º TFUE não justifica a aplicação do direito da União pela Comissão a comportamentos que não tenham um efeito ‘qualificado’ no território da União Europeia”⁶¹.

⁵⁹ O advogado-geral afirma: “podemos traçar aqui um paralelismo óbvio com as regras da concorrência aplicáveis nos Estados Unidos da América (EUA): A section 1 do Sherman Antitrust Act estabelece uma proibição geral das restrições ao comércio sem quaisquer limites geográficos, razão pela qual, em 1982, o Congresso norte-americano aprovou o Foreign Trade Antitrust Improvement Act (a seguir ‘FTAIA’) (191), com vista a clarificar (e, possivelmente, restringir) a aplicação extraterritorial do Sherman Antitrust Act. O FTAIA dispõe, nomeadamente, que as regras antitrust norte-americanas não se aplicam a comportamentos praticados no estrangeiro, salvo se tiverem um efeito direto, substancial e razoavelmente previsível nos EUA. No acórdão Empagran, o Supremo Tribunal dos EUA concluiu, no contexto da interpretação do Sherman Act e do FTAIA, que não era razoável aplicar a legislação dos EUA a um comportamento praticado no estrangeiro quando os danos dele resultantes fossem independentes de qualquer dano interno”. UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016. ECLI:EU:C:2016:788.

⁶⁰ Os Estados Unidos da América foram 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 concorrência. Este, porém, se mostrou insuficiente para a garantia da liberdade concorrencial, não garantindo, eficientemente, a segurança e a previsibilidade que era desejada pelos agentes econômicos, tendo sido substituído em 1914 pelo *Clayton Act*. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65.

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016. ECLI:EU:C:2016:788.

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016. ECLI:EU:C:2016:788.

O entendimento da doutrina, antes da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, era de que o caso *Intel* oferecia à União Europeia a oportunidade de igualar a sua jurisprudência à jurisprudência dos Estados Unidos da América, como destacou Peter Behrens⁶². Uma decisão que igualasse a jurisprudência da União Europeia à jurisprudência dos Estados Unidos da América poderia representar a consagração da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência unional.

3.2 A decisão do TJUE

Se o advogado-geral Nils Wahl afirmou que até 2016 o Tribunal de Justiça não havia se manifestado expressamente sobre a adesão à Teoria dos Efeitos, após a decisão do caso *Intel*, essa realidade não é mais a mesma. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, não há outro acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia que tenha despertado tanta atenção nos últimos dois anos como este do caso *Intel*, e um dos motivos é que essa decisão ratificou o alcance extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia⁶³. No mesmo sentido, Pablo Ibáñez Colomo afirma que, na última década, nenhum julgamento foi aguardado tão ansiosamente quanto essa decisão do caso *Intel*⁶⁴.

O TJUE iniciou a sua decisão referindo que importa examinar, em um primeiro momento, o argumento da *Intel* de que o Tribunal Geral admitiu, sem razão, que o

critério dos efeitos qualificados pode servir de fundamento à competência da Comissão. Destaca-se, assim, nessa decisão que as regras de concorrência da União previstas nos artigos 101º e 102º do TFUE possuem como objeto os comportamentos, coletivos ou unilaterais, das empresas que limitam a concorrência dentro do mercado interno. Segundo o TJUE, enquanto o artigo 101º do TFUE proíbe os acordos ou práticas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, o artigo 102º proíbe a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em uma parte substancial deste.

Na decisão do TJUE afirma-se que restou compreendido no caso *Béguelin Import*⁶⁵, julgado em 1971, que o fato de uma empresa participante em um acordo estar situada em um Estado terceiro não obsta a aplicação do artigo 101º do TFUE, já que esse acordo produz efeitos no território do mercado interno.

No voto, o TJUE afirma que o critério dos efeitos qualificados possui como objetivo detectar comportamentos que, ainda que não tenham sido adotados no território da União, produzam efeitos anticoncorrenciais capazes de repercutir no mercado da União, concluindo que a *Intel* “não tem razão quando afirma que o critério dos efeitos qualificados não pode servir de fundamento à competência da Comissão”, e considerando esse argumento improcedente.

