

Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas

Ana Paula Martinez

Advogada em São Paulo, formada pela Universidade de São Paulo, Mestranda em Direito Internacional na Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conteúdo e aplicação extraterritorial e efeito extraterritorial da lei; 2. Jurisdição extraterritorial e elementos de conexão; 3. Enfoque dos sistemas; 3.1. Estados Unidos; 3.2. União Européia; 3.3. Brasil; 4. Crises provocadas pelo exercício da jurisdição extraterritorial das leis antitruste; 5. Perspectivas; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

É direito fundamental do Estado o exercício da jurisdição¹ em seu território. Além disso, pode o Estado, em certas situações, exercer sua jurisdição extraterritorialmente, i.e., sobre pessoas, direitos ou relações jurídicas existentes além de suas fronteiras.²

A jurisdição extraterritorial em matéria de defesa da concorrência vem sendo adotada pelos Estados por várias razões. Com efeito, é crescente o número de empresas multinacionais (por vezes ativas apenas por meio de exportações) que podem envolver-se em estruturas ou condutas lesivas à concorrência em vários países. A extensão da jurisdição justifica-se também pelo fato de que as legislações antitruste têm natureza tipicamente protecionista e a tendência é que cada país preocupe-se, de fato, somente com a preservação da concorrência que afete o seu mercado. Por exemplo, nos Estados Unidos, nos

1. O termo "jurisdição" será entendido, em sua acepção mais ampla, como o poder do Estado soberano de legislar, aplicar e executar suas normas jurídicas.

2. A jurisdição extraterritorial não deve comportar um juízo de valor a priori sobre a legitimidade da competência extraterritorial reivindicada. Porém, tem é que o termo acabou ganhando uma conotação pejorativa, levando a uma condenação prévia do campo de aplicação ampliado que um Estado confere a sua própria legislação, considerado, na maioria das vezes, ilegítimo por ferir a soberania de outros Estados. Nesse sentido, ver RENOUD, Marc-André, *Les conflits de lois en droit antitrust. - Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 144; IDOT, Laurence, *La portée des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*. Thèse Paris II, 1981, p. 437, 2 v.

termos do *Webb-Pomerene Act*, de 1918,³ é conferida imunidade antitruste a empresas que direcionam suas atividades exclusivamente para o exterior. Assim, uma conduta anticoncorrencial pode ser praticada totalmente no país "A" com vistas a atingir exclusivamente o mercado de um país "B". Para proteger seus interesses, o país "B" objetivará a aplicação de sua lei de defesa da concorrência àquela conduta cometida no país "A", com a subsequente geração de efeitos extraterritoriais. Se assim não fosse, cartéis de exportação formados nos Estados Unidos que gerassem efeitos no Brasil, por exemplo, poderiam ficar impunes. O tema ganha importância em vista do crescente número de países que adotam legislação antitruste com alcance extraterritorial, o que traz consigo os riscos de conflitos decorrentes de sua aplicação.

O presente trabalho está dividido em seis partes. Após um confronto entre aplicação e efeitos extraterritoriais da lei, far-se-á uma análise dos elementos da conexão que mais interessam em direito da concorrência. Posteriormente, será feito um balanço do exercício da jurisdição extraterritorial por parte dos Estados Unidos, da União Européia⁴ e do Brasil, o que será seguido por breve análise das crises provocadas pelo exercício dessa jurisdição ampliada. Em seguida, trataremos das perspectivas do exercício de jurisdição extraterritorial em matéria antitruste. Por fim, serão expostas as conclusões.

1 CONFRONTO ENTRE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL E EFEITO EXTRATERRITORIAL DA LEI

A distinção entre aplicação extraterritorial de uma lei e seus efeitos extraterritoriais é bastante limitada. Como ensina MARC-ANDRÉ RENOLD, "*les deux notions ne sont que l'avant et le revers de la même médaille, l'action et son résultat*".⁵ Com efeito, a toda aplicação extraterritorial (ação) deve corresponder um efeito extraterritorial (resultado). A diferença reside no fato de que enquanto a aplicação extraterritorial ocorre dentro do próprio Estado que reivindica a competência extraterritorial, o efeito dessa decisão manifesta-se no estrangeiro.

3 15 U.S.C., §1-55. O *Export Trading Company Act* (ETCA), de 1982, instituiu o chamado *export trade certificate of review*, que confere a seus titulares - empresas que atendem somente o mercado externo - imunidade antitruste para a realização e indenização por danos causados, nos limites estabelecidos no certificado e durante seu período de validade. Outro país que adota previsão legal semelhante é o Canadá. Nos termos do *Canadian Competition Act*, R.S., 1985, c. C-34, §§45(5) e 45(6), uma conduta ilícita pode não ser condenada se o acordo for voltado exclusivamente ao mercado externo.

