

O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS E A LEI Nº 8.884: A EXTRATERRITORIALIDADE REVISITADA(1)

Nota:

(1) As opiniões expressas neste artigo são as do autor e não necessariamente refletem a posição oficial da Organização das Nações Unidas.



José Ângelo Estrella Faria

Advogado;

*Oficial da Subdivisão de Direito Comercial Internacional, Departamento Jurídico da Organização das Nações Unidas (ONU);
Secretário do Grupo de Trabalho sobre Comércio Eletrônico da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial
Internacional (UNCITRAL);*

*Mestre em Direito Europeu (Magister juris Europaei) pelo Instituto Europeu da Universidade de Saarland, Alemanha;
Sócio fundador da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI).*

e-mail: jose.estrella-faria@uncitral.org

I. Introdução; II. O Âmbito de Aplicação Territorial do Direito da Concorrência Face ao Direito Internacional Público; III. A Prática Européia e a Norte-Americana; IV. O Reconhecimento da Extraterritorialidade em Tratados e Convenções Internacionais; V. O Controle de Concentrações de Empresas e o Ressurgimento dos Conflitos Internacionais; VI. O Direito Brasileiro e as Concentrações de Empresas Estrangeiras; VII. Conclusão; VIII. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

O aumento dos fluxos internacionais de capitais e a crescente integração econômica das últimas décadas têm gerado uma concentração empresarial sem precedentes⁽²⁾ da qual resultam cada vez menos competidores independentes⁽³⁾. Seja por meio de fusões ou incorporações, seja através de acordos operacionais, como no caso da aviação civil, os últimos anos produziram uma série de megaempresas e conglomerados multinacionais, aptos a afetar a concorrência nos diversos mercados nacionais em que atuam.

Nota:

(2) No apogeu da última onda de fusões da economia norte-americana, em 1999, houve um volume total de operações de concentração estimado em 1,7 trilhões de dólares, com uma projeção global de negócios da ordem de 3,4 trilhões, segundo dados do Departamento da Justiça. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/icpac/chapter2.htm#chp2a>>. Acesso em: 24 fev. 2004.

(3) "Paradoxically, the increased globalization resulting from GATT-WTO trade liberalization has increased the opportunities of private parties to engage in international, anticompetitive behavior" (Kevin C. Kennedy, "Symposium: Global Trade Issues in the New Millennium: Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization", *George Washington International Law Review*, v. 33 (2001), p. 585; 602).

Essa realidade desafia as políticas nacionais de promoção da livre concorrência, de prevenção de dominação de mercados e de repressão dos abusos de posição dominante, três dos objetivos essenciais da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, de conformidade com a ordem econômica contemplada na Constituição Federal. A capacidade do Poder Executivo e dos tribunais nacionais de fazer face a práticas transnacionais restritivas da concorrência depende dos meios a seu alcance para assegurar o cumprimento do direito nacional de concorrência por empresas sediadas no estrangeiro.

O presente artigo trata do primeiro pressuposto para a aplicação do direito nacional: a competência legislativa para regular práticas restritivas da concorrência originadas no estrangeiro. O primeiro capítulo estuda a relação entre o direito internacional público e o âmbito de aplicação territorial do direito da concorrência. O segundo capítulo discute a prática internacional na aplicação extraterritorial do direito da concorrência, em particular nos Estados Unidos e na União Européia. O terceiro capítulo apresenta o tratamento dado à jurisdição extraterritorial em acordos bilaterais sobre cooperação entre autoridades antitruste. No quarto capítulo, estudam-se os conflitos internacionais relativos ao controle de concentrações de empresas. O quinto e último capítulo tece algumas considerações sobre o direito brasileiro.

II. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO TERRITORIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA FACE AO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Diz-se haver uma aplicação extraterritorial do direito da concorrência, quando um país aplica a sua lei a práticas restritivas da concorrência ocorridas total ou parcialmente no estrangeiro. O fundamento da assim chamada(4) aplicação extraterritorial do direito nacional são regras de aplicação da lei no espaço, também conhecidas por normas de colisão(5), que submetem à lei nacional certas situações com elementos de estraneidade. Tais normas de colisão distinguem-se das normas de direito de internacional privado, ou normas de conflito(6) na medida em que as últimas podem conduzir à aplicação de direito estrangeiro, ao passo que as normas de colisão do direito da concorrência definem as condições de aplicação do direito nacional, não se admitindo a aplicação de direito estrangeiro em uma matéria reputada de ordem pública(7). O conjunto de normas de colisão referentes às práticas restritivas da concorrência chama-se direito internacional da concorrência(8).

Nota:

(4) Embora esta expressão aqui empregada seja de uso corrente, ela é de certa forma enganosa, porquanto nenhum sistema jurídico prescinde do mínimo de relação com o seu território.

(5) Usa-se aqui, em interesse da brevidade, a expressão normas de colisão (do alemão, Kollisionsnormen), embora não se trate propriamente de uma situação de “colisão de normas”. Expressões mais precisas, tais como normas sobre a aplicação da lei no espaço, seriam, por sua extensão, inconvenientes.

(6) Do francês règles de conflit (em inglês conflict-of-laws rules).

(7) Cf. Michel Haymann, *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts*, tese, Baden, 1974, p. 257 e ss.; veja-se igualmente Jürgen Basedow, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 264 (1997), p. 9-178, p. 33-35. Note-se porém, a sugestão de alguns autores de que, em vista das limitações inerentes aos diversos elementos de conexão, seria preferível buscar uma solução de direito internacional privado que levasse em consideração, entre outros fatores, os interesses legítimos dos diferentes países envolvidos (Jean-Gabriel Castel, *The Extraterritorial Effects of Antitrust Law*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 179 (1983), p. 9-144, p. 105-116). Há por fim, quem defenda que o reconhecimento recente da arbitrabilidade em certos aspectos dos litígios com base no direito da concorrência teria demonstrado a obsolescência dos obstáculos à aplicação de direito da concorrência estrangeiro (Laurence Idot, “Les conflits de lois em droit de la concurrence”, *Journal de Droit International*, n. 2, 1995, p. 321-340).

(8) Cf. Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*, 7ª ed., München, 1995, p. 881 e s.

Ao contrário da Lei nº 4.137, que não continha disposição expressa a respeito, o art. 2º da Lei nº 8.884 contém uma norma de colisão que define claramente o âmbito de aplicação territorial do direito da concorrência brasileiro ao dispor:

“Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele possam produzir efeitos”. (salvo o grifo)

A ressalva feita pelo legislador em favor de “convenções e tratados de que seja signatário o Brasil” parece atribuir precedência a normas contrárias de direito internacional, pelo menos no que se refere ao direito internacional codificado. O dispositivo não é claro, porém, no que se refere ao direito costumeiro internacional, fonte de direito de igual hierarquia(9) em que pesem as dificuldades em sua prova e aplicação(10). Em qualquer hipótese, cabe indagar se existe alguma norma de direito internacional, costumeira ou codificada, que imponha limites à liberdade do legislador de submeter ao direito nacional práticas total ou parcialmente cometidas no estrangeiro pela simples razão de que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional, nos moldes do art. 2º da Lei nº 8.884.

Nota:

(9) O artigo 38, parágrafo 1º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça reconhece expressamente o “costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como lei” (“international custom, as evidence of a general practice accepted as law”) dentre as fontes de direito internacional aplicadas pela Corte.

Nota:

(10) Para que se prove a existência de uma norma de direito costumeiro internacional é necessário, segundo a Corte Internacional de Justiça, não apenas que “the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*” (North Sea Continental Shelf Cases (Alemanha/Dinamarca; Alemanha/Países Baixos), International Court of Justice Reports, 1969, p. 3, (Judgment of Feb. 20), p. 44). As possíveis fontes incluem uma variedade de textos, tais como “diplomatic correspondence, policy statements, press releases, the opinions of official legal advisers, official manuals on legal questions, . . . executive decisions and practices, . . . comments by governments on drafts produced by the International Law Commission, state legislation, international and national judicial decisions, recitals in treaties and other international instruments, a pattern of treaties in the same form, the practice of international organs, and resolutions relating to legal questions in the United Nations General Assembly”(Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ª ed., Oxford, 1990, p. 5).

É bem verdade que na falta de dispositivo constitucional que preveja expressa ou tacitamente a precedência do direito internacional público sobre o direito interno, a violação de uma norma de direito internacional pelo legislador brasileiro em princípio não afetaria a validade interna da norma nacional contrária(11). Independentemente, porém, do fundamento jurídico interno que tal norma possa ter, controvérsias em matéria sensível como os conflitos de jurisdição em direito da concorrência são sempre indesejáveis, em vista do seu possível impacto sobre as relações internacionais, como demonstra a experiência de outros países.

Nota:

(11) Entendimento constante do Supremo Tribunal Federal desde que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 -SE, em 1º de junho de 1977, afirmou a filiação do Brasil à teoria dualista e a igualdade hierárquica entre os tratados internacionais ratificados pelo país e as leis federais, com a consequência de que a lei posterior pode revogar disposição de tratado anterior (Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 84, p. 809).

A problemática das relações entre o direito internacional e a definição do campo de aplicação territorial do direito nacional da concorrência envolve dois aspectos: 1º) se a edição de normas de colisão pelo legislador nacional pressupõe uma autorização do direito internacional, e 2º) se o direito internacional prescreve aos Estados princípios específicos para a escolha do critério respectivo, por exemplo, a nacionalidade dos envolvidos, seu domicílio ou o lugar onde o ato surta efeitos (12).

Nota:

(12) Veja-se o resumo da discussão em Faria, José Angelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Revista de Informação Legislativa, n. 105, p. 19-46, jan./mar. 1990.

Apesar de algumas opiniões contrárias(13), admite-se geralmente que, no estágio atual do direito internacional, a determinação do âmbito de aplicação do direito interno, mesmo a situações estrangeiras, é uma forma típica do exercício da soberania nacional, que não se presume limitada pelo direito internacional público, salvo por norma contrária expressa(14). A essa conclusão já chegara a Corte Permanente de Justiça Internacional na famosa sentença do caso Lotus(15). Após constatar que as restrições à soberania dos Estados não se presumem(16), a Corte afirmou a liberdade dos Estados para o exercício de atos de jurisdição em seu próprio território, inclusive para a adoção de regras aplicáveis a situações de fato ocorridas no estrangeiro(17). Até onde se pode vislumbrar não houve mudança sensível no estado do direito internacional público desde a época daquela sentença(18).

Nota:

(13) Cf. Verzeijl, J.H.W. The Controversy Regarding the So-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws. Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, v. 8 (1961), p. 3 e ss.

(14) Cf. Georg Dahm, Völkerrecht, 2ª ed., tomo I, Berlin-New York, 1989, p. 319 e ss.; vejam-se mais referências em Werner Meng, Neuere Entwicklung in Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, v. 41 (1981), p. 469-512; p. 470, nota 5.

(15) Recueil des Arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale, série A, n. 10 - 1927, p. 10 e ss. Nesse caso, a Corte foi chamada a dirimir um conflito de jurisdição entre a França e a Turquia resultando de uma colisão em alto-mar entre o navio francês Lotus e o vapor turco Buz-Kourtu. A colisão produziu vítimas fatais, tendo os comandantes de ambos navios sido condenados por homicídio culposo na Turquia. O comandante do Lotus invocou sem sucesso a incompetência dos tribunais turcos. Antes do julgamento de um recurso de cassação os governos francês e turco acordaram em submeter o caso à apreciação da Corte Permanente de Justiça Internacional.

(16) Ibidem, p. 18.

(17) "Longe de proibir de maneira geral aos Estados de estender suas leis e sua jurisdição a pessoas, bens e atos fora do território, ele deixa-lhes, nesse aspecto, uma ampla liberdade, que não é limitada senão em certos casos, por regras proibitivas; para os outros casos cada Estado permanece livre para adotar os princípios que julgar melhores ou mais convenientes." (Ibidem, p. 19).

(18) Michel Haymann, supra nota 6, p. 291, com referências.

Quanto à escolha dos elementos de conexão, dividem-se uma vez mais as opiniões entre os que postulam pela liberdade do legislador nacional de adotar as normas que julgar mais convenientes e aqueles que entendem estarem os Estados obrigados a observar um catálogo exaustivo de elementos de conexão(19).

Nota:

(19) Cf., para uma visão geral, Meng, supra nota 13, p. 71.

A última opinião transpõe para o direito internacional da concorrência a discussão relativa à aplicação extraterritorial da lei penal, a qual a doutrina admite, em geral, com base em dois princípios: o princípio da territorialidade (em suas variantes objetiva e subjetiva) e o princípio do bem juridicamente protegido. De acordo com o princípio da territorialidade subjetiva, os Estados podem editar normas que se apliquem a delitos cometidos em seu território, mesmo quando os efeitos da conduta se produzirem fora deste(20). Conforme o princípio da territorialidade objetiva, os Estados têm competência para baixar normas

que tenham por objeto uma conduta levada a cabo no estrangeiro, desde que: a) uma parte dessa conduta, enquanto elemento constitutivo do tipo penal, se tenha produzido no território; e b) a conduta ou omissão seja, também no estrangeiro, elemento constitutivo do delito(21). A doutrina do direito internacional reconhece por fim o princípio do bem juridicamente protegido, o qual justifica a aplicação do direito penal nacional a delitos com elementos de estraneidade, quando estes ferirem interesses de ordem superior ou bens jurídicos vitais do Estado(22).

Nota:

(20) Noel Allen, *The Development of European Economic Community Jurisdiction over Alien Undertakings*, *Legal Issues in European Integration*, v. 2 (1974), p. 38 e s., ver também art. 29 da Resolução da International Law Association de agosto de 1972, in Mathias Meessen, *Die New Yorker Resolution der International Law Association zu den völkerrechtlichen Grundsätzen des Internationalen Kartellrechts*, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1972, p. 562 e s.

(21) Meessen, *ibid.*, p. 562; Allen, *ibid.*, p. 39; Haymann, *supra* nota 6, p. 294 e ss.

(22) Haymann, *supra* nota 6, p. 311.

A competência dos Estados de reprimir práticas restritivas da concorrência praticadas em seu território é praticamente inquestionável. A controvérsia acerca da aplicação extraterritorial do direito da concorrência tem girado de fato em torno da aplicabilidade do direito nacional a acordos celebrados no estrangeiro com fundamento em que estes produzem efeitos indesejados no mercado interno. A chamada doutrina dos efeitos ("effects doctrine"), originária dos Estados Unidos, foi enunciada pela primeira vez em 1945 na conhecida sentença da Corte de Apelação do Segundo Circuito no caso *United States vs. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, na qual se afirmou que qualquer país pode impor sanções a pessoas que não sejam seus súditos por conduta ocorrida no estrangeiro que produza efeitos repressíveis no seu território(23).

Nota:

(23) *United States vs. Aluminium Co. of America*, *United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit*, 12 de março de 1945, *Federal Reporter*, 2nd Series, v. 148, p. 416 (148 F.2d 416). Nesse caso, diversos produtores de alumínio de diferentes países haviam pactuado um cartel de quotas na Suíça. A empresa americana acusada não havia participado diretamente do cartel, mas sim sua subsidiária canadense. Embora a conduta relevante se houvesse consumado integralmente no estrangeiro, o que excluía a aplicação do princípio da territorialidade, o tribunal americano considerou que o cartel estava sujeito às sanções do direito antitruste americano porque tinha efeitos "diretos e substanciais" nos Estados Unidos, visto ser "settled law that any state may impose liabilities upon persons not within its allegiance for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends" (*ibid.*, p. 444).

Essa fórmula foi veementemente atacada por alguns autores, principalmente por não corresponder ao catálogo tradicional de elementos de conexão do direito penal internacional(24). Outros aceitam em princípio a teoria dos efeitos, enquanto transposição para o direito antitruste internacional do princípio do bem juridicamente protegido, ou princípio da segurança(25), sujeitando-a, porém a certos elementos de territorialidade que lhe assegurem a efetividade, à semelhança da lei penal(26).