Em um segundo momento, passou à análise do argumento subsidiário apresentado pela *Intel*, de que, mesmo admitindo que o critério dos efeitos qualificados é aplicável nesse caso, os acordos celebrados com a *Lenovo* em 2006 e 2007 não produzem efeitos previsíveis, imediatos e substanciais no mercado interno da União, referenciando o número limitado de produtos em causa. O TJUE, em sua decisão, destacou os argumentos utilizados pelo Tribunal Geral, referindo que o critério dos efeitos qualificados permite justificar a aplicação do direito da concorrência da União quando o comportamento em causa produzir efeitos imediatos e

ECLI:EU:C:2016:788.

⁶² Tradução livre de: “*The extraterritorial reach of EU competition rules has always been a very sensitive problem. The more the EU as well as foreign States such as the US extend the ‘long arm’ of their laws so as to reach conduct on foreign territory, the more likely it becomes that jurisdictional conflicts will arise. It is nevertheless to be welcome that the Intel case provides an opportunity for the ECJ to align its jurisprudence with US jurisprudence*”. BEHRENS, Peter. *Discussion Paper n° 3/16: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ*. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016. p. 14.

⁶³ Tradução livre de: “*There is hardly another judgement of the Court of Justice of the EU (CJEU) that sparked so much attention over the last couple of years as the one in Intel.2 This was a long awaited judgement for at least two reasons. For one thing, in its overturning quality this judgment is paving a way for the new direction of antitrust enforcement in respect of exclusive dealings and fidelity rebates. And for another, it is no less than a clear endorsement of the effects doctrine in determining the reach of the EU competition law beyond the EEA borders*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. *EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 57.

⁶⁴ Tradução livre de: “*No judgment in the past decade has been awaited as eagerly as the appeal ruling in Intel*”. COLOMO, Pablo Ibáñez. *The future of article 102 TFEU after Intel*. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v. 9, n. 5, p. 293-303, 2018. p. 293.

⁶⁵ Conforme trecho da decisão, observa-se a referência ao caso *Béguelin Import*: “Assim, foi entendido que, no que se refere à aplicação do artigo 101º TFUE, o facto de uma empresa participante num acordo estar situada num Estado terceiro não obsta à aplicação dessa disposição, já que esse acordo produz efeitos no território do mercado interno (acórdão de 25 de novembro de 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, n.º 11)”. UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

substanciais no mercado interno. Destaca, ainda, que, para determinar se a Comissão dispõe da competência necessária para aplicar ao caso o direito da concorrência da União, deve-se considerar o comportamento da empresa envolvida em âmbito global.

Conforme o TJUE, ainda que os acordos celebrados com a *Lenovo* envolvessem a remessa de CPU à China, estes produziram um efeito imediato no mercado interno da União, uma vez que, conforme foi destacado pelo Tribunal Geral, “basta ter em conta os efeitos prováveis de um comportamento na concorrência para que se verifique o requisito da exigência de previsibilidade”. O TJUE ratificou o voto do Tribunal Geral, uma vez que o comportamento da *Intel*, em relação à *Lenovo*, configurava uma estratégia global delineada para que nenhum computador portátil da *Lenovo* equipado com CPU da AMD estivesse disponível no mercado, incluindo o mercado interno da União, o que corrobora os efeitos desses acordos.

No voto do TJUE, é possível observar a manutenção da decisão proferida pelo Tribunal Geral, alegando que este:

Não cometeu um erro de direito ao considerar que, perante uma estratégia como a desenvolvida pela *Intel*, havia que ter em consideração o comportamento da empresa no seu conjunto para apreciar a natureza substancial dos seus efeitos no mercado da União e do EEE⁶⁶.

O TJUE entendeu que o comportamento da *Intel*, em relação à *Lenovo*, fazia parte de uma estratégia global para impedir o acesso da AMD aos canais de venda mais importantes do mercado, o que não foi negado pela empresa recorrente. Conforme o Tribunal de Justiça, “proceder de maneira diferente conduziria a uma fragmentação artificial de um comportamento anticoncorrencial global, suscetível de afetar a estrutura do mercado no EEE, numa série de comportamentos distintos, suscetíveis de escapar à competência da União”⁶⁷. Esse caso, julgado em 2017, reforça o caráter extraterritorial da legislação concorrencial unional, baseada na Teoria dos Efeitos.