4 As bases constitutivas da União Européia estão consagradas nos seguintes tratados: o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), de 1951, e os Tratados de Roma, que instituíram a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia da Energia Atômica (Euratom), de 1957. Tais tratados foram posteriormente alterados pelo Ato Único europeu (1986), pelo Tratado da União Européia (Maastricht, 1992), pelo Tratado de Amsterdã (1997) e pelo Tratado de Nice (2001). Mais recentemente foi aprovada a Constituição Européia pelo Parlamento europeu. A União Européia tem cinco instituições, quais sejam: o Parlamento europeu, o Conselho da União Européia, a Comissão Européia, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas.

5 RENOLD, Marc-André. *Les conflits de lois en droit antitrust*, cit., p. 140. Tradução livre: "As duas noções são a cara e a coroa da mesma moeda, a ação e o seu resultado".

ro, no território de um Estado distinto do primeiro que, ao menos a princípio, não participou da aplicação daquela determinada lei.⁶

A capacidade de um Estado executar suas decisões fora de suas fronteiras depende de uma série de fatores. Em primeiro lugar, está a importância do mercado do país prejudicado para a empresa estrangeira. Ademais, uma empresa pode optar por cumprir voluntariamente decisões estrangeiras, ainda que o mercado desses países não seja de grande relevância para seus negócios, com o objetivo de cultivar a fama de país cumpridor da legislação antitruste, o que lhe pode ser favorável em processos que enfrente em outras jurisdições (inclusive na sua).

Porém, pode não haver o cumprimento voluntário da decisão prolatada por um Estado estrangeiro pela empresa condenada. Nesse caso, na ausência do previsão de execução extraterritorial prevista em tratado internacional, será necessária a colaboração do Estado estrangeiro. Contudo, como será visto adiante, este, sentindo sua soberania ameaçada, pode se recusar a colaborar ou mesmo impedir que a sentença estrangeira gere efeitos em seu país. Nesses casos, a eficácia da aplicação da lei antitruste a atos realizados fora da fronteira de um Estado dependerá, na prática, principalmente da existência de subsidiárias ou outro tipo de presença local que a empresa tenha nesse Estado. Nesse sentido, o enfoque tradicional de se considerar a matriz e a subsidiária entidades distintas para fins de aplicação antitruste foi sendo abandonado pelos países aos poucos, o que será visto oportunamente.

2 JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL E ELEMENTOS DE CONEXÃO

O termo "extraterritorialidade" pode levar a erro, dado que a jurisdição extraterritorial pode manifestar-se independentemente da natureza do elemento de conexão adotado (territorial ou não). Em matéria de defesa da concorrência, dois são os elementos de conexão que se destacam. O primeiro deles tem por base o princípio da territorialidade objetiva. Tal princípio estabelece uma relação entre o local do início da atividade, no exterior, e o local de sua consumação, no interior do Estado que visa ao exercício extraterritorial de sua jurisdição. A ocorrência parcial do ato no território do segundo Estado justifica a aplicação extraterritorial de suas leis.⁷

6 Nesse sentido, ver BRUNOLD, Marco André. *Les conflits de lois en droit antitrust*, cit., p. 143. Por exemplo, se os Estados Unidos aplicarem sua legislação antitruste a práticas lesivas da concorrência ocorridas no interior da União Européia por sociedades comunitárias, a aplicação extraterritorial do Direito norte-americano teve lugar nos Estados Unidos, enquanto seus efeitos se fazem sentir no mercado comunitário europeu.

7 MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial do direito nacional. In: *Revista Brasileira*, v. 293, p. 95, jan./fev./mar. 1986. Em suas palavras: "O princípio de territorialidade objetiva estabelece uma relação de causa e efeito no evento ocorrido parcialmente no exterior e parcialmente dentro do Estado, o que confere aos Estados envolvidos, em igualdade de condições, competência para regular o evento, bem como seus participantes. A justificativa aqui é a ocorrência parcial do fato no território e, por via de consequência, do impacto social que o mesmo causou. O Estado mais afetado pela ocorrência tem, predominantemente, maior interesse em submetê-la à sua competência territorial. É a maior ou menor intensidade do impacto no território dos Estados envolvidos que serve de elemento definidor das competências". Por sua importância,