Nota:

(24) Cf., em lugar de muitos, Frederick A. Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 111 (1964), p. 1-161; p. 100-108, e as referências na nota 206; Ignaz Seidl-Hohenveldern, "Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts", *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1971, p. 54 e ss., com referências. Veja-se também a crítica mais recente de Coppel, Jason. "A Hard Look at the Effects Doctrine of Jurisdiction under Public International Law". *Leiden Journal of International Law*, v. 6, n. 1, p. 73-90, Apr. 1993.

(25) Assim, pelo menos, a posição inicial de José Carlos de Magalhães ("Aplicação extraterritorial de leis nacionais", em Franceschini e Franceschini,

Poder Econômico: Exercício e Abuso, São Paulo, 1985, p. 663).

(26) Cf. José Carlos de Magalhães, *As leis da concorrência e a globalização: a competência extraterritorial do CADE*, em J. Kleinheisterkamp e G. Lorenzo Idiarte (orgs.) *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina-Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideu, 2002, p. 365-377: “Se os responsáveis por condutas restritivas da concorrência não estiverem no Brasil, a lei brasileira não os pode alcançar, pela simples razão de que estão sob a jurisdição de outro Estado. Ainda que pretenda o país submeter à sua jurisdição tal conduta, falta-lhe a condição de efetividade, que é a possibilidade de exercer tal jurisdição sobre os responsáveis, fisicamente localizados em jurisdição alheia”(ibid, p. 375).

O fato, porém, de que a teoria dos efeitos não figure entre os elementos de conexão clássicos do direito penal não a torna contrária ao direito internacional pela simples razão de que este não impõe a observância de um catálogo específico de elementos de conexão(27). Sequer para o direito penal internacional pode-se dizer que a soberania estatal esteja adstrita ao princípio da territorialidade, em suas diferentes versões, como reconheceu a Corte Permanente de Justiça Internacional no caso Lotus, ao constatar que “se é verdade que o princípio da territorialidade do direito penal constitui a base de todas as legislações, não é menos verdadeiro que todas ou quase todas as legislações estendem suas ações a delitos cometidos fora do território de acordo com sistemas que variam de Estado a Estado” (28).

Nota:

(27) Haymann, *supra*, nota 6, p. 309 e s.; no mesmo sentido Jean-Gabriel Castel, que conclui: “The traditional rules of criminal jurisdiction which are recognized by international law are not to be relied upon as the sole guide in the field of antitrust law when the infringement of such laws carries penalties” (*supra*, nota 6, p. 35). Uma razão adicional para cautela na transposição automática de princípios de aplicação extraterritorial da lei penal para o direito da concorrência reside em que, como salienta Werter Faria, “as infrações especificadas nas leis contra o abuso do poder econômico não constituem tipos com as características do conteúdo ou matéria das normas penais” (*Constituição Econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência*, Porto Alegre, 1990, p. 152).

(28) V. *Recueil des Arrêts*, série A, n. 10, 1927, p. 20. A Corte foi ainda mais além e reconheceu inexistir qualquer regra de direito internacional que vedasse à Turquia levar em conta o fato de que os efeitos do delito se produziram no seu território para fins de exercício de sua competência penal (*ibid.* p. 23).

Não surpreende, portanto, que a doutrina tenha negado qualquer caráter exaustivo aos princípios do direito penal internacional, principalmente para fins de aplicação analógica ao direito internacional da concorrência(29). A conclusão doutrinária encontra apoio na prática de muitos países que formularam suas normas de colisão mais ou menos no sentido da fórmula do caso Alcoa. Nesse contexto é sintomático que, salvo poucas objeções de princípio, como de parte do Reino Unido (30) e do Japão(31), a maioria dos protestos contra o procedimento dos tribunais americanos fundou-se seja em relevante interesse público da nação estrangeira, seja na inexistência de efeitos substanciais no território norte-americano(32). É bem verdade que a prática internacional não é absolutamente clara, mesmo porque durante décadas a maioria dos casos provinha essencialmente dos tribunais norte-americanos, sendo apenas há pouco tempo que também se pode falar de uma prática contínua da União Européia(33) nesse sentido. Não existe, porém, um número significativo de protestos diplomáticos que permita concluir por uma rejeição universal ou sequer majoritária, da “effects doctrine” (34).

Nota:

(29) Cf. Meng, *supra* nota 13, p. 502, nota 115.

(30) A posição do Reino Unido foi resumida em um aide-mémoire submetido à Comissão Européia em 1969 nos seguintes termos: “[...] the United Kingdom government have for their part consistently objected to the assumption of extra-territorial jurisdiction in anti-trust matters by the courts or authorities of a foreign state when that jurisdiction is based upon what is termed the ‘effects doctrine’ – that is, the doctrine that territorial jurisdiction over conduct which has occurred wholly outside the territory of that State claiming jurisdiction may be justified because of the resulting economic ‘effects’ of such conduct within

the territory of that State” (apud Brownlie, supra, nota 9, p. 312).

(31) O Japão sustenta que a “effects doctrine” não pode ser considerada como uma norma reconhecida pelo direito internacional (cf. Takaaki Kojima, *International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy*, p. 6. Disponível em: <<http://www.wcfia.harvard.edu/fellows/papers01-02/kojima.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

(32) Meng, supra nota 13 p. 503.

(33) Usa-se aqui, por pura conveniência, a expressão oficiosa e de uso corrente “União Européia”. A expressão tecnicamente correta, no presente contexto, seria “Comunidade Européia”, que desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht substituiu a antiga denominação “Comunidade Econômica Européia”. A “União Européia” é uma entidade mais abrangente, e portanto, não idêntica à expressão “Comunidade Européia”, ainda oficialmente em uso, a qual constitui o primeiro “pilar” da União Européia.

(34) Meessen, supra nota 19, p. 150 e ss.

Pode-se em síntese afirmar não apenas que a edição de normas de aplicação extraterritorial prescinde de qualquer título autorizativo de direito internacional, como também que os Estados não se encontram vinculados a um ou outro elemento de conexão aceito ou preconizado pela doutrina. Uma semelhante limitação da soberania somente existiria se o próprio direito internacional determinasse a observância de um catálogo restrito de elementos de conexão, um postulado cuja validade até hoje não se provou. Ao contrário, como se verá a seguir, da contínua aplicação prática da teoria dos efeitos em diversos sistemas jurídicos⁽³⁵⁾, sobretudo nos Estados Unidos e na União Européia, resultaram não apenas usos internacionais, mas também acordos interestatais que reconhecem o exercício de competência extraterritorial com base no lugar em que as práticas anticoncorrencias produzem seus efeitos.

Nota:

(35) Veja-se o panorama da prática internacional quanto à escolha de elementos de conexão em Jürgen Basedow , supra, nota 6, p. 47-123.

III. A PRÁTICA EUROPÉIA E A NORTE-AMERICANA

A. Estados Unidos

A legislação antitruste básica dos Estados Unidos é o Sherman Act (36), que considera em geral ilícito qualquer contrato, acordo ou conspiração que restrinja o comércio entre os estados da federação ou com nações estrangeiras, sendo culpada de crime a pessoa que crie ou tente criar um monopólio. O controle de concentrações de empresas é exercido nos Estados Unidos com fundamento na seção 7 do Clayton Act (37), aplicável tanto a fusões com efeito anticoncorrencial imediato, quanto àquelas aptas a reduzir substancialmente a concorrência no futuro⁽³⁸⁾.

Nota:

(36) Sherman Antitrust Act, de 2 de julho de 1890, codificado como título 15, seções 1 a 2 do United States Code, (15 U.S.C. §§ 1-2).

(37) Clayton Antitrust Act, de 15 de outubro de 1914, codificado como título 15, seção 18 do United States Code (15 U.S.C. § 18).

(38) 15 U.S.C. § 18.

Grande parte das atividades na área de concentração de empresas nos Estados Unidos compõe-se de autorizações prévias e notificações de conformidade com o Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act (39), de 1976, o qual sujeita as

fusões que excedam certos valores(40) ao controle prévio do Departamento da Justiça ou da Federal Trade Commission, a quem cabe determinar se a concentração reduzirá significativamente a concorrência no mercado relevante(41). Em princípio, qualquer operação de concentração apta a produzir efeitos nos Estados Unidos recai sob a alçada das autoridades antitruste americanas, ainda que tenha “um aspecto internacional” (42). No exercício de sua atribuição regulamentar, a Federal Trade Commission, ao mesmo tempo em que aumentou os patamares mínimos para a notificação de incorporações promovidas fora dos Estados Unidos por empresas estrangeiras possuidoras de bens nos Estados Unidos, estendeu a obrigação de notificação para incorporações de empresas estrangeiras por empresas estrangeiras ou norte-americanas desde que a empresa controlada exporte bens para os Estados Unidos em valor superior a US\$ 50.000.000 (50 milhões de dólares) (43).

Nota:

(39) Codificado como título 15, seção 18(a) do United States Code (15 U.S.C. § 18(a)).

(40) “(A) in excess of \$ 200,000,000 [...] or

“(B) (i) in excess of \$ 50,000,000 [...]but not in excess of \$ 200,000,000 [...] and (ii) (I) any voting securities or assets of a person engaged in manufacturing which has annual net sales or total assets of \$ 10,000,000 [...] or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$ 100,000,000 [...]or more; (II) any voting securities or assets of a person not engaged in manufacturing which has total assets of \$ 10,000,000 [...] or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$ 100,000,000 [...] or more; or (III) any voting securities or assets of a person with annual net sales or total assets of \$ 100,000,000 [...] or more are being acquired by any person with total assets or annual net sales of \$ 10,000,000 [...] or more” (15 U.S.C. § 18(a), subseção (a)(2)).

(41) 15 U.S.C. § 18(a) (1994).

(42) “A transaction is considered to have an international aspect if it may involve possible adverse impact on U.S. domestic or foreign competition and if it meets at least one of the following criteria: one or more involved parties is not a U.S. citizen or U.S. business; one or more involved parties is not located in the United States; potentially relevant information is located outside the United States; conduct potentially illegal under U.S. law occurred outside the United States; or substantive foreign government consultation or coordination is undertaken in connection with the matter” (Report of the International Competition Policy Advisory Committee, 1999. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/icpac/chapter2.htm#chp2a>>. Acesso em: 24 fev. 2004.

(43) Federal Trade Commission, Regulations, statements and interpretations under the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, part 802 - exemption rules, Code of Federal Regulations título 16, capítulo I, parte 802 (16 CFR § 802.51).

Inicialmente, os tribunais americanos relutaram em aplicar o direito antitruste a práticas desleais ocorridas no estrangeiro com base no princípio, reconhecido pela Suprema Corte no famoso caso *American Banana vs. United Fruit Co.*, de que o país não podia aplicar o seu direito antitruste a situações ocorridas no estrangeiro, as quais estariam sujeitas exclusivamente ao direito local(44). Esse entendimento foi sendo gradualmente abrandado no sentido de que o princípio da territorialidade não conferia imunidade absoluta a práticas comerciais que produzissem consequências ilícitas nos Estados Unidos “apenas porque elas foram iniciadas ou consumadas no exterior” (45). A evolução jurisprudencial culminou, no ano de 1945, com o caso *Alcoa*(46), que introduziu o “teste de efeitos” (“effects test”) desde então aplicado pelos tribunais dos Estados Unidos para determinar o alcance de suas leis antitruste a acordos de empresas estrangeiras. É importante observar, contudo, que o exercício da jurisdição extraterritorial com base na “effects doctrine”, embora desde então praticamente inquestionável como princípio geral(47), encontra-se sujeito a uma série de limites reconhecidos pela jurisprudência norte-americana.

Nota:

(44) “...the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done” (*American Banana v. United Fruit Co.*, Supreme Court, 26 April, 1909, United States Reports, v. 213, p. 347 (213 U.S. 347), p. 356).

(45) Veja-se, por exemplo, *United States v. American Tobacco Co.*, Supreme Court, 29 May 1911, United States Reports, v. 221, p. 106 (221 U.S. 106); *United States v. Pacific & Arctic R. & Navigation Co.*, Supreme Court, 7 April 1913, United States Reports, v. 228, p. 87 (228 U.S. 87); *Thomsen et al. v. Cayser et al.*, Supreme Court, 6 March 1917, United States Reports, v. 243, p. 243 (243 U.S. 66); *United States v. Sisal Sales Corp.*, Supreme Court, 16 May 1927, United States Reports, v. 274, p. 268 (274 U.S. 268).

(46) 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), p. 444.

(47) "A conspiracy to monopolize or restrain the domestic or foreign commerce of the United States is not outside the reach of the Sherman Act just because part of the conduct complained of occurs in foreign countries" (*Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, Supreme Court, 25 June 1962, United States Reports, v. 370, p. 690 (370 U.S. 690), p. 704; vide também *Steele v. Bulova Watch Co.*, Supreme Court, 22 November 1952, United States Reports, v. 344, p. 280 (344 U.S. 280), p. 288; *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, Supreme Court, 26 March 1986, United States Reports, v. 475, p. 574 (475 U.S. 574), p. 582, nota 6).

Um primeiro limite à jurisdição extraterritorial resulta da chamada "act of state doctrine". Quando aplicada a disputas envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, essa teoria impede que os tribunais norte-americanos examinem a validade e passem julgamento sobre atos soberanos de outros Estados, função que, segundo afirmou Corte Suprema no caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, poria em risco as relações amistosas entre governos, sendo "vexatória" para as relações pacíficas entre as nações(48). Um desdobramento desta teoria é a "foreign sovereign compulsion doctrine", enunciada pela Corte Federal para o Distrito de Delaware no caso *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.*(49), pela qual as pessoas de direito privado não podem ser responsabilizadas por seus próprios atos quando a sua prática lhes tiver sido de fato imposta por um Estado mesmo que o ato estatal não possa ser qualificado como *iure imperi*(50).48 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, United States Reports, Supreme Court, 23 March 1964, v. 376, p. 398 (376 U.S. 398), p. 418.

Nota:

(49) *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, United States District Court for the District of Delaware, 7 January 1970, Federal Supplement, v. 307, p. 1291 (307 F. Supp. 1291).

(50) "When a nation compels a trade practice firms have no choice but to obey. Acts of business become effectively acts of sovereign. The Sherman Act does not confer jurisdiction on United States courts over acts of foreign sovereigns. Where compulsion leaves not a defense, American firms abroad faced with a government order would have to choose one country or the other in which to do business. The Sherman Act does not go so far" (*ibid.*, p. 1.298).

Em princípio, essa jurisprudência deveria impedir o exercício de jurisdição pelos tribunais norte-americanos sempre que houvesse uma relação de causalidade entre a violação do direito antitruste norte-americano e um ato cogente de outro Estado, seja por meio de legislação, seja através de medidas administrativas. As condições para aplicação da "act of state doctrine" ou da "foreign sovereign compulsion doctrine", contudo, eram notoriamente estreitas, de forma que, na prática, foram poucas as situações em que aquelas teorias levaram os tribunais norte-americanos a declinar de sua jurisdição. Com efeito, as décadas de 1970 e 1980 assistiram a um acirramento dos conflitos derivados da aplicação extraterritorial do direito antitruste pelos tribunais dos Estados Unidos, levando alguns países a adotar legislação destinada a bloquear a obtenção de prova ou a execução de sentenças originárias de procedimentos antitruste nos Estados Unidos(51).

Nota:

(51) Por exemplo, África do Sul, Alemanha, Austrália, Bélgica, Canadá, França, Noruega, Países Baixos, Reino Unido, Suécia (veja-se a lista em *Restatement (Third) of Foreign Relations*, § 442, reporter's note 4 (1987)). A controvérsia relativa à cooperação judiciária internacional em direito antitruste persiste até os dias de hoje. A resistência ao que muitos consideram como exercício exorbitante de jurisdição pelos tribunais norte-americanos, e a desconfiança dos últimos no espírito cooperativo dos tribunais de outros países tem e têm sido um dos pontos mais polêmicos nas negociações de

uma convenção internacional sobre jurisdição e execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial, conduzidas sob os auspícios da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado (veja-se a respeito William S. Dodge, “Antitrust and the Draft Hague Judgements Convention”, *Law and Policy in International Business*, v. 32, p. 363-390, Winter 2001).