A empresa norte-americana questionou a competência territorial tanto perante o Tribunal Geral como perante o Tribunal de Justiça, obtendo a mesma resposta.

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

O Tribunal Geral afirmou que, para justificar a competência da Comissão, bastava “provar os efeitos qualificados da prática ou a sua execução na União Europeia”. O TJUE ratificou o posicionamento do Tribunal Geral, e reiterou que o critério dos efeitos qualificados possui como objetivo detectar comportamentos que produzam efeitos anticoncorrenciais capazes de repercutir no mercado da União, ainda que não tenham sido praticados no território da União⁶⁸.

Como visto, a União Europeia regula o direito da concorrência desde a criação da Comunidade Europeia, em 1957, uma vez que a proibição das práticas anticoncorrenciais era uma necessidade em uma integração regional que visava atingir um mercado comum. O caso *Intel*, julgado em 2017, corresponde a uma ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência unional.

3.3 O avanço necessário para a futura consagração da Teoria dos Efeitos na União Europeia

Ainda que a Teoria dos Efeitos tenha sido aplicada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia de forma tímida nos casos anteriores, e, no caso *Intel*, enseja que os efeitos sejam “qualificados”, a sua presença no direito concorrencial unional é incontestável. Quando uma prática anticoncorrencial produz os chamados efeitos “qualificados” dentro do mercado interno, a norma concorrencial unional é incidente, independentemente do local que tenha sido praticado o ato (dentro ou fora do território da União).

Conforme Peter Behrens, o caso *Intel* oferecia uma oportunidade para o TJUE alinhar a sua jurisprudência com a jurisprudência dos Estados Unidos da América, afirmando que os “braços longos das duas jurisdições finalmente se tornariam igualmente longos”⁶⁹. Afirmava

⁶⁸ O Tribunal de Justiça assim determina: “ora, o critério dos efeitos qualificados prossegue o mesmo objetivo, a saber, detectar comportamentos que, embora não tenham sido adotados no território da União, produzem efeitos anticoncorrenciais suscetíveis de se repercutir no mercado da União. Assim, a *Intel*, apoiada pela ACT, não tem razão quando afirma que o critério dos efeitos qualificados não pode servir de fundamento à competência da Comissão”.

⁶⁹ Tradução livre de: “*The extraterritorial reach of EU competition rules has always been a very sensitive problem. The more the EU as well as foreign States such as the US extend the ‘long arm’ of their laws so as to reach conduct on foreign territory, the more likely it becomes that jurisdictional conflicts will arise. It is nevertheless to be welcome that the Intel case provides an opportunity for the ECJ to align its jurisprudence with US jurisprudence. Both jurisdictions’ ‘long arms’ would finally become equally long.*”. BEHRENS, Peter. *Discus-*

que não haveria mais refúgio seguro que as empresas pudessem usar para se envolver em restrições da concorrência⁷⁰. A exigência de efeitos “qualificados”, no entanto, limitou uma possível aplicação ampla e irrestrita da Teoria dos Efeitos.

Davide Guadagnino afirma que a doutrina dos efeitos qualificados confere à Comissão poderes para aplicar os artigos 101º e 102º do TFUE quando um comportamento anticoncorrencial possuir um efeito imediato, substancial e previsível no mercado interno⁷¹. Assim, “uma vez que a conduta seguida pela *Intel* tinha o potencial de prejudicar o mercado único, a Comissão Europeia foi considerada competente para punir as condutas da *Intel*”⁷².

O caso *Intel* ratificou a aplicação da Teoria dos Efeitos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2017. Tanto a Comissão como o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça da União Europeia condenaram a empresa norte-americana *Intel Corporation Inc.* pela existência de uma infração única e continuada ao artigo 102º do TFUE e ao artigo 54º do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu, aplicando uma multa no valor de 1,06 mil milhões de euros. Tanto o Tribunal Geral como o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceram a competência unional com base na incidência dos efeitos “qualificados” no mercado interno, ou seja, efeitos diretos (ou imediatos), substanciais ou previsíveis.