O outro elemento comumente adotado pelos Estados para garantir a extraterritorialidade de suas leis antitruste tem por base a teoria dos efeitos territoriais. Essa teoria desenvolveu-se a partir do princípio da territorialidade objetiva, sendo, contudo, mais abrangente que esta. Segundo a teoria dos efeitos territoriais, ou simplesmente teoria dos efeitos,⁸ se uma conduta, ainda que cometida inteiramente no exterior por empresas estrangeiras, gerar efeitos no território de um determinado Estado, este terá jurisdição sobre os responsáveis por tal conduta. Geralmente esses efeitos devem ser caracterizados como diretos, significativos e previsíveis para autorizar a jurisdição extraterritorial, requisitos esses propostos inicialmente pelos Estados Unidos e que vêm sendo acolhidos por outras jurisdições.

Na grande maioria dos casos, a adoção do princípio da territorialidade objetiva ou dos efeitos territoriais levará ao mesmo resultado, o que faz com que alguns os tratem indistintamente. Isso porque o objetivo principal da política antitruste é a preocupação com os mercados internos e, portanto, o que irá autorizar o exercício da jurisdição sobre atos parcialmente ocorridos em um país que adote o princípio da territorialidade objetiva será a existência de efeitos diretos decorrentes dessa conduta no seu território. Com efeito, segundo importante lição de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, a "pedra de toque" do princípio da territorialidade objetiva "são os efeitos diretos do evento produzido dentro do território do Estado que, por isso mesmo, fica em posição legítima para conduzir a questão dentro de sua esfera de competência".⁹

Por exemplo, imaginemos um cartel formado por empresas norte-americanas que combinam sua conduta na Suíça e vendem produtos a preços artificialmente elevados a consumidores da União Européia. De acordo com o princípio da territorialidade objetiva, a União Européia terá jurisdição sobre os infratores, uma vez que parte da conduta (a venda do produto) ocorreu no interior de seu território, causando danos aos seus consumidores. Da mesma forma, segundo a teoria dos efeitos, a União Européia terá jurisdição sobre a conduta, uma vez que esta teve efeitos em seu território (seus consumidores pagaram preços artificialmente elevados pelos produtos).

São raros os casos em que a escolha de um ou outro elemento de conexão levará a resultados opostos. Podem ser dados três exemplos.¹⁰ O primeiro en-

meiros ser citado o caso *Lotus*, decidido pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1927 (Case S. S. Lotus, Série A, nº 10, 1927, p. 18). O caso envolveu o choque em alto-mar de um navio turco, *Boz Kourt*, e um navio francês, *Lotus*, que ocasionou a morte de oito tripulantes turcos. A Turquia prendeu e processou o capitão do navio francês. O caso foi levado à Corte Permanente de Justiça Internacional, que decidiu que a Turquia tinha o direito de exercer jurisdição sobre o capitão, uma vez que o local da consumação da conduta foi no navio de bandeira turca, que, por razão jurídica, foi considerado ao território turco, configurando importante caso de adoção do princípio da territorialidade objetiva.

8 Ou ainda, como prefere José Carlos de Magalhães, *A aplicação extraterritorial de leis nacionais*, cit., p. 94, "teoria dos impactos territoriais".

9 MAGALHÃES, José Carlos de, *A aplicação extraterritorial de leis nacionais*, cit., p. 94.

10 Nesse sentido, ver GRIFFIN, Joseph E. *Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement*. In: 67 *Antitrust Law Journal*, 159, 167 (1999).

volve a formação de um cartel de importação no país "A" que afeta o comércio de um certo produto produzido e ofertado pelo país "B". O segundo envolve a formação de um cartel de exportação no país "A" que afete o comércio de um produto com o país "B" (o ato de compra neste caso é feito ainda no país "A"). Finalmente, o terceiro exemplo envolve a restrição ilícita da produção de um produto por produtores de um país "A", criando escassez intencional do mesmo no país "B" e, possivelmente, ocasionando o aumento de seu preço nesse segundo país. Nesses três exemplos, toda a conduta foi planejada e cometida no exterior por empresas estrangeiras, não sendo possível que o país "B" exerça sua jurisdição extraterritorialmente com base no princípio da territorialidade objetiva. Apenas se forem levados em conta os efeitos de tais condutas no país "B" é que o mesmo estará autorizado a exercer sua jurisdição.