Consciente dos crescentes atritos internacionais causados pela aplicação da “effects doctrine”, a jurisprudência formulou outros fundamentos de limitação da jurisdição extraterritorial. À raiz dessas limitações encontra-se a tradicional noção de “comity” ou “cortesia internacional”, com base na qual os tribunais norte-americanos podem declinar de sua competência quando o exercício de jurisdição possa dar lugar a conflitos com outros Estados⁵².52 A noção de “comity” foi definida pela Corte Suprema como sendo “the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws.” (*Hilton v. Guyot*, Supreme Court, 3 June 1885, *United States Reports*, v. 159, p. 113 (159 U.S. 113) p. 164).

Uma limitação ao exercício de jurisdição extraterritorial com fundamento na teoria da “comity” foi proposta em 1976, pela Corte de Apelação para o Nono Circuito no famoso caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*⁵³.

Naquele caso, o tribunal considerou que os Estados Unidos apenas teriam jurisdição se o alegado efeito sobre o comércio do país fosse “suficientemente grande” (“sufficiently large”)⁵⁴, e o exercício de jurisdição extraterritorial fosse justificado, tendo em vista a regra da “comity”, por uma preponderância do interesse nacional, comparado aos interesses da nação estrangeira. Em outras palavras, os tribunais deveriam avaliar o potencial de conflito que pudesse resultar da aplicação extraterritorial do direito interno, contrapondo os interesses dos Estados Unidos aos interesses da nação estrangeira ou das relações internacionais com vistas a determinar se os efeitos no país seriam suficientemente substanciais para justificar a jurisdição nacional⁵⁵.53

Timberlane Lumber Co. et. al. v. Bank of America N.T. & S.A. et. al., *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, 27 December 1976, *Federal Reporter*, 2nd Series, v. 549, p. 597 (549 F .2d 597).

(54) *Ibid.*, p. 613.

(55) “The elements to be weighed include the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business or corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad. A court evaluating these factors should identify the potential degree of conflict if American authority is asserted. [...] Having assessed the conflict, the court should then determine whether in the face of it the contacts and interests of the United States are sufficient to support the exercise of extraterritorial jurisdiction” (*ibid.*, p. 614-615).

Essa jurisprudência – talvez melhor acolhida no exterior⁽⁵⁶⁾ do que no seu país de origem⁽⁵⁷⁾– mostrou-se com o tempo insuficiente para restabelecer a confiança internacional na moderação do judiciário norte-americano, abalada por alguns conflitos espetaculares, como os que resultaram dos casos relativos ao Cartel do Urânio⁽⁵⁸⁾.

Nota:

(56) Veja-se a avaliação geralmente favorável de Jürgen Basedow, *supra*, nota 6, p. 159-163.

(57) Veja-se, por exemplo, a crítica de James M. Grippando, *Declining to Exercise Extraterritorial Antitrust jurisdiction on grounds of International Comity: An Illegitimate Extension of Judicial Abstention Doctrine*, *Virginia Journal of International Law*, v. 23 (1983), p. 395.

(58) Em 1976 sete empresas haviam processado a Westinghouse Electric Corporation por inexecução de obrigação contratual, de vez que a companhia havia-se recusado a fornecer-lhes urânio nas condições pactuadas. A Westinghouse defendeu-se alegando que um cartel internacional causara um aumento súbito e extraordinário de preços, inviabilizando o fornecimento. No

mesmo ano a Westinghouse processou 17 empresas americanas e 12 estrangeiras, supostas membros do cartel, exigindo reparação de perdas e danos de acordo com o direito antitruste norte-americano. Nove empresas estrangeiras deixaram de comparecer em juízo, resultando em sua condenação à revelia, e na proibição de transferir para o exterior bens acima de determinado limite. Num processo posterior relativo ao descumprimento daquela ordem judicial, intervieram diretamente como amici curiae os governos da África do Sul, Austrália, Canadá, e Reino Unido, alegando que a condenação à revelia das empresas neles sediadas extrapolara a competência do tribunal americano. A corte de apelação rejeitou a alegada limitação à jurisdição americana em virtude da comitas gentium, devido à atitude não-cooperativa das partes revéis: "They have chosen instead to present their entire case through surrogates... and shockingly to us, the governments of the defaulter have subserviently presented for them their case against the exercise of jurisdiction" (In re Uranium Antitrust Litigation. Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd., United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 15 February 1980, Federal Reporter, 2nd Series, v. 617, p. 1.248 (617 F .2d 1.248) p. 1256; no mesmo sentido, In Re Uranium Antitrust Litigation; Westinghouse Electric Corp. v. Rio Algom Ltd. et al., United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 7 November 1979, Federal Supplement, v. 480, p. 1.138 (480 F . Supp. 1.138, p. 1.148).Essa decisão provocou veementes protestos dos governos envolvidos. A pedido do Departamento de Estado, o Associate Attorney General interveio para esclarecer que o próprio governo americano encorajara os governos dos demais países envolvidos a intervir diretamente e que a "comity" sempre exige a consideração dos interesses de outros Estados, independentemente se "foreign governments have expressed their views to the Court without the intercession of the Department of State" (apud Werner Meng, supra nota 13, p. 482).

É bem verdade que o ato de sopesar os interesses segundo a teoria da "comity" permite uma limitação da jurisdição dos tribunais americanos em casos em que isso não seria possível pelos parâmetros estritos da act of state doctrine⁵⁹. A experiência demonstrou, contudo, que os tribunais fizeram uso limitado dessa possibilidade⁽⁶⁰⁾.

Nota:

(59) Bernhard Beck, "Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen," *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1984, p. 447-461.

(60) Como constatou a Corte Federal de Apelação para o Distrito de Columbia no caso *Laker Airways Limited v. Sabena*, "if promotion of international comity is measured by the number of times United States jurisdiction has been declined under the 'reasonableness' interest balancing approach, then it has been a failure. [...] A pragmatic assessment of those decisions adopting an interest balancing approach indicates none where United States jurisdiction was declined when there was more than a de minimis United States interest" (*Laker Airways Limited, a foreign corporation v. Sabena, Belgian World Airlines, a foreign corporation, KLM, Royal Dutch Airlines, a foreign corporation, appellant, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, 6 March 1984, *Federal Reporter, 2nd Series*, v. 731, p. 909 (731 F .2d 909 (1984), p. 950, com referências). A corte conclui então que "when push comes to shove, the domestic forum is rarely unseated. [...] The courts of most developed countries follow international law only to the extent it is not overridden by national law. Thus, courts inherently find it difficult neutrally to balance competing foreign interests. When there is any doubt, national interests will tend to be favored over foreign interests. This partially explains why there have been few times when courts have found foreign interests to prevail" (ibid., p. 951, com referências).

Com o propósito aparente de fixar limites à aplicação extraterritorial do direito antitruste norte-americano, o Foreign Trade Antitrust Improvement Act, de 1982⁽⁶¹⁾, veio a codificar a "effects doctrine", ao afirmar a aplicabilidade do Sherman Act a condutas que tivessem um efeito "direto, substancial e razoavelmente previsível" sobre o comércio dos Estados Unidos⁽⁶²⁾. A interpretação desse dispositivo tem, porém, gerado intensa discussão, estando com os tribunais divididos entre essencialmente duas posições⁽⁶³⁾. Uma corrente, esposada pela Corte de Apelação para o Quinto Circuito no caso *Den Norske v. HeereMac*⁽⁶⁴⁾, sustenta que a aplicação do direito antitruste está sujeita a duas condições cumulativas: em primeiro lugar, a prática anticoncorrencial deve produzir efeitos sobre o mercado interno; em segundo lugar, o dano causado ao requerente deve ser resultado desse mesmo efeito anticoncorrencial sobre o mercado interno. A segunda posição, defendida pela Corte de Apelações para o Distrito de Colúmbia no caso *Empagran v. F. Hoffman-Laroche*⁽⁶⁵⁾, e pela Corte Distrital para o Distrito Sul de Nova Iorque no caso *Kruman. v. Christie's*⁽⁶⁶⁾, sustenta que o único requisito necessário para a aplicação da

lei norte-americana é a existência de efeitos repreensíveis sobre o comércio do país, sem que seja necessário para o autor demonstrar uma relação de causalidade entre aqueles efeitos sobre o mercado interno e o fundamento de sua demanda, que pode derivar de dano sofrido fora do território dos Estado Unidos.

Nota:

(61) Codificado como título 15, seção 6(a) do United States Code (15 U.S.C. § 6^a).

(62) "This Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless -

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

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

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

"(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of this Act, other than this section.

"If this Act applies to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then this Act shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States "(ibid.).

(63) Embora haja um certo número de nuances e de posições intermédias entre um e outro extremo (vide Peter Hay e Tobias Krätzschar, *Neue Unsicherheiten um die extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Antitrust-Rechts*, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 49, n. 11, p. 809-813, 2003).

64 *Den Norske Stats Oljeselskap As v. Heere Mac v.o.f. et al.*, United States Court Appeals for the Fifth Circuit, 5 February 2001, *Federal Reporter 3rd Series*, v. 241, p. 420 (241 F .3d 420).

(65) *Empagran s.a., et al. v. F. Hoffman-Laroche, Ltd., et al.*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 17 January 2003, *Federal Reporter 3rd Series*, v. 315, p. 338 (315 F .3d 338).

(66) *Charlotte Kruman et al. v. Christie's Int'l PLC et al.*, United States District Court for the Southern District of New York, 29 January 2001, *Federal Reporter 3rd Series*, v. 284, p. 384 (284 F .3d 384).

De sua parte, a Suprema Corte dos Estados Unidos não teve oportunidade de decidir se a aplicação extraterritorial do direito interno estaria sujeita a um teste de razoabilidade, como fora preconizado no caso *Timberlane*. Assim mesmo, em sua decisão no caso *Hartford Fire Ins. Co. v. California*(67), em 1993, a Suprema Corte veio a adotar uma posição mais favorável à jurisdição nacional, entendendo que limitações fundadas na "comity" apenas seriam obrigatórias quando existisse um verdadeiro conflito entre os direitos nacional e estrangeiro(68). Dessa forma, mesmo que um tribunal norte-americano pudesse declinar do exercício de jurisdição com base na "comity", o fator determinante seria se a parte estrangeira havia ou não sido compelida pela sua lei nacional a cometer um ato contrário ao direito dos Estados Unidos.

Nota:

(67) *Hartford Fire Ins. Co. et al. v. California et al.*, Supreme Court, 28 June 1993, *United States Reports*, v. 509, p. 764 (509 U.S. 764).

(68) *Ibid.*

Curiosamente, embora a jurisprudência *Hartford Fire* tenha desapontado os partidários da autolimitação da jurisdição extraterritorial com fundamento na "comity" (69), ao final da década de 1990, o potencial de conflito de uma reversão à forma pura da "effects doctrine" encontrava-se mitigado por uma série de fatores, dentre os quais figuravam uma melhor coordenação e cooperação das autoridades antitruste nacionais, em virtude da celebração de acordos bilaterais destinados a dirimir os conflitos das décadas passadas e um maior equilíbrio no exercício de jurisdição antitruste internacional(70), um

resultado paradoxal do fato de que vários outros países haviam passado a invocar jurisdição extraterritorial.

Nota:

(69) Veja-se um resumo das diversas críticas em Il Hyung Jung , A Comparative Study on the Question of Extraterritorial Application of Competition Law, Dickinson Journal of International Law, v. 18, p. 305, p. 315-320, Winter 2000. Apesar das críticas, alguns comentadores sustentam que um recurso a considerações de "comity" continuarão a ser inevitáveis para resolver conflitos de jurisdição (Andreas Lowenfeld, "Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case". The American Journal International Law, v. 89, p. 48, Jan. 1995.)

(70) Vide Spencer Weber Waller, The Twilight of Comity, Columbia Journal of Transational Law, v. 38, p. 563-579.

Apesar da crítica que a jurisprudência norte-americana suscitou em muitos países, deve-se a ela o mérito de haver estabelecido princípios gerais de limitação de competência extraterritorial que, embora nem sempre aplicados estritamente pelos tribunais, influenciaram a prática das autoridades antitrustes do governo. Assim é que o Departamento da Justiça e a Federal Trade Commission, as principais agências administrativas responsáveis pela aplicação do direito antitruste norte-americano, temperam o seus poderes pelo emprego de um teste de razoabilidade(71) que leva em conta um certo número de fatores(72), entre eles "o grau de conflito com a lei ou com a política econômica estrangeiras".

Nota:

(71) "In enforcing the antitrust laws, the Department recognizes that considerations of comity among nations [...] properly play a role in determining the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation. [...] Thus, even where conduct would affect U.S. consumers, as a matter of comity and in the exercise of its prosecutorial discretion, the Department considers the significant interests of other nations in every case in which they may be implicated. In fact, the Department is committed to consider the legitimate interests of other nations in accordance with recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and with bilateral agreements with several foreign governments"(United States Department of Justice, Antitrust Division, Guidelines for International Operations, 8 June 1988, Federal Register, v. 53, p. 21.595 (53 Fed. Reg. 21.595).

(72) "In determining whether it would be reasonable to assert jurisdiction [...] the Department first considers whether any significant interests of foreign nations would in fact be affected by such exercise of jurisdiction. Experience shows that in most cases a country's application of its competition laws to protect its own consumers will not adversely affect the significant interests of other sovereigns. If it appeared that applying U.S. antitrust laws to particular transnational conduct would have such an effect, however, the Department generally would consider the following six factors: (1) The relative significance, to the violation alleged, of conduct within the United States as compared to conduct abroad; (2) The nationality of the persons involved in or affected by the conduct; (3) The presence or absence of a purpose to affect United States consumers or competitors; (4) The relative significance and foreseeability of the effects of the conduct on the United States as compared to the effects abroad; (5) The existence of reasonable expectations that would be furthered or defeated by the action; and (6) The degree of conflict with foreign law or articulated foreign economic policies" (Ibid.).

B. União Européia

O direito europeu da concorrência tem sua base principal nos artigos 80 e 8173 do Tratado que Estabelece a Comunidade Européia(74). O artigo 80 proíbe todos os acordos e práticas concertadas que afetem o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo principal prevenir, restringir ou distorcer a concorrência. O artigo 81 visa a coibir os abusos de posição de mercado dominante através de práticas anticoncorrenciais tais como preços e condições abusivas, limitação da produção, operações casadas e dumping.

Nota:

(73) Antigos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma, de 15 de março de 1957 (United Nations, Treaty Series, v. 298, p. 11), renumerados em função das emendas subseqüentemente efetuadas pelo Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997 (Jornal Oficial, n. C340, 10 de novembro de 1997) e pelo Tratado de Nice, de 26 de fevereiro de 2001 (Jornal Oficial, n. C80 de 10 de março de 2001).

(74) Vide a “Versão Compilada do Tratado que Estabelece a Comunidade Européia” (Jornal Oficial, n. C525, 24 de dezembro de 2002).

Na União Européia, o controle de concentrações tem seu fundamento no Regulamento nº 4.064/89 do Conselho, que atribui à Comissão Européia a autoridade específica e exclusiva de examinar todas as concentrações com uma “dimensão comunitária” (75). Uma concentração tem “dimensão comunitária”, quando “o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a cinco mil milhões de ECU” e quando “o volume total de negócios realizado individualmente na comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de ECU” a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do volume dos seus negócios num único Estado-Membro(76). Uma concentração que não atinja esses patamares pode assim mesmo ter uma “dimensão comunitária” caso estejam presentes quatro condições cumulativas: 1ª) que o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas seja superior a 2,5 bilhões de euros; 2ª) que o volume de negócios total realizado pelas mesmas empresas em cada um de pelo menos três Estados-membros seja superior a 100 milhões de euros; 3ª) que em cada um de pelo menos três Estados-membros o volume total de negócios realizado individualmente por pelo menos duas daquelas empresas seja superior a 25 milhões de euros; e 4ª) que o volume total de negócios realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa seja superior a 100 milhões de euros(77).