No âmbito da aplicação da lei da concorrência e da jurisdição da Comissão para decidir os processos antitrustes contra atividades localizadas fora da União Europeia, a decisão do caso *Intel* “finalmente resolve o dilema duradouro de se a Teoria dos Efeitos é parte

do direito da concorrência da União Europeia”⁷³. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, com a confirmação explícita da doutrina dos “efeitos qualificados”, ratifica-se a extraterritorialidade da lei concorrencial unional.

Segundo Luca Prete, o TJUE, com base na decisão no caso *Intel*, “alinhou o alcance de aplicação das regras de concorrência da UE com o de vários outros países, e, em particular, dos Estados Unidos da América”⁷⁴. Afirma, ainda, que o julgamento do caso *Intel* pode ser considerado como um passo significativo na busca por uma abordagem equilibrada do alcance extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia pelo TJUE⁷⁵. Observa, no entanto, que o TJUE tratou o tema com brevidade, afastando a possibilidade de uma consagração desse alcance extraterritorial a partir do caso *Intel*.

Em uma abordagem crítica, é preciso mencionar que a aplicação do direito concorrencial extraterritorialmente apresenta reflexos negativos. Esses reflexos negativos são, às vezes, capazes de gerar uma competição regulatória danosa no sistema internacional e interferem diretamente na atuação das empresas em nível mundial. Entre esses reflexos negativos que a aplicação

sion Paper n° 3/16: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016. p. 14.

⁷⁰ BEHRENS, Peter. *Discussion Paper n° 3/16*: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016. p. 14.

⁷¹ GUADAGNINO, Davide. The curious case of Intel Corporation v European Commission: loyalty rebates under EU law. *Rivista Eurojus*, Milano, 2018. p. 4.

⁷² Tradução livre de: “Most notably, this doctrine empowers the Commission to apply Article 101 and 102 TFEU whereas an anti-competitive conduct may have an immediate, substantial and foreseeable effect within the EEA. Since the conduct pursued by Intel had the potential to impair the Single Market, the European Commission was found to have jurisdiction and punish Intel’s conducts”. GUADAGNINO, Davide. The curious case of Intel Corporation v European Commission: loyalty rebates under EU law. *Rivista Eurojus*, Milano, 2018. p. 4.

⁷³ Tradução livre de: “On the scope of application of the EU competition law and the associated Commission jurisdiction to decide the antitrust cases against persons and activities located outside the EU, the CJEU judgment in Intel finally settles the long-lasting dilemma of whether the effects doctrine is part of the EU competition law. With the explicit confirmation of the “qualified effects” doctrine, the triangle of alternative legal bases has been completed. This “extraterritoriality triangle” now should capture all anti-competition situations, which might be detrimental to the competition structure on the internal market”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 57.

⁷⁴ Conforme o autor, as regras do Sherman Act, como determinou o Foreign Trade Antitrust Improvement Act, são inaplicáveis à conduta estrangeira, salvo quando esta tenha um efeito direto, substancial e previsível no país. Tradução livre de: “On the one hand, the judgment is clear and unambiguous in, finally, embracing a qualified effect test for the purposes of Articles 101 and 102 TFEU. This is a major development: the Court has aligned the reach of the system of enforcement of EU competition rules to that of several other countries, and in particular of the United States”. PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487–495, Oct. 2018. p. 7.

⁷⁵ Tradução livre de: “The judgment in Intel may be regarded as a step – and a significant one – in the Court of Justice’s quest for such a balanced approach. However, because of its brevity on the point, the EU Courts will most likely be called upon, in future cases, to clarify and refine their case-law on such a key and sensitive issue”. PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487–495, Oct. 2018. p. 9.

extraterritorial gera, “destacam-se o aumento de diversos custos de transação e o risco de decisões divergentes ou inconsistentes, em particular no controle dos atos de concentração”⁷⁶. A aplicação extraterritorial de um direito é capaz de interferir, ainda, na harmonia internacional, com possibilidade de gerar uma eventual fragmentação do direito internacional. A realidade existente atualmente intensificou a interdependência entre os Estados, incentivando a cooperação e a integração⁷⁷.

Ao abordar a fragmentação do direito internacional, Raphael Carvalho de Vasconcelos destaca a redução do papel do Estado nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional, afirmando que as normas internacionais, cada vez mais, se desprenderam dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderiram “a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais”⁷⁸.