3 ENFOQUE DOS SISTEMAS

O entendimento da extraterritorialidade em defesa da concorrência evoluiu consideravelmente no curso do tempo. Serão vistas as posturas adotadas por Estados Unidos, União Européia e Brasil com relação à matéria. Uma análise mais detida do entendimento nos Estados Unidos é justificável por ser esse país o precursor do exercício da jurisdição extraterritorial ampla em matéria antitruste.

3.1 Estados Unidos¹¹

O primeiro caso que tratou da extraterritorialidade em direito da concorrência foi o *American Banana Co. v. United Fruit Co.*,¹² julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1909.¹³ A sociedade norte-americana American Banana alegou que sua plantação de bananas havia sido destruída por soldados da Costa Rica e do Panamá instigados pela concorrente United Fruit, requerendo indenização.¹⁴ O juiz do caso, HOLMES, entendeu não ser cabível a aplicação extraterritorial pretendida. Em suas palavras: "*The general and almost*

11 Os Estados Unidos têm um sistema peculiar de defesa da concorrência. É o Poder Judiciário que decide em instância final acerca da aprovação de uma determinada operação que tenha sido apontada com potencialidade de causar efeitos anticoncorrenciais no mercado e da condenação relacionada à prática de condutas anticompetitivas. O Poder Judiciário só atuará mediante provocação e pode ser acionado tanto pelas órgãos antitruste federais (*Antitrust Division of the United States Department of Justice - DOJ*) e o *Bureau of Competition of the Federal Trade Commission - FTC* quanto pelos *State Attorneys General* em terceiros prejudicados.

12 *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

13 Para uma análise pormenorizada da aplicação extraterritorial da legislação antitruste norte-americana até a década de 70, ver ZWARENSTEYN, Hendrik. *Some aspects of the extraterritorial reach of the American antitrust laws*. Devonter: Fred B. Rothman & Co., 1970.

14 Nos Estados Unidos, é devido a título de sucumbência em ações antitruste privadas três vezes o valor do dano (*treble damages*). A ação baseava-se na então Section 7 do Sherman Act, hoje substituída pela Section 4 do Clayton Act.

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.¹⁵

Assim, como o delito não havia sido cometido nos Estados Unidos, este país não teria jurisdição sobre o caso, nos termos do princípio da *lex loci delicti commissi*. Ademais, considerando que os atos do réu não eram ilegais na jurisdição em que foram praticados, não poderiam ser punidos por outros Estados.¹⁶ Essa aplicação territorial da legislação antitruste ficou conhecida como *vested rights theory*. Porém, a adoção do princípio da *lex loci delicti commissi* trouxe algumas dificuldades de interpretação. O que seria considerado o lugar do delito? O que abrangeria o delito? No caso *American Banana*, apesar de toda a conspiração ter sido armada na sede da United Fruit, em Nova Iorque, o Juiz HOLMES considerou que o que importava era apenas o local da destruição da plantação de bananas. Cerca de vinte anos depois, no julgamento de um caso de circunstâncias similares - caso *Sisal Sales*¹⁷ -, a Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a um resultado oposto por meio da interpretação do que seria considerado o lugar do delito. Por essas limitações, o princípio da territorialidade foi sendo flexibilizado aos poucos até ser abandonado por completo nos Estados Unidos em 1945.¹⁸

Nesse ano foi julgado o caso *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*¹⁹ pelo Segundo Circuito. O caso envolveu a formação de um cartel por um grupo de sociedades não norte-americanas produtoras de lingotes de alumínio. A Alcoa, sociedade norte-americana, não integrava o cartel, mas seus acionistas controlavam a Aluminium Limited, sociedade canadense participante do cartel.²⁰ O juiz do caso, LEARNED HAND, sentenciou que o *Sherman Act*

15 *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, cit., 355. E continua "(...) For another jurisdiction, it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own nation's rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other state concerned justly might resent". Em tradução livre: "A regra geral, quase universal, é de que o julgamento de um ato como legal ou ilegal deve ser determinado totalmente pela lei do país onde tal ato foi praticado... Fora outra jurisdição, ao acontecer de aplicar a lei a um determinado agente, de ele ser tratado de acordo com suas próprias regras ao invés daquelas do lugar em que a conduta foi cometida, isso seria não apenas injusto, mas significaria uma interferência na decisão de outro soberano, o que é contrário à cortesia entre as nações, podendo levar a um ressentimento por parte do outro Estado envolvido".