Nota:

(75) Regulamento n. 4.064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1991, relativo ao controle das operações de concentração de empresas (Jornal Oficial n. L395, de 30 de dezembro de 1989, p. 1), alterado pelo Regulamento n. 1.310/97 do Conselho, de 30 de junho de 1997 (Jornal Oficial n. L180, de 9 de julho de 1997, p. 1) (vide versão consolidada disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/consleg/pdf/1989/pt_1989R4064_do_001.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2004.

(76) Ibid., art. 1º, par. 2º.

(77) Ibid., art. 1º, par. 3º.

Para as restrições de concorrência ocorridas em países não-membros da União Européia que afetem o mercado comum, a competência disciplinar é exclusiva da Comissão Européia. Na defesa de sua competência exclusiva para a política comercial, a Comissão Européia tem de longa data condenado os participantes em cartéis estrangeiros que não tenham sido submetidos a sua aprovação(78).

Nota:

(78) Veja-se, a título de exemplo, um comunicado da Comissão da CEE a respeito de acordos comerciais com o Japão, em que ela reafirmou que o “fato de que algumas ou todas as empresas envolvidas tenham sua sede fora do Mercado Comum não impede a aplicação desse dispositivo (v.g., do Tratado de Roma), quando os efeitos dos acordos, decisões ou práticas concertadas se produzirem no território do Mercado Comum” (“Bekanntmachung betreffend die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft, auf die der Vertrag von Rom anwendbar ist”, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, n. C111, 21 de outubro de 1972, p. 13).

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, interpretando o então art. 85 do Tratado de Roma, fixou entendimento, coincidente com a posição da Comissão, de acordo com o qual o fato de que um ou mais dos participantes de

um cartel estejam sediados fora do território da comunidade não impede a aplicação das normas de concorrência comunitárias, se o efeito restritivo da concorrência produzir-se no território do mercado comum europeu(79). Ao estender a jurisdição comunitária a empresas estrangeiras com base nas consequências de seus atos, independentemente de sua localização ou nacionalidade, essa decisão atribuiu ao direito da concorrência europeu um efeito extraterritorial semelhante ao que resultou nos Estados Unidos da sentença no caso *United States v. Aluminum Co. of America*(80).

Nota:

(79) Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 25 de novembro de 1971, processo 22/71, *Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, Recueil de jurisprudence, 1971, p. 949. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61971J0022&lg=FR>. Acesso em: 20 fev. 2004: “[P]our être incompatible avec le marché commun et interdit aux termes de l'article 85, un accord doit être 'susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres' et 'avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au 'jeu de la concurrence a l'intérieur du marché commun' [...] [Le] fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle a l'application de cette disposition , dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun” (Trata-se de jurisprudência pacífica (vide referências em Meng, *Vorbemerkung zu den Art. 85 bis 89*, parágrafo 30, em von der Groeben/von Boeck/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3ª ed., Baden-Baden, 1983).

(80) Vide supra, nota 22.

Mais recentemente, no acórdão dos casos “Pasta de madeira”, o Tribunal aplicou um teste de efeitos modificado para estender a jurisdição europeia a várias empresas estrangeiras, inclusive onze empresas norte-americanas, culpadas de colusão para aumentar os preços de pasta de madeira(81). Vários acusados naquele caso não tinham subsidiárias ou filiais na União Europeia, e invocaram a incompetência do Tribunal. O Tribunal entendeu que o direito europeu admitia jurisdição sobre empresas sediadas fora da União, uma vez que o elemento determinante era o lugar da “execução” do acordo(82).

Nota:

(81) Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 27 de setembro de 1988, *A. Ahlstrom Osakeyhtio e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 A 129/85, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988 p. 05193. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61985J0089&lg=PT>. Acesso em: 20 fev. 2004.

(82) “[...] uma infração ao artigo 85º, como é o caso da celebração de um acordo que tenha por efeito restringir a concorrência no mercado comum, implica dois elementos de comportamento: a formação do acordo e a respectiva execução. 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. O que é determinante, por isso, é o lugar da execução do acordo” (Ibid., considerando n. 16).

Ainda que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tenha cuidadosamente evitado fazer referência aos “efeitos” da prática anticoncorrencial, na prática essa jurisprudência significou a adoção da “effects doctrine” para fixar os limites do exercício de sua jurisdição internacional(83). No que diz respeito aos possíveis limites do exercício de jurisdição extraterritorial, não são muitas as manifestações pertinentes da União Europeia.

Nota:

(83) Fiebig, Andre. *The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation*. *Columbia Journal of European Law*, v. 5, p. 70-100, p. 87-88, Fall 1998/Winter 1999.

Um dos primeiros casos em que o assunto veio à tona dizia respeito a um cartel franco-japonês sobre a comercialização de rolamentos no mercado comum, que a Comissão Europeia considerou contrário ao então art. 85 do Tratado de Roma. Todas as empresas acusadas invocaram a inaplicabilidade do dispositivo, argumentando seja que o acordo visava apenas proteger a produção interna do mercado comum contra a concorrência dos japoneses, seja que os empresários japoneses estariam imunes à aplicação do direito europeu. A Comissão Europeia estabeleceu então uma relação, ainda que incompleta, de medidas relacionadas ao comércio com terceiros e sua importância para a aplicação do art. 85 do Tratado de Roma:

- a) medidas tomadas de acordo com tratados comerciais da Comunidade com terceiros países. Trata-se nesse caso de decisões da política de comércio exterior, imunes à aplicação do art. 85 do Tratado de Roma;
- b) medidas impostas aos empresários estrangeiros pelas autoridades de seus países. Tais medidas escapam igualmente à aplicação do art. 85;
- c) medidas resultantes de acordos entre empresários estrangeiros sujeitas à aprovação das autoridades de seus países. Uma tal aprovação é condição para a validade interna do acordo no país de origem; ela não pode, todavia, excluir a aplicabilidade do art. 85 e não altera o fato de que os empresários envolvidos estavam livres para concluir ou não o acordo;
- d) medidas resultantes exclusivamente de acordos celebrados ou apenas entre os empresários estrangeiros ou após entendimentos com seus concorrentes europeus. Tais medidas também estão sujeitas ao direito europeu da concorrência(84).

Nota:

(84) Decisão de 29 de novembro de 1974, Kugellager, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L343, p. 23 (ed. alemã).

As hipóteses a) e b) representam inconfundivelmente uma transposição da “act of state doctrine” e da “foreign sovereign compulsion doctrine” do direito norte-americano.

Conclui-se portanto que as restrições da concorrência que produzam efeitos no mercado comum europeu estão, em princípio, sujeitas à aplicação do art. 80 do Tratado, a menos que sejam devidas a um ato cogente de um Estado estrangeiro. Na prática, subsiste a dificuldade de estabelecer, com clareza, a natureza da intervenção estatal, tarefa que, dependendo do grau de interação entre governo e setor privado, pode ser extremamente difícil(85). A Comissão Europeia defende o ponto de vista de que só são imunes à aplicação do direito comunitário da concorrência os atos governamentais propriamente ditos, e não a atividade comercial dos entes estatais(86).

Nota:

(85) O Japão, com o seu sistema de orientação econômica por meio de recomendações estatais formalmente não-cogentes, a que se deu o nome de administrativa guidance, é um exemplo claro da dificuldade de definir os âmbitos recíprocos de atuação de Estado e Empresa. Cf. Kazuo Yamanouchi, *Administrative Guidance and the Rule of Law*, *Law in Japan*, v. 7 (1974), p. 22 e ss. Vide também, para concorrência e comércio exterior, Mitsuo Matsushita, *Export Controls and Export Cartels in Japan*, *Harvard International Law Journal*, v. 20 (1979), p. 103 e ss.; Malcolm D.H. Smith, *Prices and Petroleum in Japan: 1973-1974 – A Study of Administrative Guidance*, *Law in Japan*, v. 10, p. 81 e ss., 1977.

(86) Decisão de 19 de dezembro de 1984 (ed. alemã), *Alluminium-Einfuhren aus Osteuropa*, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, L92 de 30 de março de 1985, p. 40 e ss.

Tratando-se de entes privados, o Tribunal de Justiça só admite a defesa fundada em atos de autoridade soberana quando se demonstre a sua natureza compulsória. Um dos acusados no caso “Pasta de madeira”, por exemplo, era uma associação de exportadores dos Estados Unidos, a qual sustentou que a aplicação do direito europeu da concorrência violaria o princípio da não-ingerência do direito internacional, porquanto a política do governo norte-americano excluía os exportadores do rigor do direito antitruste, com vistas à promoção das exportações. O Tribunal rejeitou tal argumento ao decidir que o Webb-Pomerene Act dos Estados Unidos apenas isentava os cartéis de exportação do direito antitruste norte-americano, mas não exigia a execução na União Europeia de uma prática anticoncorrencial isenta nos Estados Unidos(87).

Nota:

(87) “No que toca ao argumento extraído da violação do princípio da não intervenção [...] as recorrentes [...] se referem a uma regra segundo a qual, quando dois Estados tenham ambos competência para publicar e executar normas e quando as suas normas redundem em impor a uma pessoa ordens contraditórias quanto ao comportamento que deve adoptar, cada um dos estados seria obrigado a exercer a sua competência com moderação. As recorrentes concluíram daí que, ao aplicar o seu direito da concorrência com desprezo por esta norma, a Comunidade atentou contra o princípio da não intervenção. [...] 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 antitrustes americanas em relação à formação de cartéis de exportação, sem impor a celebração de tais acordos” (A. Ahlstrom Osakeyhtiö e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, supra, nota 80, considerando 19 e 20).

Essa decisão foi similar, em seus efeitos, à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Hartford Fire Ins. Co. v. California*(88) na medida em que rejeitou um argumento baseado na “comity” para elidir a jurisdição extraterritorial a menos que a violação do direito interno resultasse de uma conduta imposta, mas não simplesmente autorizada, pelo direito estrangeiro. Embora fosse de se esperar que a extensão extraterritorial do direito da concorrência produziria um conflito entre a União Europeia e os Estados Unidos, no caso “Pasta de madeira” as autoridades antitruste norte-americanas foram mantidas informadas desde os estágios iniciais e não levantaram objeções aos procedimentos⁸⁹, fato que denota a aceitação mútua do exercício de jurisdição com base na “effects doctrine”.

Nota:

(88) Vide supra, nota 66.

(89) Griffin, Joseph P. *EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation*. *Fordham International Law Journal*, v. 17, p. 353 e ss., 1994.

IV. O RECONHECIMENTO DA EXTRATERRITORIALIDADE EM TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O crescente recurso à teoria dos efeitos como fundamento para o exercício de jurisdição extraterritorial por parte dos Estados Unidos e da Comissão Europeia, embora objeto de críticas, teve com o passar do tempo o efeito de encorajar outros países a invocar a mesma norma para a definição do campo de aplicação de seu direito interno.

Não surpreende, portanto, que na década de 1980, já se podia constatar um consenso emergente quanto à admissibilidade, em princípio, do emprego da teoria dos efeitos como elemento de conexão para a aplicação do direito nacional. Indicativo dessa tendência é a Seção E, nº 2, do Set of Multilateral Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, aprovado por consenso pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1980(90), que faz expressa menção à autoridade dos Estados de coibir por via legislativa os atos que limitem a concorrência ou o acesso a mercados que “tenham, ou possam ter efeitos adversos sobre o seu comércio ou desenvolvimento econômico” (91). Embora este documento não tenha força cogente, ele representa, na falta de um instrumento multilateral sobre o assunto, um indício da opinião juris internacional, derivada da prática legislativa e da jurisprudência de diversos países. Mais concludente, contudo, é o reconhecimento, expresso ou tácito, da teoria dos princípios em diversos acordos bilaterais de cooperação na aplicação do direito antitruste.

Nota:

(90) Desde a adoção dos “Princípios”, em 1980, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), auspiciou quatro Conferências quinquenais das Nações Unidas para revisar todos os aspectos dos Princípios. A última delas, que teve lugar de 25 a 29 de setembro de 2000, reafirmou a validade dos princípios e recomendou que a Assembleia Geral lhes desse o subtítulo de “UN Set of Principles and Rules on Competition”.

(91) Esse princípio dispõe que “States should base their legislation primarily

on the principles of eliminating or effectively dealing with acts or behaviours of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse or a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on their trade or economic development, or which through formal, informal, written or unwritten agreements among enterprises have the same impact". Apenas a Grã-Bretanha e o Canadá declararam, a esse respeito, o ponto de vista de que o texto aprovado não teria reconhecido a "effects doctrine" perante a comunidade internacional (Meng, supra nota 13, nota 99).

Há varias décadas, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) vinha insistindo sobre a importância de se melhorar a cooperação internacional na aplicação do direito da concorrência e reduzir o potencial para conflitos. A última e mais detalhada recomendação do Conselho da OCDE relativa à cooperação entre países membros no âmbito de práticas comerciais restritivas que afetam o comércio internacional encoraja os países a celebrarem acordos de cooperação, fornecendo-lhes uma série de princípios para guiar as consultas, notificação mútua e a cooperação internacional entre autoridades antitruste(92).

Nota:

(92) OCDE, Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade, adotada pela Conselho da OCDE em 27 de julho de 1995. disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/60/42/21570317.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2004.

As Comunidades Européias e o Governo dos Estados Unidos já haviam celebrado um acordo relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência em 23 de setembro de 1991. Um novo acordo entre a União Européia e o Governo dos Estados Unidos relativo aos princípios de cortesia positiva na aplicação dos respectivos direitos da concorrência foi celebrado em 3 a 4 de junho de 1998(93).

Nota:

(93) Jornal Oficial, n. L173 de 18 de junho de 1998, p. 28-31.

O novo acordo prevê em seu art. 3º que as autoridades em matéria de concorrência de qualquer das partes podem solicitar às autoridades em matéria de concorrência da outra parte que investiguem atividades anticoncorrenciais e, caso necessário, lhes dêem uma solução de acordo com o direito da concorrência da parte requerida. O art. 4º trata do deferimento ou suspensão de uma investigação a favor de medidas de execução da parte requerida. Esse artigo implicitamente reconhece a hipótese de jurisdição concorrente com base na teoria dos efeitos, ao dispor que em princípio, as autoridades em matéria de concorrência da parte requerente diferirão ou suspenderão as suas próprias medidas de execução a favor de medidas de execução tomadas pelas autoridades em matéria de concorrência da parte requerida quando, inter alia, as atividades anticoncorrenciais em questão "não tiverem um efeito direto, substancial e razoavelmente previsível sobre os consumidores no território da parte requerente", ou "se tais atividades anticoncorrenciais, apesar de produzirem esse efeito sobre os consumidores da parte requerente, ocorrerem principalmente no território da outra parte e visarem principalmente a esse território". Contudo, o parágrafo 4º do artigo 4º dispõe expressamente que o acordo "não obsta a que as autoridades em matéria de concorrência da parte requerente que tenham optado por diferir ou suspender as suas próprias medidas de execução tomem ou retomem posteriormente tais medidas", nem que as autoridades em matéria de concorrência da parte requerida continuem a sua própria investigação.