A aplicação extraterritorial, no entanto, atua como uma valiosa alternativa de proteção concorrencial em um mundo globalizado. Conforme Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira, em um mundo globalizado, as atividades das empresas não são limitadas ao território de um único país, de modo que “uma prática realizada em um país pode perfeitamente provocar efeitos significativos na economia de outro país”, afirmando que “vários Estados, portanto, estão envolvidos por esses efeitos e estão propensos a controlá-los para a proteção de seus mercados e de sua política econômica”⁷⁹.

Com base na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Intel*, é possível afirmar que o TJUE reconhece o alcance extraterritorial da norma concor-

rencial unional perante aqueles atos que produzam efeitos “qualificados” no mercado interno da União, ratificando, expressamente, a incidência da Teoria dos Efeitos. A necessidade de qualificar os efeitos atua, no entanto, como uma limitação à aplicação ampla e irrestrita da Teoria dos Efeitos, não sendo visível, ainda, uma aplicação tal como existe na jurisprudência dos Estados Unidos da América⁸⁰. Conforme Karla Margarida Martins Santos, “a aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência também se verifica no Direito Comunitário Europeu, porém de forma menos agressiva quando comparada à do direito norte-americano”⁸¹.

É possível questionar, dessa forma, se essa ratificação da Teoria dos Efeitos pela União Europeia seria capaz de gerar uma competição regulatória danosa, prejudicando a livre concorrência. A aplicação extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia, ainda que tenha sido ratificada com base na decisão do caso *Intel*, não se equipara à aplicação extraterritorial exercida pelos Estados Unidos da América. Os aspectos negativos que o alcance extraterritorial da norma concorrencial apresenta aparentam ser menos graves que a

⁸⁰ Conforme Karla Margarida Martins Santos, “apesar das críticas em torno da adoção do alcance extraterritorial das decisões envolvendo direito antitruste, nos Estados Unidos, sua aplicabilidade tem sido reiterada pelas autoridades antitruste nos casos de investigação a cartéis internacionais. [...] Com efeito, a edição do Foreign Trade Antitrust Improvement Act, em 1982, estabeleceu a incidência da jurisdição antitruste norte-americana sobre condutas que tivessem efeito ‘direto, substancial e razoavelmente previsível’ sobre o comércio dos Estados Unidos, inclusive sobre suas exportações”. SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 59-91, 2012. p. 78-79.

⁸¹ SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 59-91, 2012. p. 79. Conforme Valéria Guimarães de Lima e Silva, a prática dos Estados Unidos da América é, por vezes, tida como exorbitante, agressiva, excessiva, abusiva, inconsistente, extremada e paradoxal. Afirma que os Estados Unidos da América “lidera a produção de leis reguladoras [...], procurando aplicá-las extraterritorialmente; no campo diplomático, pressiona outros países a adotarem legislações [...] baseadas nos valores e princípios norte-americanos, firma acordos [...] em matéria concorrencial a partir dessa finalidade — o que lhe garante uma posição de vantagem nas negociações em separado com cada país e lhe assegura que os acordos não terão caráter obrigatório, o que significa que somente serão aplicados quando houver interesse — e, finalmente, utiliza lobbies e outros instrumentos de pressão visando impedir a criação de mecanismos internacionais de regulação (o país tem se mostrado categoricamente contrário à regulação internacional da concorrência [...])”. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 55.

⁷⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013. p. 100.

⁷⁷ Conforme Vasconcelos: “De fato, a nova realidade histórica – global e pós-moderna – verificada atualmente nas relações internacionais parece ter intensificado de maneira bastante nítida a interdependência, fenômeno que repercutiu no direito internacional, pós-positivista e pós-nacional, no incremento das chamadas iniciativas de cooperação e integração”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, 2011. p. 349.

⁷⁸ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, 2011. p. 357.

⁷⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013. p. 98.

impossibilidade de coibir uma prática anticoncorrencial que, apesar de ter ocorrido integralmente no exterior, gerou efeitos significativos na economia interna de determinado país. Ou, nesse caso, na economia do mercado interno da União Europeia.