16 A decisão do Juiz Holmes desagradou muitos doutrinadores, havendo inclusive aqueles que o acusaram de estar sofrendo de uma esquizofrenia jurídica (ver THAMMONG, S. *Extraterritorial Jurisdiction under the Sherman Act*. In: 12 *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 101 (1956). Apud ZWARENKSPRYN, Hendrik. *Some aspects of the extra-territorial reach of the American antitrust laws*, cit., p. 124).

17 *United States v. Sisal Sales Corporation et al.*, 274 U.S. 268-475. Ct. 652 (1927). No caso, um grupo de banqueiros e importadores norte-americanos de sisal decidiu monopolizar a totalidade do mercado mexicano de exportação de sisal, principalmente para os Estados Unidos, graças à permissão da legislação mexicana adotada *ad hoc*.

18 Esse novo posicionamento está ligado à mudança na política exterior dos Estados Unidos, que havia decidido sair do isolacionismo tradicional para incorporar o papel de líder mundial. Nesse sentido, ver ZANETTIN, Bruno. *Cooperation between antitrust agencies at the international level*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2002. p. 10.

19 *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 448 (2nd Cir., 1945).

20 Como será visto adiante, os Estados Unidos, a exemplo de outras jurisdições, consideram muitas e controladas entidades únicas para fins de aplicação antitruste. Nesse caso, os Estados Unidos tratou no polo passivo

seria aplicável a acordos ocorridos no exterior se elas tivessem intenção de gerar efeitos no mercado dos Estados Unidos ou em seu comércio exterior e se de fato tivessem gerado.²¹ Essa teoria, conhecida como *affects theory*, foi acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*,²² em 1962.

A orientação estabelecida no caso *Alcoa* foi parcialmente questionada em 1976 no julgamento do caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America National Trust & Savings Association*.²³ Neste caso, a empresa norte-americana Timberlane, que tinha como principal negócio a compra de madeira no exterior para posterior venda nos Estados Unidos, alegava que o Bank of America, por meio de diversas manobras, havia prejudicado a obtenção de madeira por parte da empresa em Honduras, requerendo, assim, sua condenação nos termos do *Sherman Act*.

Ao julgar o caso, o tribunal considerou que a teoria dos efeitos estava incompleta, uma vez que não considerava os interesses das demais nações e, assim, adotou um teste para determinar se um país deveria exercer sua jurisdição extraterritorialmente. Três requisitos deveriam ser preenchidos:²⁴ (i) o ato deve gerar algum efeito – real ou pretendido – no comércio dos Estados Unidos; (ii) o ato deve causar violação evidente ao *Sherman Act*; e (iii) os interesses dos Estados Unidos devem ser suficientemente fortes diante dos interesses das demais nações (em obediência ao princípio da cortesia internacional).²⁵

Essa teoria ficou conhecida como *balancing of interests* ou *jurisdictional rule of reason*. A decisão *Timberlane* foi alvo de críticas uma vez que, no geral, há uma tendência natural dos juízes de dar maior peso aos interesses nacionais que aos dos demais países.²⁶ Por isso, não houve consenso nas Cortes Federais

da ação uma empresa nacional que, apesar de não integrar o cartel, controlava uma empresa canadense participante do mesmo.

21 *United States v. Aluminum Co. of America*, cit., 443-44.

22 *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690, 704-05 (1962).

23 *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America National Trust & Savings Association*, 549 F.2d 587 (9th Cir. 1976); HARRY E. HAWK (*United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, 2. ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall Law & Business, 1996 & Supp. 1999, p. 118) chega a afirmar que a aplicação moderna do *Sherman Act* a condutas estrangeiras deu-se a partir de 1976, com base nesse julgamento.

24 No caso concreto, o tribunal concluiu pelo declínio de jurisdição extraterritorial por não estarem preenchidos todos os requisitos do teste. Entre outros argumentos, o tribunal considerou que os efeitos no comércio dos Estados Unidos não foram significativos e que era considerável a possibilidade de haver um conflito com a política econômica e comercial de Honduras.

25 Consoante à teoria exigida, o tribunal considerou que sete deveriam ser os fatores a serem considerados, quais sejam: (i) o grau de conflito com políticas ou legislações estrangeiras; (ii) a nacionalidade das partes e a localização dos seus principais centros de negócios; (iii) a probabilidade de cumprimento da decisão dos países envolvidos; (iv) a importância relativa dos efeitos do ato nos Estados Unidos se comparados com os efeitos em outros países; (v) a avaliação da existência de propósitos explícitos de prejudicar ou afetar o comércio norte-americano; (vi) a previsibilidade de tais efeitos; e (vii) a importância relativa das violações nos Estados Unidos se comparadas com os demais países. *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America National Trust & Savings Association*, cit., 614.