Um acordo semelhante foi celebrado entre as União Européia e o Governo do Canadá em 17 de junho de 1999(94). Esse acordo reconhece que "podem ocorrer atividades anticoncorrenciais no território de uma das partes que, além de violarem o direito da concorrência dessa parte, afetam negativamente interesses importantes da outra parte." Da mesma forma que o acordo com os Estados Unidos, o artigo 5º, parágrafo 4º do acordo entre a União Européia e o Canadá implicitamente reconhece a hipótese de jurisdição concorrente com base na teoria dos efeitos, ao dispor que o pedido dirigido por uma parte a outra para que tome medidas de execução apropriadas a um caso internacional "em nada limita a liberdade de decisão da autoridade em matéria de concorrência da parte requerida no âmbito do seu direito da concorrência e das suas políticas de execução quanto à adoção ou não de medidas de execução relativamente às atividades anticoncorrenciais identificadas no pedido, nem impede a autoridade em matéria de concorrência da parte requerente de adotar medidas de execução relativamente a essas atividades anticoncorrenciais".

Nota:

(94) Jornal Oficial, n. L175 de 10 de julho de 1999, p. 50-60.

Por sua vez, o acordo entre a União Européia e o Governo do Japão, 10 de julho de 2003(95), é mais cauteloso no que se refere à extraterritorialidade, como não poderia deixar de ser, tendo em vista a notória oposição do Japão à “effects doctrine”. Com efeito, o art. 5º desse acordo prevê apenas em seu parágrafo 1º que se a autoridade de concorrência de uma das partes considerar que as atividades anticoncorrenciais desenvolvidas no território da outra parte afetam negativamente os interesses importantes da primeira, essa autoridade de concorrência, “tendo em conta a importância de evitar conflitos em matéria de jurisdição e atendendo ao fato de a autoridade de concorrência da outra parte poder estar em condições de tomar medidas de execução mais eficazes no que respeita a essas atividades anticoncorrenciais, pode solicitar que a autoridade de concorrência da outra parte tome as medidas de execução adequadas”. O acordo não reconhece expressamente a possibilidade de que a autoridade requerente adote medidas próprias de repressão à prática restritiva originada no território da autoridade requerida, questão deixada diplomaticamente em aberto com a fórmula um tanto evasiva de que o acordo não “impede a autoridade de concorrência da parte requerente de retirar o seu pedido”.

Nota:

(95) Jornal Oficial, n. L183 de 22 de julho de 2003, p. 12-17.

Os Estados Unidos também negociaram acordos semelhantes com Alemanha, a Austrália e o Canadá(96). Também os acordos celebrados pelo Brasil com a Argentina⁹⁷ e os Estados Unidos⁹⁸ seguem os princípios da OCDE.

Nota:

(96) Vejam-se as referências em Pitofsky, Robert. Competition Policy in a Global Economy – Today and Tomorrow. Journal of International Economic Law (1999), p. 4-3-411, p. 405, nota 4.

(97) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República Argentina Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Buenos Aires, em 16 de outubro de 1999 (ainda não promulgado. disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/Outros.html>>. Acesso em: 26 fev. 2004.

(98) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999 (promulgado pelo Decreto nº 4.702, de 21 de maio de 2003, Diário Oficial da União de 22 maio de 2003. disponível igualmente em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4702.htm>. Acesso em: 26 fev. 2004).

V. O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS E O RESSURGIMENTO DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS

Em retrospecto, parece claro que a controvérsia acerca da teoria dos efeitos foi uma grande propulsora de sua expansão e eventual aceitação. Paradoxalmente, foi essa mesma controvérsia que conscientizou os Estados da necessidade de se criarem mecanismos institucionais de cooperação e diálogo na aplicação do direito da concorrência. Entretanto, em breve resultaria igualmente clara a insuficiência desses mecanismos para evitar o ressurgimento dos conflitos transatlânticos. O ponto sensível dessa segunda geração de conflitos, que recentemente tem-se mostrado particularmente aguda, já não são os cartéis e outras práticas concertadas, sobre as quais paira um certo consenso de repúdio(99), mas sim a concentração de empresas e as medidas disponíveis para o seu controle.

Nota:

(99) Como observa o ex-presidente da Federal Trade Commission dos Estados Unidos, Robert Pitofsky, constata-se uma “hostilidade” generalizada a cartéis e práticas concertadas devido a que “in most circumstances cartel behaviour is illegal under the laws on virtually every country that maintains a free market system protected by antitrust”(supra, nota 96, p. 410).

Um problema evidente do uso da “effects doctrine” no âmbito do controle de concentrações de empresa é o risco de existir em um caso concreto jurisdição concorrente de várias autoridades antitruste em países diferentes. Tendo em vista o número crescente de países que têm legislado na área de controle de concentrações, a maioria dos quais filia-se, com maior ou menor exigência de conexão com o mercado interno, à “effects doctrine”, o resultado prático poder ser uma proliferação de deveres de notificação, engendrando não apenas alto custo para as empresas envolvidas, mas também um claro risco de decisões conflitantes(100).

Nota:

(100) Para uma discussão dessa problemática, veja-se Draetta, Ugo. The International Jurisdiction of the EU Commission in the Merger Control Area. The Italian Yearbook of International Law, v. IX (1999), p. 51-63, p. 58-60; Alf-Henrik Bischke e Markus M. Wirtz, “Bedeutung der ‘multi-jurisdictional filigs’ bei Konzernfusionen – Bestandaufnahme und Reformvorhaben”, Recht der Internationalen Wirtschaft, n. 5, 2001, p. 328-335.

O potencial de conflito nessa área mostra-se particularmente explosivo quando dois organismos de países distintos estejam em condição de 1º) definir mercados de maneira diferente; 2º) avaliar diferentemente os efeitos anticoncorrencias e os ganhos potenciais de eficiência; e 3º) apreciar os efeitos da fusão sobre o panorama de concorrência diferentemente(101). Para tanto, é interessante sublinhar algumas das diferenças fundamentais entre o sistema norte-americano e o sistema europeu de proteção da concorrência.

Nota:

(101) Hammer, Kenneth J. International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union, Latin America and China. Journal of Transnational Law and Policy, v. 11, p. 385; 395, Spring 2002.

A. Diferenças de Princípio entre Os Sistemas Europeu e Norte-Americano

A legislação antitruste norte-americana foi originalmente promulgada com o objetivo principal de controlar a concentração do poder econômico e assegurar a igualdade de oportunidades econômicas(102). Considerava-se que a igualdade entre agentes econômicos favorecia a concorrência, ao passo que os valores fundamentais da liberdade individual, justiça distributiva e pluralismo sustentavam o propósito da legislação antitruste(103). Conseqüentemente, pequenas empresas foram favorecidas e protegidas contra a “opressão do poder econômico” (“encroaching economic leverage”) dos concorrentes maiores, mesmo que o resultado fosse maior custo para os consumidores(104). Na área de controle de concentrações, o direito da concorrência dos Estados Unidos visava à prevenção de restrições potenciais à concorrência partindo da premissa de que nos mercados em que haja mais concorrentes há naturalmente mais concorrência do que nos mercados em que haja menos. Exemplo disso era a “entrenchment doctrine”, reconhecida pela Suprema Corte no caso Federal Trade Commission v. Procter & Gamble, que fazia uma fusão passível de sanção se ela fortalecesse uma empresa dominante através de maior eficiência ou proporcionasse àquela empresa acesso a uma gama maior de produtos ou maiores recursos financeiros, dificultando a concorrência de empresas menores(105).

Nota:

(102) Fox, Eleanor M. Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness. Notre Dame Law Review, v. 61, p. 981-1.020, p. 983, 1986.

(103) E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law, Policy and Procedure*, 4ª ed. (1999).

(104) *Id.* at 2.

(105) *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

Uma mudança de orientação começou a surgir na década de 1980, sob a influência do pensamento econômico da escola de Chicago, que elevou a eficiência econômica ao objetivo maior da política de concorrência, sem consideração para com a incapacidade dos pequenos concorrentes de igualar a eficiência operacional dos concorrentes maiores(106). Essa orientação busca proteger os consumidores, enquanto beneficiários da concorrência, mais do que os concorrentes. A escola de Chicago não vê mal nenhum em mercados altamente concentrados e se preocupa menos com proteger pequenos concorrentes contra os maiores do que com permitir que uma indústria alcance seu nível equilibrado de concentração pela maximização dos benefícios das economias de escala(107).

Nota:

(106) Hovenkamp, Herbert. *Antitrust Policy after Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, p. 213-284, p. 213-215, Nov. 1985.

(107) *Ibid.*

Essa nova concepção do direito antitruste conduziu, nos primeiros anos da década de 1980, ao abandono da “entrenchment doctrine”, tal como concebida no caso *Procter & Gamble*. Desde então, o Departamento da Justiça e a Federal Trade Commission raramente consideraram que os efeitos anticoncorrenciais das concentrações de empresas anulariam a eficiência ganha com a concentração, especialmente em mercados internacionais(108). Em vista deste objetivo fundamental, as agências de aplicação do direito da concorrência nos Estados Unidos são hoje menos inclinadas a considerar fusões e aquisições como anticoncorrenciais do que a Comissão Européia.

Nota:

(108) Veja-se a posição do Departamento da Justiça em “Antitrust Division Submission for OECD Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers: Range Effects: the United States Perspective”, submitted on 10.12.2001. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2004.

Enquanto as raízes históricas do direito antitruste dos Estados Unidos fundavam-se em grande parte no anseio de descentralizar a indústria e estimular maior competitividade dos mercados, em sua origem, o direito da concorrência europeu, tal como concebido pelo Tratado de Roma de 1958, visava mais a prevenir abusos de posição dominante do que a prevenir concentrações de poder econômico(109). O legislador europeu partiu da premissa de que concentrações de mercado oferecem vantagens de economias de escala e que o seu combate sistemático poderia em certos casos impor custos que excederiam os benefícios de uma maior descentralização(110). Ademais, tendo em vista as medidas de descentralização econômica que haviam sido impostas pelas forças aliadas de ocupação após a Segunda Guerra Mundial, o legislador europeu do pós-guerra estava menos preocupado com os perigos da concentração de poder econômico do que com práticas concertadas ou com o possível abuso de posições dominantes.

Nota:

(109) Bertolini, Alessandro; Parisi, Francesco. *The Rise of Structuralism in European Merger Control*. *Stanford Journal of International Law*, v. 32, p. 13-36, 1996.

(110) *Ibid.*, p. 15.

Com o passar do tempo, os objetivos da política de concorrência europeia parecem haver evoluído em direção a um papel mais ativo na moldagem de estruturas de mercado, historicamente característico do sistema antitruste dos Estados Unidos. Contudo, a penetração do pensamento da escola de Chicago é menos evidente, e o sistema europeu, ao tornar-se mais atuante na área de controle de concentrações de empresas, mostra-se menos inclinado do que o sistema norte-americano a levar em conta fatores extraconcorrenciais na avaliação do impacto de fusões ou incorporações. Houve assim, uma reversão de valores entre os sistemas de direito da concorrência europeu e norte-americano(111).

Nota:

(111) "In the last decade [...] a curious thing happened. Common Market law on abuse of a dominant position moved away from that narrow path that some had thought was laid out for it – regulating performance of firms with power. U.S. law, meanwhile, responding to fears that expensive applications of antitrust may impair efficiency, retrenched. The two lines of law may already have crossed, with Common Market law controlling conduct and structure more than performance, and protecting equity more than efficiency, and with U.S. law controlling conduct and structure less vigorously, and protecting efficiency more than equity".(Eleanor M. Fox, supra nota 101, p. 984-985).

Assim por exemplo, ao passo que as autoridades antitruste norte-americanas têm aprovado um número significativo de fusões de larga escala, a Comissão Europeia nos últimos dez anos bloqueou uma série importante de projetos de concentração. Em abril de 1996, por exemplo, a Comissão Europeia impediu a fusão do grupo inglês Lonrho PLC e da Gencor da África do Sul porque ela criaria um duopólio nos mercados de platina e ródio(112). No mercado de telefonia, a Comissão impôs uma série de condições à concentração entre Vodafone e Mannesmann, dentre as quais a outorga de um número suficiente de licenças da Universal Mobile Telecommunications System para permitir que os concorrentes pudessem replicar a rede da Vodafone(113). Outro exemplo conhecido foi a proibição da fusão entre MCI Worldcom e Sprint com base em que as extensas redes e as amplas bases de clientes daquelas empresas permitiriam à entidade fusionada controlar termos e condições de acesso a suas redes de Internet, com grande potencial para abuso monopolístico e significativo risco de inibir a inovação tecnológica(114). Em alguns casos, como se verá a seguir, a proposta de fusão havia sido aprovada nos países de origem das empresas, circunstância responsável por uma certa tensão nas relações transatlânticas.

Nota:

(112) Decisão da Comissão de 24 de Abril de 1996 que declara uma concentração incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do EEE (Processo n. IV/M.619 - Gencor/Lonrho), Jornal Oficial n. L011, de 14 de janeiro de 1997, p. 30. disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/reg/pt_register_0840.html>. Acesso em: 25 fev. 2004.

(113) Monti, Mario. European Community Competition Law: European Competition for the 21st Century. Fordham International Law Journal, v. 24, p. 1.602; 1.608-09, 2001.

(114) Ibid., p. 1.609.

É sintomático, portanto, que os mais sensíveis conflitos resultantes da aplicação do direito da concorrência nos últimos anos têm sido menos o resultado da atuação de tribunais americanos, como havia ocorrido nas décadas anteriores, do que do exercício pela Comissão europeia do seu poder de dispor medidas preventiva com base no sistema europeu de notificação de concentrações.

B. Conflitos no Controle de Fusões Internacionais

Aplicada ao controle de concentração de empresas, os critérios para declínio de competência admitidos pela sentença Hartford Fire significam que, na prática, a "comity" não seria razão suficiente para excluir a maioria das fusões e incorporações internacionais da jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos, a menos que os participantes fossem empresas controladas por um Estado estrangeiro às quais se aplicasse a acts of state doctrine.

Sem embargo, embora os tribunais dos Estados Unidos gozem de ampla liberdade para exercer jurisdição sobre uma ampla gama de fusões internacionais, na prática, os tribunais dos Estados Unidos raramente proibiriam uma grande fusão internacional(115). Todavia, essas decisões são na maioria das vezes resultado de uma aceitação da fusão como instrumento para uma melhor eficiência produtiva e de economias de escala, e não de uma limitação espontânea de jurisdição. Dessa forma, na área de controle de concentrações de empresas, o potencial de conflito resultante de atos do Departamento da Justiça ou da Federal Trade Commission é relativamente reduzido, tendo em vista a predisposição favorável daqueles órgãos

a operações de concentração consideradas vantajosas para os consumidores, fator igualmente valorizado pelos tribunais dos Estados Unidos.

Nota:

(115) Keneth Hammer (supra, nota 100), p. 392.

A situação é outra em relação ao controle de concentrações pela Comissão Européia, em vista da ênfase na proteção dos concorrentes, característica que o direito europeu não compartilha com o direito norte-americano(116). Um prenúncio dos conflitos que surgiriam como consequência da visão estruturalista da Comissão Européia verificou-se poucos anos após a entrada em vigor do Regulamento sobre o controle de concentrações. Em 2 de outubro de 1991, a Comissão Européia considerou incompatível com o mercado comum a aquisição conjunta pela Aerospatiale SNI e pela Alenia-Aeritalia e Selenia SpA dos ativos da divisão de Havilland da Boeing Company(117). No entender da Comissão, a operação de concentração daria origem a uma situação em que a entidade combinada ATR/de Havilland “poderia agir em grande medida de forma independente dos seus concorrentes e clientes nos mercados mundiais”, caracterizando uma “posição dominante nos mercados mundiais” que “impedirá consideravelmente uma concorrência efetiva” (118). Essa decisão foi objeto de críticas, sobretudo porque a operação havia sido aprovada pelas autoridades canadenses(119). A fato, porém, de que, em primeira linha, a decisão tenha contrariado os interesses de um consócio europeu talvez tenha contribuído para que a decisão não tivesse uma repercussão excessiva.

Nota:

(117) Jornal Oficial, n. L334, de 5 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/reg/pt_register_0840.html>. Acesso em: 24 fev. 2004.