4 Considerações finais

Este trabalho analisou a evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao longo dos anos, até um dos mais recentes casos encontrados: o caso *Intel*. Pretendeu, assim, identificar o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso *Intel* na aplicação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia, analisando se este ratificou a adoção da Teoria dos Efeitos e se seria possível afirmar que consagrou o alcance extraterritorial da norma.

O trabalho foi dividido em duas partes. A primeira parte da pesquisa destinou-se a uma análise geral do direito concorrencial da União Europeia, com base nos primeiros dispositivos legais destinados à proibição dos atos anticoncorreciais até a legislação vigente atualmente. Após breve análise do ex-artigo 81º e do atual artigo 101º TFUE, foi possível observar que a Teoria dos Efeitos está presente no direito da concorrência da União desde a sua vigência, em 1957. A análise da evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia foi realizada, assim, com base nas decisões proferidas pelo TJUE ao longo dos anos. Foram analisados os seguintes casos: *Béguelin Import* (1971)⁸²; *Imperial Chemical Industries Ltd* (1972)⁸³; *Wood Pulp* (1988)⁸⁴ e *Gencor* (1999)⁸⁵. A adoção da Teoria dos Efeitos nesses casos ocorria de modo tímido, de modo que a aplicação extraterritorial se disfarçava entre a Teoria da Unidade Econômica da Empresa e a Teoria da Implementação, diante da recusa em assumir, explicitamente, a Teoria dos Efeitos no direito da concorrência

da União Europeia.

A segunda parte da pesquisa, então, destinou-se à análise do caso *Intel*⁸⁶, com base em seus aspectos fáticos, dos argumentos apresentados pelas partes, pelo advogado-geral, pela Comissão, pelo Tribunal Geral e, finalmente, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O TJUE, no caso *Intel*, afirmou, expressamente, que “o critério dos efeitos qualificados prossegue o mesmo objetivo, a saber, detectar comportamentos que, embora não tenham sido adotados no território da União, produzem efeitos anticoncorreciais suscetíveis de se repercutir no mercado da União”⁸⁷.

Conclui-se que o caso *Intel*, julgado em 2017, representa a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia. A manifestação explícita do TJUE, ao utilizar a expressão “efeitos qualificados” para justificar a competência unional, é a ratificação de uma teoria que, apesar de já ser utilizada anteriormente, era tímida e se escondia por meio de diferentes nomenclaturas. Contudo, a necessidade de qualificar os efeitos, não se pode deixar de reconhecer, não permite que se fale de uma aplicação ampla e irrestrita da Teoria dos Efeitos, nem de uma aplicação tal como existe na jurisprudência dos Estados Unidos da América. Ainda assim, para além da mera ratificação, o caso *Intel* representa um avanço na busca pela consagração da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia.

Referências

- BASEDOW, Jurgen. International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1037-1052, 2000.
- BEHRENS, Peter. *Discussion Paper n° 3/16: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ*. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016.
- BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*, Boston, v. 34, n. 1, p. 15-20, 1999.
- ⁸² UNIÃO EUROPEIA. C-22/71. 25 de novembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:113.
- ⁸³ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.
- ⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.
- ⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. T-102/96. 25 de março de 1999. ECLI:EU:T:1999:65.
- ⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.
- ⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

- BONOMI, Andrea. Globalização e direito internacional privado. In: POSENATO, Naiara (org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.
- COLOMO, Pablo Ibáñez. The future of article 102 TFEU after Intel. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v. 9, n. 5, p. 293-303, 2018.
- DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003.
- FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 27, n. 105, p. 19-46, 1990.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GUADAGNINO, Davide. The curious case of Intel Corporation v European Commission: loyalty rebates under EU law. *Rivista Eurojus*, Milano, 2018.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487-495, Oct. 2018.
- REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado: entre a Teoria dos Efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 303-329, 2010.
- SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 59-91, 2012.
- 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, v. 2, n. 1, p. 130-153, maio 2014.
- STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, 2011.
- WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- WILS, Wouter. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 37, n. 4, p. 405-434, 2014.
- WURMNEST, Wolfgang. Foreign Private plaintiffs, global conspiracies, and the extraterritorial application of U.S. Antitrust Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 28, n. 2, p. 205-228, 2005.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.