26 Nesse sentido, ver ROBERTSON, Aidan; DRMETRIOU, Mario. But that was in another country... The extraterritorial application of U.S. antitrust laws in the U.S. Supreme Court. In: *International and Comparative Law Quarterly*, Glasgow: Bell and Bain Ltd., 43, part. 2, 1954.

quanto à aplicação da teoria do *balancing of interests*. Os Circuitos Terceiro,²⁷ Quinto²⁸ e Décimo²⁹ acolheram o entendimento fixado no caso *Timberlane*, enquanto que os Circuitos Sétimo e D.C. questionaram sua validade.

Em 1982, o Congresso dos Estados Unidos manifestou sua posição em relação à teoria dos efeitos com a edição do *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* (FTAIA).³⁰ O Congresso entendeu que só poderá haver exercício extraterritorial da jurisdição em matéria antitruste se determinada conduta estrangeira tiver gerado efeito direto, significativo e razoavelmente previsível (*direct, substantial, and reasonably foreseeable effect*) no comércio dos Estados Unidos,³¹ sem fazer menção à necessidade de se considerar a cortesia internacional quando da aplicação dessa teoria.

Em seguida, em 1987, foi editado o *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*,³² que prevê que os Estados Unidos terão jurisdição sobre acordos concluídos no exterior que tiverem como objetivo principal interferir em seu comércio e se gerarem algum efeito no mercado. A compilação prevê, ainda, a jurisdição sobre qualquer outro acordo que tenha efeito substancial no comércio dos Estados Unidos se o exercício da jurisdição for razoável. Note-se que, de acordo com a compilação, condutas cometidas no estrangeiro que tenham por efeito criar barreiras de acesso a mercado aos produtores norte-americanos estão sujeitas à legislação antitruste dos Estados Unidos.

Em 1993, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma decisão controversa (cinco votos a quatro) no julgamento do caso *Hartford Fire Ins. Co. v. California*,³³ considerou que o *Sherman Act* é aplicável às condutas estrangeiras que tenham produzido efeitos significativos nos Estados Unidos.³⁴ A Corte concluiu que a cortesia internacional apenas deve ser considerada quando verdadeiramente existir um conflito entre a lei nacional e a estrangeira.³⁵ No caso

27 O Terceiro Circuito, ao adotar o teste em decisão no caso *Mannington Mills, Inc. v. Dargolcum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1297-98 (3rd Cir. 1979), adicionou os seguintes fatores que são a serem considerados no que se refere ao terceiro requisito do teste *Timberlane*: (i) a existência de decisões conflitantes; (ii) a possibilidade real de execução extraterritorial; (iii) o nível de aceitação nos Estados Unidos da decisão similar proferida por Estado estrangeiro, e (iv) a existência de um tratado internacional com os países afetados que trate da questão.

28 *American Nica, Inc. v. Arkansas Rice Growers Co-op. Ass'n*, 701 F.2d 403, 413 (5th Cir. 1983).

29 *Montreal Trading v. Amaz*, 861 F.2d 864 (10th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1001, 102 S.Ct. 1634 (1982).

30 15 U.S.C. § 6a.

31 Esse efeito deve também dar lugar a uma ação nos termos do *Sherman Act*, Cf. 15 U.S.C. § 6a(2).

32 Apesar de não ser editado por uma fonte governamental, mas sim pelo *American Law Institute*, esta compilação de lei e política dos Estados Unidos é altamente respeitada no país. A compilação anterior data de 1965.

33 *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993). A ação havia sido movida por detentora *State Attorney General*, juntamente com uma série de ligantes privados, como empresas do ramo de seguros estabelecidas em Londres, que foram afetadas no âmbito da prestação dos seguros, prejudicando clientes norte-americanos.

34 *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, cit., 755.