(118) Ibid., par. 72.

(119) Antognini-O'Neill, Jennifer. Conflicts in International Merger Enforcement: The Proposed de Havilland Merger. Connecticut Journal of International Law, v. 9, p. 87-111; Fall 1993.

Maior potencial de conflito revelou-se na fusão entre Boeing e McDonnell Douglas, os maiores produtores de aviões comerciais norte-americanos. Em 1 de julho de 1997, a Federal Trade Commission dos Estados Unidos anunciou que estava encerrando as suas investigações sobre a fusão Boeing/McDonnell Douglas. Quatro dos cinco membros da Federal Trade Commission chegaram à conclusão de que a operação “não diminuiria essencialmente a concorrência”, tendo em vista, entre outros fatores, o fato de que a parcela de mercado da McDonnell Douglas era relativamente pequena e estava em declínio, razão por que a fusão aumentaria a eficiência da produção(120). A Comissão Européia, porém, fez objeções à fusão e manifestou sua preocupação de que Boeing expandiria a sua base de clientes 60% para 80% dos aviões comerciais então em serviço a nível mundial, razão pela qual a Comissão chegou à conclusão de que a concentração projetada “daria origem ao reforço de uma posição dominante que teria como consequência entravar de forma significativa uma concorrência efetiva no mercado comum na acepção do nº 3 do artigo 2º do regulamento das concentrações” (121). A fusão foi finalmente aprovada depois que a Boeing aceitou desistir de uma série de contratos de fornecimento de longo prazo com companhias de aviação européias de forma a melhorar o panorama de concorrência entre a Boeing(122) e sua concorrente europeia, o consócio de empresas européias Airbus(123).

Nota:

(120) “[...]the acquisition would not substantially lessen competition in... either defense or commercial aircraft markets” (citado em Mehra, Salil K. Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus. Duke Journal of Comparative and International Law, v. 10, p. 191-221; p. 212, Fall/Winter 1999.

(121) “Decisão da Comissão de 30 de julho de 1997 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE Processo IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas”, Jornal oficial, n. L336 de 08.12.1997, p. 16-47 (tradução portuguesa do original inglês. disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/reg/pt_register_0840.html>. Acesso em: 23 fev. 2004, considerando 113.

(122) Ibid., considerandos 114 a 119.

(123) São elas, em ordem de participação, a francesa Aerospatiale SNI, com 37,9%, a alemã Daimler-Benz Aerospace AG, com 37,9%, a britânica Aerospace PLC, com 20%, e a espanhola Construcciones Aeronauticas S.A. (CASA), com 4,2%.

Ainda que interesses alheios à proteção da concorrência possam ter influenciado a atuação da Comissão, havia também outras razões para uma posição diferente da norte-americana no caso Boeing. Com efeito, os Estados Unidos tinham um incentivo para aprovar a fusão, mesmo que ela tivesse efeitos anticoncorrenciais substanciais a nível mundial, porque os custos seriam, na maior parte, externalizados, na medida em que seriam sentidos fora dos Estados Unidos(124). A elevação de preços ao consumidor seria de certa forma paga por consumidores fora dos Estados Unidos, ao passo que os benefícios da presença de um monopolista, tais como alto emprego ou maior receita fiscal, aproveitariam apenas aos Estados Unidos (125).

Nota:

(124) Snyder, David. *Mergers and Acquisitions in the European Community and the United States : A Movement Toward a Uniform Enforcement Body*. *Law and Policy in International Business*, v. 29, p. 115-144, Fall 1997.

(125) Ibid., p. 138.

Sobretudo nos Estados Unidos, o caso é citado como exemplo do uso do direito antitruste para fins protecionistas, atribuindo-se à Comissão o intuito de favorecer o consórcio Airbus, único concorrente significativos da Boeing no mercado internacional¹²⁶. Outros têm criticado a decisão por considerar que a Comissão excedeu seus poderes ao tomar medidas contra uma fusão cujos efeitos sobre a concorrência no mercado europeu não estavam demonstrados⁽¹²⁷⁾.

Nota:

(126) Stock, Eric J. *Explaining the Differing U.S. and E.U. Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss*. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 20, p. 825-909, Winter 1999.

(127) Roberto, Sondra. *The Boeing/McDonnell Douglas Merger Review: A Serious Stretch of European Competition Powers*. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 24, p. 593-623, 1998. Alguns autores chegam até a especular que, além do interesse de proteger Airbus, a decisão tenha sido uma retaliação à ingerência norte-americana exemplificada pelas leis D'Amato e Helms-Burton, que penalizam empresas estrangeiras que invistam em Cuba, no Irã ou na Líbia (Luz, Kathleen. *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System*. *George Washington Journal of International Law & Economics*, v. 32, p. 155-177, 1999).

Os atritos entre as autoridades antitruste norte-americanas e a Comissão das Comunidades Europeias vierem a atingir um clímax com a decisão da Comissão, em 3 de julho de 2001, de vetar a fusão de uma subsidiária integral da General Electric Company com a Honeywell International Inc., empresa fabricante de componentes aeroespaciais⁽¹²⁸⁾. Para tanto, a Comissão inicialmente verificou que a General Electric e a Honeywell mantinham juntas posições dominantes em diversos mercados, entre eles, principalmente o mercado de motores para aviões a jato⁽¹²⁹⁾, definido pela Comissão como um mercado "mundial" (130). A Comissão utilizou a seguir três testes para avaliar o impacto da fusão sobre os mercados relevantes: 1º, se a fusão criaria economias de escala difíceis de igualar por outras empresas; 2º) se empresa fusionada ganharia uma vantagem decisiva sobre os seus concorrentes em função de seu tamanho e recursos financeiros; e 3º) se a fusão facilitaria a combinação ou agrupamento de produtos complementares, permitindo à nova empresas expelir os concorrentes do mercado. Depois de extensa análise, a Comissão chegou à conclusão de que a fusão levaria à criação ou fortalecimento de uma posição dominante de forma tal a impedir uma competição efetiva no mercado comum⁽¹³¹⁾. A decisão causou polêmica em particular por ter sido a primeira ocasião em que a Comissão vetava uma fusão aprovada previamente pelas autoridades antitruste do Canadá e dos Estados Unidos. Particularmente o Departamento da Justiça dos Estados Unidos manifestou o seu desacordo com a decisão da Comissão Europeia, que aplicou princípios de direito da concorrência tidos como ultrapassados pela prática norte-americana, em particular, a "entrenchment doctrine" do caso Procter & Gamble,

abandonada em 1982(132).

Nota:

(128) Vide Commission decision 03.07.2001 declaring a concentration to be incompatible with the common market and the EEA agreement, Case n. COMP/M. 2220, "General Electric Honeywell". disponível em inglês em: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2004.

(129) "Given the nature of the jet engines market, characterised by high barriers to entry and to expansion, GE's incumbent position with many airlines, its incentive to use GE Capital's financial power with customers, its ability to leverage its vertical integration through GECAS, the limited countervailing power of customers and the weakening or marginalisation of its direct competitors, GE appears to be in a position to behave independently of its competitors, customers and ultimately consumers and can thus be characterised as a dominant undertaking on the market for large commercial jet aircraft engines and for large regional jet aircraft"(Ibid., par. 229).

(130) "As already stated in previous decision, all aircraft engine manufacturers market, sell and support their engines on a worldwide basis under similar conditions of competition The transportation costs of delivery are negligible. The Commission therefore considers that the relevant geographical markets for the supply of jet engines for large commercial, aircraft, large regional aircraft and corporate jet is worldwide"(Ibid., par. 36).

(131) "For all those reasons, it should be concluded that the proposed merger would lead to the creation or strengthening of a dominant position on the markets for large commercial jet aircraft engines, large regional jet aircraft engines, corporate jet aircraft engines, avionics and non-avionics products, as well as small marine gas turbine, as a result of which effective competition in the common market would be significantly impeded. The proposed merger should therefore be declared incompatible with the common market pursuant to Article 8(3) of the Merger Regulation"(Ibid, par. 567).

(132) "[...] we found no factual support for any of the key elements of the range effects theories of competitive harm with respect to the GE/Honeywell merger. To the contrary, we concluded that to the extent those theories were based on the argument that the merged firm would have the ability and incentive to offer customers lower prices and better products, that meant the merger should benefit customers both directly — through the lower prices and better products offered by the merged firm — and indirectly — by inducing rivals to respond with their own lower prices and product improvements. That, in our view, was a reason to welcome the merger, not condemn it." (Antitrust division submission for OECD Roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers: Range effects: the United States perspective" (supra, nota 95), último parágrafo).

O fato de que os Estados Unidos e a Comissão Europeia tenham atingido conclusões diametralmente opostas ao analisar os mesmos dados representa para alguns um sintoma da ineficiência dos acordos bilaterais de cooperação em matéria antitruste negociados durante a década de 1990(133). Outros autores veem a origem do problema no critério excessivamente amplo da "dimensão comunitária" empregado no Regulamento nº 4.064/89 para definir o âmbito de aplicação do sistema europeu de controle de concentrações(134). Com efeito, o regime do regulamento europeu foi originalmente concebido para delimitar as competências recíprocas da Comissão Europeia e dos Estados-membros, resolvendo assim também o problema de "multiple filings" dentro da União Europeia(135). Contudo, o simples critério do faturamento anual, ainda que preferível a outros critérios alternativos para os fins básicos do regulamento(136), não oferece uma delimitação clara para os casos de transações de efeito global(137).

Nota:

(133) Rivers, Ricky D. General Electric/Honeywell Merger: European Commission Antitrust Decision Strikes a Sour Note. ILSA Journal of International and Comparative Law, v. 9, p. 525-539, Summer 2003.

(134) Nesse sentido, Andre Fiebig, *supra*, nota 82, p. 83-94.

(135) Veja-se a discussão dessa problemática em Burnley, Richard. An Appropriate Jurisdictional trigger for the EC Merger Regulation and the Question of Decentralisation. *World Competition*, v. 25, n. 3, p. 263-277, 2002.

(136) Tais como faturamento setorial, valor da transação, ou parcela de mercado, todos com um elemento de arbitrariedade (Richard Burnley, *ibid.*, p. 271).

(137) “[...] Community law simply ignores the dimension possibly global of a transaction and asserts the Commission’s jurisdiction on the basis of the mere existence of a Community dimension identified in terms of turnover thresholds of the companies involved” (Ugo Draetta, *supra*, nota 100, p. 58).

A insuficiência dos acordos bilaterais para evitar a reincidência de conflitos de jurisdição e a inaptidão das autoridades e dos legislador nacional de fazê-lo espontaneamente têm levado muitos a preconizar a criação de um direito internacional uniforme(138) e de mecanismos internacionais para resolver conflitos na aplicação do direito da concorrência(139), possivelmente através da Organização Mundial do Comércio (OMC)(140). Uma outra posição, menos ambiciosa, considera as organizações existentes, tais como a OMC e a OCDE pouco aptas a oferecer um foro adequado, e prefeririam criar um organismos de cooperação à parte(141). A variedade de propostas é considerável(142), assim como a documentação produzida pelas diversas rodadas de negociações multilaterais em que se têm considerado, sem grande sucesso visível, as propostas de criação de um regime internacional de proteção de concorrência(143).

Nota:

(138) Ligneul, Nicolas. Droit international de la concurrence: pladoyer pour une approche int’gréee et progressive. *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, n. 430 (julho/agosto 1999), p. 458-463; Shelton , Joanna R. Competition Policy: What Chance for International Rules?. *Revue du Droit des Affaires Internationales*, 1999, n. 4, p. 457-470.

(139) David Snyder, *supra*, nota 124, p. 143-144; Il Hyung Jung, *supra*, nota 69, p. 327-341; Bischke e Wirtz, *supra* nota 100, p. 332-335; Draetta, Ugo. Need for Better Trans-Atlantic Co-Operation in the Field of Merger Control. *Revue du Droit des Affaires Internationales*, 2002, n. 2, p. 557-568; Arhel, Pierre. Dimension internationale du droit de la concurrence. *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, n. 410, p. 492-495, jul./ago. 1997.

(140) As dificuldades inerentes a negociações multilaterais acerca de um tema tão delicado, têm levado mesmo os mais ardorosos partidários do regime da Organização Mundial do Comércio e de sua sua aptidão para incorporar normas sobre concorrência (p.ex., Ernst-Ulrich Petersmann, “A Trade-Law Approach for Linking Trade and Competition Rules in the WTO”, *Chicago-Kent Law Review*, v. 72 (1996), p. 545) a um otimismo mais cauteloso nos últimos anos (cf. Ernst-Ulrich Petersmann, “Symposium: Competing Competition Laws: Do We Need a Global Standard?: Constitutional Functions of WTO Linking Principles for Trade and Competition”, *New England Law Review*, v. 34 (Fall 1999), p. 145).

(141) Vide a proposta do antigo Assistant Attorney-General dos Estados Unidos, Joel Klein, de criação de uma Global Competition Initiative (“Time for a Global competition Initiative?”, *EC Merger Control Anniversary Conference*, Bruxelas, 14 de setembro de 2000. disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6486.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2004.

(142) Veja-se Crampton, Paul; Barutciski, Milos . Trade Distorting Private Restraints: a Practical Agenda for Future Action. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* , v. 6, p. 3-62, Spring 1999.

(143) Para um resumo das negociações internacionais sobre um regima multilateral de proteção da concorrência, veja-se Andrade, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 14, p. 47, abr. 2002; veja-se igualmente Lilla, Paulo Eduardo. A OMC e a interação entre comércio e política antitruste

no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais. disponível em:
<<http://www.socejur.com.br/artigos/antitruste.doc>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

Observadores céticos acerca da possibilidade de que se atinja um consenso internacional a respeito estariam satisfeitos com uma maior harmonização dos regimes nacionais de proteção à concorrência(144). Esforços multilaterais estariam fadados a ir pouco além de domínio da “soft law”, tendo em vista a grande disparidade entre os sistemas nacionais(145). Dessa forma, a melhor alternativa disponível seriam o aprimoramento dos mecanismos de consulta mútua e a convergência das políticas de concorrência(146).

Nota:

(144) Nesse sentido, por exemplo, a análise de Waller, Spencer Weber. *The Internationalization of Antitrust Enforcement*. Boston University Law Review, v. 77, p. 343, Apr. 1997.

(145) Pape, Wolfgang. *Socio-Cultural Differences and International Competition Law*. European Law Journal, v. 5, n. 4, p. 438-460, Dec. 1999.

(146) Nesse sentido manifesta-se Robert Pitofsky: “I believe there will be progress as well on convergence of law, but except possibly in the narrow area of anti-cartel enforcement, we are not ready for a comprehensive, internationally negotiated competition code. The important thing is to continue to take small but practical steps, all the while minimizing the extent to which divergence of antitrust rules from country to country impairs the orderly development of international commerce”(supra, nota 95, p. 411). Idêntica linha de raciocínio sustenta Douglas Melamed, então Principal Deputy Assistant Attorney General junto à divisão antitruste do Departamento da Justiça: “[...] we should endeavour to make progress on case-specific cooperation and to resist the temptation to codify principles that may well be either too vague to be useful or, if precise, unsuited to the disparate interests involved and unlikely to pass the test of time and experience” (*International Cooperation in Competition Law and Policy: What Can Be Achieved at the Bilateral, Regional and Multilateral Levels*. Journal of International Economic Law, p. 423-433, p. 433, 1999).

VI. O DIREITO BRASILEIRO E AS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS

Antes da entrada em vigor da Lei nº 8.884, não havia dispositivo legal expresso autorizando a aplicação extraterritorial do direito da concorrência brasileiro. O único elemento de conexão relacionado no art. 2º, inciso Iº, da Lei nº 4.137 referia-se apenas aos “mercados nacionais”. Ao proteger a concorrência o legislador considerou-a como bem jurídico de direito interno; isto é, a concorrência a ser resguardada dos cartéis, monopólios e práticas abusivas era logicamente a concorrência interna (isto é, nos “mercados nacionais” a que se referia o art. 2º, inciso Iº, da antiga lei). Tendo o bem juridicamente protegido natureza abstrata, o ilícito só se configuraria quando a prática restritiva produzisse efeitos no território nacional. Evidentemente, tal seria o caso de um cartel ou formação de monopólio resultante de atos de empresas estabelecidas no país que afetasse um mercado “nacional”.