35 *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, cit., 758.

concreto, a Corte sustentou que os réus deveriam sujeitar-se ao *Sherman Act*, uma vez que deveriam cumprir tanto as leis dos Estados Unidos quanto as da Inglaterra.³⁶ O juiz vencido, SCALIA, criticou a decisão, sustentando que esse posicionamento prejudicaria o relacionamento dos Estados Unidos com seus parceiros comerciais.³⁷

Com o fim de tornar claro seu posicionamento sobre a questão, em abril de 1995 a FTC e o DOJ emitiram o *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (Guidelines)*, que fixa critérios para determinar se um órgão terá competência para investigar atos cometidos fora de seu território. Entre outros critérios, deve-se comparar a importância relativa do ato para os Estados Unidos e os demais países afetados pelo ato, analisar a existência de propósitos explícitos de prejudicar ou afetar o comércio norte-americano e avaliar a efetividade de repressão no país estrangeiro (o que nos remete novamente à cortesia internacional). Importante notar que as *Guidelines* ressaltaram em seu texto a aplicação da legislação antitruste dos Estados Unidos a condutas que impeçam o acesso de empresas norte-americanas a mercados externos,³⁸ em linha com o previsto pelo *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*.³⁹

Quanto às previsões de cunho penal da legislação antitruste dos Estados Unidos, o Primeiro Circuito entendeu, em decisão proferida no caso *United States v. Nippon Paper Industries Co.*,⁴⁰ que as mesmas são aplicáveis aos infratores estrangeiros tais como as previsões civis do *Sherman Act*.⁴¹

No que se refere à possibilidade de os Estados Unidos exercerem jurisdição sobre a matriz estrangeira por meio de subsidiária local, doutrina⁴² e juris-

36. *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, cit., 789; "No conflict exists between laws of United States and foreign state, for purposes of principles of international comity, where a person subject to regulations by two states can comply with the law of both". Em tradução livre: "Não há conflito entre as leis dos Estados Unidos e as estrangeiras, sob o aspecto do princípio da cortesia internacional, quando uma pessoa sujeita a ambas as leis puder cumprir com as determinações de ambas".

37. Cf. Aileen Robertson e Marie Demetrio (But that was in another country... cit.), o juiz Scalia afirmou: "That breathtakingly broad proposition (...) will bring the Sherman Act and other laws into sharp and unnecessary conflict with the legitimate interests of (...) our closest trading partners". Em tradução livre: "Essa proposta ampla e impositiva (...) levará o Sherman Act e outras leis a conflitos desnecessários com interesses legítimos de (...) nossos parceiros comerciais mais próximos".

38. U.S. Department of Justice, The Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, [s.l.], [s.n.], 1995, ponto 3.122, "Jurisdiction in Cases Under Subsection 1(3) of the PCAIA".

39. As *Guidelines* trazem uma série de análises por meio de exemplos ilustrativos. Por sua expressividade, analisemos o primeiro deles. O caso trata de quatro empresas estrangeiras que afetaram seus produtos nos Estados Unidos por meio exclusivo de exportação a que possuem a intenção de aumentar o preço do produto artificialmente por meio de um cartel. As vendas dessas empresas representam um percentual significativo se comparadas com as vendas totais do produto no país. As *Guidelines* concluem que esse caso está sujeito à jurisdição dos Estados Unidos, haja vista os efeitos produzidos no seu território.

40. *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997). Nesse caso, a conduta anticompetitiva de exceção de preço teve lugar inteiramente no Japão, com geração de efeitos nos Estados Unidos. A decisão concluiu assim que a conduta cometida pelos indivíduos condenados era ilegal tanto nos Estados Unidos quanto no Japão.

41. *Idem*, ver SCULLAN, James; WELLMAN, Philip S. The Extraterritorial Application of the U.S. Antitrust or Criminal Conspiracies. In: *European Competition Law Review*, 151, 1996.

42. Ver, p. ex., ARZEDA, Philip; RAPIGON, Louis. *Antitrust analysis problems, text, cases*, 4. ed. Boston: Little-Brown & Co., 1988, p. 155 e ss.

prudência tem indicado que a resposta é positiva. Em *Kramer Motors v. British Leyland*,⁴³ decidiu-se que, para tanto, era necessário comprovar que a matriz tinha interferência nas atividades da subsidiária. Em 1984, com o julgamento pela Suprema Corte do caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*,⁴⁴ foi lançada a doutrina *Copperweld*, segundo a qual a matriz e sua subsidiária integral devem ser tratadas como entidades únicas para fins de aplicação da legislação antitruste em vista da unidade de interesses de ambas. Isso porque a decisão de uma empresa de estabelecer uma subsidiária está ligada a questões tributárias e outras questões que pouco tem a ver com o direito antitruste. No caso da subsidiária não ser integral, há que considerar se a matriz detém o seu controle. Em caso positivo, o exercício da jurisdição sobre a matriz estrangeira por meio da subsidiária local estará autorizado.⁴⁵ Por outro lado, se a empresa estrangeira não detiver o controle da empresa localizada nos Estados Unidos, não interferindo de maneira decisiva no processo de condução dos seus negócios, a doutrina *Copperweld* não deverá ser aplicada.⁴⁶