A lei não era clara sobre se a jurisdição nacional se estenderia a práticas restritivas cometidas no exterior ou resultantes de atos de empresas estrangeiras que produzissem efeitos restritivos da concorrência no território nacional. Tal conclusão se depreendia, porém, da hermenêutica do antigo diploma. Embora o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não tenha tido oportunidade de assentar expressamente esse princípio durante a vigência da Lei nº 4.137, algumas decisões permitiam entrever que o órgão considerava evidente a aplicabilidade da lei nacional sob tais circunstâncias, por exemplo ao considerar sujeito a registro acordo entre empresas estrangeiras sediadas no exterior em virtude de possíveis efeitos sobre a concorrência no mercado nacional, sem que estivessem presentes quaisquer dos elementos que justificassem a aplicação extraterritorial do direito interno segundo as teorias clássicas do direito penal. O elemento de conexão decisivo foi o efeito do ato sobre o mercado interno(147).

Nota:

(147) Tratava-se da fusão dos grupos BBC-Brown Boveri e ASEA. Através de matéria publicada na imprensa nacional (Exame de 10.02.1988), o CADE tomara conhecimento da fusão dos conglomerados no exterior, de que

resultaria a criação de uma subsidiária comum no Brasil. O órgão requereu informações sobre as operações das subsidiárias nacionais. Em sua resposta, as subsidiárias brasileiras sustentaram que a reunião dos grupos representava, para as autoridades brasileiras, “um fato perfeito e acabado a nível mundial” razão pela qual cabia apenas “uma comunicação” ao CADE “para efeito de conhecimento do fato” (cf. Pedido de Registro n. 1-88, fls. 3), salientando que a fusão fora comunicada às autoridades “dos países onde se encontram as sedes das suas empresas, ou seja, Suécia (ASEA) e Suíça (Brown Boveri), assim como aos órgãos competentes da Alemanha e dos Estados Unidos, países onde existem estabelecimentos de porte das empresas envolvida”. O CADE entendeu, contudo, ser imprescindível o registro do acordo entre as subsidiárias brasileiras, com fundamento no art. 74 da Lei n. 4.137 (ibid., fls. 15 e ss.). Após regularmente instruído, o pedido foi finalmente aprovado pelo CADE sem que se discutisse a fundo a dúvida quanto à competência do órgão (Diário Oficial da União, 19 de setembro de 1988, Seção I, p. 17.966). O fundamento implícito da decisão do CADE foi o entendimento de que a lei brasileira se aplicava a quaisquer acordos que afetassem a concorrência no território nacional, independentemente de onde tenham eles sido celebrados.

A prática do órgão a este respeito foi facilitada pelo reconhecimento expresso da extraterritorialidade no regime da Lei nº 8.884. Já nos primeiros anos da vigência do novo diploma não pairavam dúvidas sobre a competência do CADE para controlar atos de concentração “em decorrência de operação realizada no exterior” (148). Um exemplo conhecido da naturalidade com que o CADE tem exercido a competência extraterritorial que lhe outorga o art. 2º da Lei nº 8.884 foi a decretação de medida cautelar para prevenir efeitos anticoncorrenciais no mercado nacional de telecomunicações que poderiam advir da fusão a nível mundial das empresas MCI Worldcom Inc. e Sprint, ambas participantes do controle acionário das únicas prestadoras de serviços de telefonia fixa comutada de longa distância no país(149). O louvor com que se comenta a convergência entre a orientação do CADE e a prática de autoridades antitruste de países mais desenvolvidos por vezes mal disfarça um certa dose de surpresa com postura mais atuante do órgão(150).

Nota:

(148) Cf. Ato de Concentração n. 32/94, Ato de Concentração n. 111/96 (Revista de Direito Econômico, janeiro/julho 1997).

(149) Despacho da Conselheira Lúcia Helena Salgado, Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12. disponível em: <<http://www.cade.gov.br/cautmci.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

(150) Vide a crítica velada de Singham, Shanker A. Symposium Article: Shaping Competition Policy in the Americas : Scope for Transatlantic Cooperation?. Brooklyn Journal of International Law, v. 24, p. 369-416, p. 415-416, Summer 1998.

Como em outros países, a maioria dos casos com dimensões internacionais submetidos ao CADE diz respeito a concentrações de empresas examinadas pelo órgão no uso das atribuições que lhe confere o artigo 54 da Lei nº 8.884. Entretanto, esse dispositivo não é claro quanto ao seu alcance territorial, limitando-se o § 3º a incluir dentre os atos sujeitos à apreciação do CADE as concentrações de empresa que impliquem “participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 4000.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

Uma primeira leitura do artigo 54 da Lei nº 8.884 levaria à conclusão de que qualquer fusão entre empresas que preencham as condições do § 3º estaria sujeita ao procedimento de notificação prévia. À luz do artigo 2º, incluir-se-iam fusões realizadas no estrangeiro quando produzam ou possam produzir efeitos sobre os mercados nacionais.

Tendo em vista, porém, a escassez dos critérios que determinam a obrigatoriedade de notificação prévia, e sobretudo a falta de referência geográfica, o artigo 54, em combinação com o artigo 2º pode levar a que se requeira notificação prévia de toda e qualquer fusão estrangeira nas quais participe empresa detentora de 20% (vinte por cento) de um mercado relevante qualquer, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente quatrocentos milhões de reais. Sendo os critérios alternativos, e considerando-se o valor relativamente modesto de faturamento para os padrões internacionais, o artigo 54 da Lei nº 8.884 poderia ter uma abrangência provavelmente muito além do que tenha concebido o legislador nacional. Com efeito, ausente uma referência ao mercado nacional, o artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884 pode ser lido como impondo um dever de notificação com base no faturamento mundial(151). Isso, porém, poderia ser contrário ao direito internacional, porquanto faltaria ao legislador brasileiro legitimidade para submeter ao direito interno situações de fato desprovidas de conexão com o país(152).

Nota:

(151) Assim interpretam o dispositivo, por exemplo, Berg, Werner; Kronberger, Sylvia. *Zusammenschlüsse zwischen multinationalen Unternehmen und Fusionskontrolle. Recht der Internationalen Wirtschaft*, n. 1, p. 15-23; p. 17, 2003 e nota 22.

(152) Como observa José Carlos de Magalhães, “sem haver um mínimo de conexão [com o território nacional] é evidente que a lei não se aplica, até mesmo por falta de interesse do país em regular todo o que ocorre em qualquer parte do mundo, ainda que não tenha relação com o seu comércio interno ou internacional” (As leis da concorrência e a globalização: a competência extraterritorial do CADE, *supra*, nota 25, p. 375).

O CADE parecer ser consciente da importância de se definir claramente a relação entre os artigos 2º e 54, § 3º, da Lei nº 8.884, com vistas a evitar um exercício exorbitante de sua jurisdição. Numa tentativa de limitar a sua própria competência, o órgão decidiu, por exemplo, não tomar conhecimento de ato de concentração entre empresas estrangeiras por não haver indício de práticas concertadas dele decorrentes sobre o mercado nacional⁽¹⁵³⁾. A intenção do CADE é louvável, no interesse de evitar a impressão de que o órgão – à semelhança de Comissão Européia – arrogaria para si uma jurisdição “mundial”, excedendo os limites internacionalmente reconhecidos para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Entretanto, a solução encontrada não é ideal, na medida em que confunde o controle de concentrações com a repressão às práticas concertadas, duas funções distintas da Lei nº 8.884 e de todos os sistemas modernos de proteção da concorrência.

Nota:

(153) No caso da fusão entre Aticus Corporation e Texas Instruments, Inc. (Ato de Concentração n. 132/97), por exemplo, entendeu o CADE que “não produz nenhum efeito relevante para os fins de controle das concentrações, o ato realizado no estrangeiro cujas partes não exercem nenhuma coordenação de comportamento concorrencial no mercado brasileiro” (Revista de Direito Econômico, janeiro/julho 1997).

De fato, melhor seria que se formulassem critérios claros para a notificação de concentrações de empresas estrangeiras com base num catálogo de circunstâncias indicativas de possíveis efeitos sobre os mercados nacionais, o que poderia ser feito através de atos normativos do próprio CADE, sem que fosse necessário emendar a Lei nº 8.884. Tais como atualmente redigidos, porém, os critérios do artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884, não oferecem elementos de conexão com os mercados nacionais suficientemente claros para justificar a jurisdição do CADE.

VII. CONCLUSÃO

A crescente integração dos grandes conglomerados através de fusões, incorporações a participações acionárias recíprocas tem produzido uma evidente concentração de poder econômico em diversos mercados. Dada a atual mobilidade do capital e a taxa crescente de investimento estrangeiro na maioria dos países, os efeitos dessa concentração econômica freqüentemente excedem os limites do território dos países em que as empresas fusionadas têm suas sedes.

Aliada ao crescente recurso à chamada aplicação extraterritorial por diversas autoridades de concorrência nacionais, essa circunstância pode levar a conflitos de jurisdição envolvendo autoridades de diferentes países. A competência concorrente em matéria de controle de concentrações de empresas exercida com fundamento no direito interno de cada país ou grupo regional pode produzir resultados contraditórios, dependendo da função atribuída ao direito da concorrência em diferentes sistemas jurídicos. Muito embora se advogue que a competência concorrente pode ser economicamente mais eficiente, ou pelos menos, não menos eficiente, do que uma adesão estrita ao princípio de territorialidade, com o seu risco inerente de sub-regulação das condutas anticoncorrenciais⁽¹⁵⁴⁾, do ponto de vista da segurança jurídica, a situação atual evidentemente não é satisfatória.

Nota:

(154) Dodge, William S. *An Economic Defense of Concurrent Antitrust Jurisdiction*. *Texas International Law Journal*, v. 38, p. 27-40, Winter 2003.

Como foi visto, a inadequação dos mecanismos de coordenação existentes e a tendência a que os interesses nacionais pesem mais do que acordos de bilaterais de cooperação, têm alimentado os anseios por um organismo internacional capaz de desenvolver padrões uniforme de direito internacional da concorrência. O exame detalhado dessa questão e das diversas

posições assumidas por diferentes países (ou às vezes pelo mesmo país, dependendo das circunstâncias) mereceria um estudo à parte. No presente contexto, porém, basta salientar existirem essencialmente duas opções: ou se criam instâncias internacionais de proteção da concorrência, ou se concebe um sistema de normas internacionais de proteção da concorrência cuja aplicação seria delegada às autoridades e tribunais nacionais. Tendo em vista, de um lado, a escassa viabilidade da primeira opção, e a pouca credibilidade que teria a segunda alternativa em vista da falta de uniformidade na aplicação do direito, há uma forte probabilidade de que quaisquer regras internacionais de direito da concorrência se limitem a recomendações, princípios ou outros instrumentos de soft law à semelhança do que já têm feito organizações tais como a UNCTAD e OCDE. Por mais atrativa que pareça a idéia de se atingir um alto grau de uniformidade, na falta de consenso a respeito, a solução para os problemas que inevitavelmente continuarão a surgir, deverá ser buscada na paulatina convergência dos sistemas de direito da concorrência e em medidas para melhorar a cooperação internacional.

Em qualquer hipótese, os conflitos relativos às concentrações internacionais de empresas, ao que parece, continuarão na ordem do dia por um certo tempo. Bem fez o legislador nacional ao definir claramente o campo de aplicação territorial do direito brasileiro da concorrência. Cabe ao CADE dotar-se dos meios necessários para fazer uso adequado dessa competência e para preservar os interesses nacionais na proteção da livre concorrência.

VIII. BIBLIOGRAFIA

I. Documents Officiais

A. Organizações Internacionais

1) Organização das Nações Unidas (ONU)

United Nations, General Assembly, resolution 35/63, of 5 December 1980 "Set of Multilateral Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices", Official records of the General Assembly, Thirty-fifth session. Disponível em: <<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/cpset.htm>>.

2) Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE)

OCDE, Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade, adotada pelo Conselho da OCDE em 27 de julho de 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/60/42/21570317.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2004.

B. Documents Governamentais

1) Brasil

a) Tratados Internacionais

1) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República Argentina Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Buenos Aires, em 16 de outubro de 1999 (ainda não promulgado). Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/Outros.html>>. Acesso em: 26 fev. 2004.

2) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999 (promulgado pelo Decreto n. 4.702, de 21 de maio de 2003, Diário Oficial da União de 22 maio de 2003). Disponível igualmente em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4702.htm>. Acesso em: 26 fev. 2004.

b) Decisões do CADE

Ato de Concentração n. 132/97, (Revista de Direito Econômico, janeiro/julho 1997).

Ato de Concentração n. 32/94, Ato de Concentração n. 111/96, Revista de Direito Econômico, janeiro/julho 1997.

Despacho da Conselheira Lúcia Helena Salgado, Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/cautmci.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

2) Estados Unidos

Report of the International Competition Policy Advisory Committee, 1999. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/icpac/chapter2.htm#chp2a>>. Acesso em: 24 fev. 2004.

Federal Trade Commission, Regulations, statements and interpretations under the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, part 802 - exemption rules, Code of Federal Regulations título 16, capítulo I, parte 802 (16 CFR § 802.51).

United States Department of Justice, Antitrust Division, Guidelines for International Operations, 8 June 1988, Federal Register, v. 53, p. 21.595 (53 Fed. Reg. 21.595).

“Antitrust Division Submission for OECD Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers: Range Effects: the United States Perspective”, submitted on 10.12.2001. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2004.

3) União Européia

a) Tratados

Traité instituant la Communauté économique européenne (Tratado de Roma, de 15 de março de 1957), United Nations, Treaty Series, v. 298, p. 11.

Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997, Jornal Oficial, n. C340, 10 de novembro de 1997.

Tratado de Nice, de 26 de fevereiro de 2001, Jornal Oficial, n. C80 de 10 de março de 2001.

Versão Compilada do Tratado que Estabelece a Comunidade Européia, Jornal Oficial, n. C525, 24 de dezembro de 2002.

b) Legislação e Acordos Internacionais

Regulamento n. 4.064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1991, relativo ao controle das operações de concentração de empresas: Jornal Oficial n. L395, de 30 de dezembro de 1989, p. 1.

Regulamento n. 1.310/97 do Conselho, de 30 de junho de 1997: Jornal Oficial n. L180, de 9 de julho de 1997, p. 1 (vide versão consolidada). Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/consleg/pdf/1989/pt_1989R4064_do_001.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2004.

Bekanntmachung betreffend die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft, auf die der Vertrag von Rom anwendbar ist: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, n. C111, 21 de outubro de 1972, p. 13).

Acordo entre a União Européia e o Governo dos Estados Unidos Relativo aos Princípios de Cortesia Positiva na Aplicação dos Respetivos Direitos da Concorrência, de 3 a 4 de junho de 1998: Jornal Oficial, n. L173 de 18 de junho de 1998, p. 28-31.

Acordo entre a União Européia e o Governo do Canadá Relativo à Aplicação dos Respetivos Direitos da Concorrência, de 17 de junho de 1999: Jornal Oficial, n. L175 de 10 de julho de 1999, p. 50-60.

União Européia e o Governo do Japão Respeitante à Cooperação no Âmbito das Atividades Anticoncorrenciais, de 10 de julho de 2003: Jornal Oficial, n. L183 de 22 de julho de 2003, p. 12-17.

c) Decisões da Comissão Européia

Decisão da Comissão da Comunidade Econômica Européia, de 29 de novembro de 1974 (“Kugellager”): Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (ed. alemã) n. L343, p. 23.

Decisão da Comissão da Comunidade Econômica Européia, de 19 de dezembro de 1984 (“Alluminium-Einfuhren aus Osteuropa”): Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (ed. alemã), n. L92 de 30 de março de 1985, p. 40 e ss.

Decisão da Comissão de 2 de outubro de 1991 que declara a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (Processo n. IV/M053, “Aerospatiale-Alenia/de Havilland”): Jornal Oficial, n. L334, de 5 de dezembro de 1991 (tradução portuguesa do original inglês). Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/reg/pt_register_0840.html>. Acesso em: 24 fev. 2004.

Decisão da Comissão de 24 de abril de 1996 que declara uma concentração incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do EEE (Processo n. IV/M.619 - Gencor/Lonrho): Jornal Oficial n. L011, de 14 de janeiro de 1997, p. 30. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/reg/pt_register_0840.html>. Acesso em: 25 fev. 2004.

Decisão da Comissão de 30 de Julho de 1997 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE (Processo IV/M.877 – Boeing/McDonnell Douglas): Jornal oficial, n. L336 de 08.12.1997, p. 16-47 (tradução portuguesa do original inglês). Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/reg/pt_register_0840.html>. Acesso em: 23 fev. 2004. (considerandos 113)

Commission decision of 3 July 2001 declaring a concentration to be incompatible with the common market and the EEA agreement, Case N. COMP/M. 2220, “General Electric Honeywell”. Disponível em inglês: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf>. Acesso em 24 fev. 2004.

II. Sentenças e Acórdãos Citados

A. Corte Permanente de Justiça Internacional

Sentença n. 9, de 7 de setembro de 1927, Affaire du Lotus, Recueil des Arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale, série A, n. 10-1927, p. 10 e ss.

B. Brasil - Supremo Tribunal Federal

Acórdão de 1º de junho de 1977 no Recurso Extraordinário n. 80.004 Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 84, p. 809,

C. Estados Unidos

1) Suprema Corte

American Banana v. United Fruit Co., Supreme Court, 26 April, 1909, United States Reports, v. 213, p. 347 (213 U.S. 347).

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, United States Reports, Supreme Court, 23 March 1964, v. 376, p. 398 (376 U.S. 398), p. 418.

Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp., Supreme Court, 25 June 1962, United States Reports, v. 370, p. 690 (370 U.S. 690).

Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co., Supreme Court, 11 April 1967, United States Reports, v. 386, p. 568 (386 U.S. 568).

Hartford Fire Ins. Co. et al. v. California et al., Supreme Court, 28 June 1993, United States Reports, v. 509, p. 764 (509 U.S. 764).

Hilton v. Guyot, Supreme Court, 3 June 1885, United States Reports, v. 159, p. 113 (159 U.S. 113).

Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., Supreme Court, 26 March 1986, United States Reports, v. 475, p. 574 (475 U.S. 574).

Steele v. Bulova Watch Co., Supreme Court, 22 November 1952, United States Reports, v. 344, p. 280 (344 U.S. 280).

Thomsen et al. v. Cayser et al., Supreme Court, 6 March 1917, United States Reports, v. 243, p. 66 (243 U.S. 66).

United States v. American Tobacco Co., Supreme Court, 29 May 1911, United States Reports, v. 221, p. 106 (221 U.S. 106).

United States v. Pacific & Arctic R. & Navigation Co., Supreme Court, 7 April 1913, United States Reports, v. 228, p. 87 (228 U.S. 87).

United States v. Sisal Sales Corp., Supreme Court, 16 May 1927, United States Reports, v. 274, p. 268 (274 U.S. 268).

2) Tribunais Federais

Charlotte Kruman et al. v. Christie's Int'l PLC et al., United States District Court for the Southern District of New York, 29 January 2001, Federal Reporter 3rd Series, v. 284, p. 384 (284 F.3d 384).

Den Norske Stats Oljeselskap As v. Heere Mac v.o.f. et al., United States Court Appeals for the Fifth Circuit, 5 February 2001, Federal Reporter 3rd Series, v. 241, p. 420 (241 F.3d 420).

Empagran S.A., et al. v. F. Hoffman-Laroche, Ltd., et al., United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 17 January 2003, Federal Reporter 3rd Series, v. 315, p. 338 (315 F.3d 338).

Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc., United States District Court for the District of Delaware, 7 January 1970, Federal Supplement, v. 307, p. 1.291 (307 F. Supp. 1.291).

In re Uranium Antitrust Litigation. Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd., United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 15 February 1980, Federal Reporter, 2nd Series, v. 617, p. 1.248 (617 F.2d 1.248).

In Re Uranium Antitrust Litigation; Westinghouse Electric Corp. v. Rio Algom Ltd. et al., United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 7 November 1979, Federal Supplement, v. 480, p. 1.138 (480 F. Supp. 1.138).

Laker Airways Limited, a foreign corporation v. Sabena, Belgian World Airlines, a foreign corporation, KLM, Royal Dutch Airlines, a foreign corporation, appellant, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 6 March 1984, Federal Reporter, 2nd Series, v. 731, p. 909 (731 F.2d 909).

United States vs. Aluminium Co. of America, United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 12 de março de 1945, Federal Reporter, 2nd Series, v. 148, p. 416 (148 F.2d 416).

Timberlane Lumber Co. et al. v. Bank of America N.T. & S.A. et al., United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 27 December 1976, Federal Reporter, 2nd Series, v. 549, p. 597 (549 F.2d 597).

D) União Européia

Acórdão de 25 de novembro de 1971 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export, processo 22/71, Recueil de jurisprudence, 1971, p. 949. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61971J0022&lg=FR>. Acesso em: 20 fev. 2004.

Acórdão de 27 de setembro de 1988 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, A. Ahlstrom Osakeyhtioe e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, processos apensos 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 A

http://127.0.0.1:49152/NXT/gateway.dll/LibCade/cade1/cadeid1_17_revista02_04_2004/cadeid1_r_0... 15/10/2009

129/85, Coletânea da Jurisprudência, 1988 p. 05193. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61985J0089&lg=PT>. Acesso em: 20 fev. 2004.

III. Bibliografia Citada

ALLEN, Noel. The Development of European Economic Community Jurisdiction over Alien Undertakings. *Legal Issues in European Integration*, v. 2, p. 38 e ss., 1974.

ANDRADE, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 14, p. 47 e ss., abr. 2002.

ANTOGNINI-O'NEILL, Jennifer. Conflicts in International Merger Enforcement: The Proposed de Havilland Merger. *Connecticut Journal of International Law*, v. 9, p. 87-111, Fall 1993.

ARHEL, Pierre. Dimension internationale du droit de la concurrence. *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n. 410, p. 492-495, jul./ago. 1997.

BASEDOW, Jürgen. Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 264, p. 9-178, 1997.

BECK, Bernhard. Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen. *Wirtschaft und Wettbewerb*, p. 447-461, 1984.

BERG, Werner Berg; KRONBERGER, Sylvia. Zusammenschlüsse zwischen multinationalen Unternehmen und Fusionskontrolle. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, n. 1, p. 15-23, 2003.

BERTOLINI, Alessandro; PARISI, Francesco. The Rise of Structuralism in European Merger Control. *Stanford Journal of International Law*, v. 32, p.13-36, 1996.

BISCHKE, Alf-Henrik; WITZ, Markus. Bedeutung der 'multi-jurisdictional filigs' bei Konzernfusionen – Bestandaufnahme und Reformvorhaben. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, n. 5, p. 328-335, 2001.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, 4ª ed., Oxford, 1990.

BURNLEY, Richard. An Appropriate Jurisdictional trigger for the EC Merger Regulation and the Question of Decentralisation. *World Competition*, v. 25, n. 3, p. 263-277, 2002.

CASTEL, Jean-Gabriel. The Extraterritorial Effects of Antitrust Law. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 179, p. 9-144, 1983.

COPPEL, Jason. A Hard Look at the Effects Doctrine of Jurisdiction under Public International Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 6, n. 1, p. 73-90, Apr. 1993.

CRAMPTON, Paul; BARUTCISKI, Milos. Trade Distorting Private Restraints: a Practical Agenda for Future Action. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 6, p. 3-62, Spring 1999.

DAHM, Georg. *Völkerrecht*, 2ª ed., tomo I, Berlin - New York, 1989.

DODGE, William S. An Economic Defense of Concurrent Antitrust Jurisdiction. *Texas International Law Journal*, v. 38, p. 27-40, Winter 2003).

DODGE, William S. Antitrust and the Draft Hague Judgements Convention. *Law and Policy in International Business*, v. 32, p. 363-390, Winter 2001.

DRAETTA, Ugo. The International Jurisdiction of the EU Commission in the Merger Control Area. *The Italian Yearbook of International Law*, v. IX, p. 51-63, 1999.

DRAETTA, Ugo. Need for Better Trans-Atlantic Co-Operation in the Field of Merger Control. *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n. 2, p. 557-568, 2002.

ESTRELLA FARIA, José Ângelo. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de Informação Legislativa*, n. 105, p. 19-46, jan./mar. 1990.

FARIA, Werter. *Constituição Econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre, 1990.

FIEBIG, Andre. The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation. *Columbia Journal of European Law*, v. 5, p. 70-100, Fall 1998/Winter 1999.

FOX, Eleanor M. Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness. *Notre Dame Law Review*, v. 61, p. 981-1.020, 1986.

GRIFFIN, Joseph P. EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation. *Fordham International Law Journal*, v. 17, p. 353 e ss., 1994.

GRIPPANDO, James M. Declining to Exercise Extraterritorial Antitrust jurisdiction on grounds of International Comity: An Illegitimate Extension of Judicial Abstention Doctrine. *Virginia Journal of International Law*, v. 23, p. 395, 1983.

HAMMER, Kenneth J. International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union, Latin America and China. *Journal of Transnational Law and Policy*, v. 11, p. 385 e ss., Spring 2002.

HAY, Peter Hay; KRÄTZSCHMAR, Tobias. Neue Unsicherheiten um die extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Antitrust-Rechts. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 49, n. 11, p. 809-813, 2003.

HAYMANN, Michel. *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts*. tese, Baden, 1974.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, p. 213-284, Nov. 1985.

IDOT, Laurence. Les conflits de lois em droit de la concurrence. *Journal de Droit International*, n. 2, p. 321-340, 1995.

JUNG, Il Hyung. A Comparative Study on the Question of Extraterritorial Application of Competition Law. *Dickinson Journal of International Law*, v. 18, p. 305 e ss, Winter 2000.

KEGEL, Gerhard. *Internationales Privatrecht*, 7ª ed., München, 1995.

KENNEDY, Kevin C. Symposium: Global Trade Issues in the New Millennium: Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization. *George Washington International Law Review*, v. 33, p. 585 e ss., 2001.

KLEIN, Joel. Time for a Global competition Initiative?. EC Merger Control Anniversary Conference, Bruxelas; 14 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6486.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2004.

KOJIMA, Takaaki. International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy, p. 6. Disponível em: <<http://www.wcfia.harvard.edu/fellows/papers01-02/kojima.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

LOWENFELD, Andreas. Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case. *The American Journal International Law*, v. 89, p. 48 e ss., Jan. 1995.

LIGNEUL, Nicolas. Droit international de la concurrence: pladoyer pour une approche int'grée et progressive. *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n. 430, p. 458-463, jul./ago. 1999.

LILLA, Paulo Eduardo. A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/antitruste.doc>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

LUZ, Kathleen. The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System. *George Washington Journal of International Law & Economics*, v. 32, p. 155-177, 1999.

MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais" em Franceschini e Franceschini. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, São Paulo, p. 663 e ss., 1985.

MAGALHÃES, José Carlos de. As leis da concorrência e a globalização: incompetência extraterritorial do CADE, em J. Kleinheisterkamp e G. Lorenzo Idiarte (orgs.) *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina-Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideu, 2002, p. 365-377.

MANN, Frederick A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 111, p. 1-161, 1964.

MARTH, Ryan. The Canadian Middle Road : Balancing Efficiency and Sovereignty in the Age of Multijurisdictional Merger Review. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 12, p. 221 e ss., Winter 2003.

MATSUSHITA, Mitsuo. Export Controls and Export Cartels in Japan . *Harvard International Law Journal*, v. 20, p. 103 e ss., 1979.

MELAMED, Douglas. International Cooperation in Competition Law and Policy: What Can Be Achieved at the Bilateral, Regional and Multilateral Levels. *Journal of International Economic Law*, p. 423-433, 1999.

MEESSEN, Mathias. Die New Yorker Resolution der International Law Association zu den völkerrechtlichen Grundsätzen des Internationalen Kartellrechts. *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, p. 562 e ss., 1972.

MEHRA, Salil K. Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 10, p. 191-221, Fall/Winter 1999.

MENG, Werner. Neuere Entwicklung in Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 41, p. 469-512, 1981.

MENG, Werner. Vorbemerkung zu den Art. 85 bis 89, Parágrafo 30, em VON DER GROEBEN /VON BOECK/THIESING/EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3ª ed., Baden-Baden , 1983.

MONTI, Mario. European Community Competition Law: European Competition for the 21st Century. *Fordham International Law Journal*, v. 24, p. 1602 e ss., 2001.

PAPE, Wolfgang. Socio-Cultural Differences and International Competition Law. *European Law Journal*, v. 5, n. 4, p. 438-460, Dec. 1999.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. A Trade-Law Approach for Linking Trade and Competition Rules in the WTO. *Chicago-Kent Law Review*, v. 72 , p. 545 e ss., 1996.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Symposium: Competing Competition Laws: Do We Need a Global Standard?: Constitutional Functions of WTO Linking Principles for Trade and Competition. *New England Law Review*, v. 34, p. 145 e ss., Fall 1999.

PITOFISKY, Robert. Competition Policy in a Global Economy – Today and Tomorrow. *Journal of International Economic Law*, p. 403-411, 1999.

RIVERS, Ricky D. General Electric/Honeywell Merger: European Commission Antitrust Decision Strikes a Sour Note. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 9, p. 525-539, Summer 2003.

ROBERTO, Sondra. The Boeing/McDonnell Douglas Merger Review: A Serious Stretch of European Competition Powers. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 24, p. 593-623, 1998.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts", *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, p. 54 e ss., 1971.

SHELTON , Joanna R. Competition Policy: What Chance for International Rules?. *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n. 4, p. 457-470, 1999.

SINGHAM, Shanker A. Symposium Article: Shaping Competition Policy in the Americas : Scope for Transatlantic Cooperation?. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 24, p. 369-416, Summer 1998.

SMITH, Malcolm D.H. Prices and Petroleum in Japan : 1973-1974 – A Study of Administrative Guidance. *Law in Japan* , v. 10, p. 81 e ss., 1977.

SNYDER, David. Mergers and Acquisitions in the European Community and the United States : A Movement Toward a Uniform Enforcement Body. *Law and Policy in International Business*, v. 29, p. 115-144, Fall 1997.

STOCK, Eric J. Explaining the Differing U.S. and E.U. Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding Another Near-Miss. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 20, p. 825-909, Winter 1999.

SULLIVAN, E. Thomas Sullivan; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law, Policy and Procedure*, 4^a ed., 1999.

TURNER, James M. Mega Merger, Mega Problems: A Critique of the European Community's Commission on Competition's Review of the AOL-Time Warner Merger. *American University International Law Review*, v. 17, p. 131 e ss.

VERZEIJL. J.H.W. The Controversy Regarding the So-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws. *Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, v. 8, p. 3 e ss., 1961.

WALLER, Spencer Weber. The Internationalization of Antitrust Enforcement. *Boston University Law Review*, v. 77, p. 343 e ss., Apr. 1997.

WALLER, Spencer Weber. The Twilight of Commity. *Columbia Journal of Transational Law*, v. 38, p. 563-579.

YAMANOUCHI, Kazuo. Administrativa Guidance and the Rule of Law. *Law in Japan* , v. 7, p. 22 e ss., 1974.