Com relação à imunidade de jurisdição sobre outros Estados, os Estados Unidos vêm seguindo, desde 1976, o *Foreign Sovereign Immunities Act*,⁴⁷ que garante imunidade antitruste para os atos de um terceiro Estado cometidos como ente público soberano (*governmental actions*), mas não para aqueles atos cometidos como se particular fosse (*commercial actions*).⁴⁸

Finalmente, no tocante à possibilidade de particulares estrangeiros ingressarem com uma ação privada nos Estados Unidos pleiteando três vezes o valor do dano em virtude de conduta anticoncorrencial (*treble damages*), o entendimento da Suprema Corte, fixado recentemente no caso *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A. et al.*,⁴⁹ é restritivo. O caso envolvia a fixação de

43 *Kramer Motors v. British Leyland*, 624 F.2d, 1175 (9th Cir.), cert. denied, 448 U.S. 1562, 101 S.Ct. 736 (1980).

44 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 104 S.Ct. 2731 (1984).

45 Nesse sentido, *Holding v. Manor Care, Inc.*, 173 F.3d 333, (N.D. Ill. 1999); *Seabury Management, Inc. v. Professional Golfers' Association of America, Inc.* 676 F.Supp.,721 (D. Md. 1992); *Rosen v. Hyundai Group (Korea)*, 820 F.Supp. 41 (E.D. N.Y. 1993).

46 Cf. HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practices*, 2. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 180-180.

47 28 U.S.C.A. § 1602 e ss.

48 No caso *International Assn. of Machinists & Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1364 (8th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1183, 102 S.Ct. 2028 (1982), foi movida uma ação com base no *Sherman Act* contra os membros da OPEC por fixação do preço do petróleo e seus derivados. O tribunal entendeu, entre outros argumentos, que política relacionada a recursos naturais era controlada pelo soberano dos países membros da OPEC e que aquelas atividades eram governamentais e não comerciais, sendo, portanto, imunes à legislação antitruste. Em *Outboard Motors Corp. v. Perzeta*, 481 F.Supp. 384 (D.Del. 1979), o tribunal entendeu que uma organização governamental polonesa ativa na comercialização de equipamentos de golfe (*golfoare*) não estava imune à legislação antitruste norte-americana, em vista do caráter comercial de suas atividades.

49 *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A. et al.*, 124 S. Ct. 2360 (2004). A decisão, unânime, pôs fim à divergência existente entre o Quinto Circuito, de um lado, e o Segundo e o D.C. Circuitos de outro. No caso *Dea Norske Stats Offensivap A/s v. Heerfeldt Vef*, 241 F.3d 428 (9th Cir. 2001), uma empresa petrolífera da Noruega visava à condenação nos termos do *Sherman Act* de grandes petroleiros que teriam artificialmente inflado os preços dos seus serviços no Mar do Norte e no Golfo do México por meio de uma conspiração, visando à obtenção de indenização. O Quinto Circuito decidiu que os Estados Unidos não tinham jurisdição

preços por produtores de vitaminas que levou ao aumento de preços do produto nos Estados Unidos e, de forma independente, em outros países (cartel internacional). Distribuidores de vitaminas da Ucrânia, da Austrália, do Equador e do Panamá ingressaram com ação nos Estados Unidos visando à indenização. A Suprema Corte concluiu, observando o princípio de não-interferência do direito internacional público, que os Estados Unidos não eram competentes para conhecer aquele pedido de indenização, uma vez que os danos alegados não decorreram diretamente dos efeitos da conduta nos Estados Unidos. Com efeito, decisão em sentido diverso faria com que partes estrangeiras ingressassem com ações de indenizações nos Estados Unidos em uma escala nunca desejada pelo Congresso norte-americano – reflexo do *international forum shopping*,⁶² em vista da relativa agilidade do Judiciário norte-americano, se comparado com o de outros países, e da previsão de *treble damages*.

Concluindo, os Estados Unidos passaram da adoção do princípio da territorialidade estrita para a teoria dos efeitos, muitas vezes adotada de forma agressiva, sem considerar por completo o interesse dos demais países envolvidos. Com o precedente lançado pela Suprema Corte no caso *Hartford Fire*, o papel da cortesia internacional, antes ressaltado no caso *Timberlane*, foi reduzido, devendo ser observado apenas quando houver um conflito direto entre leis nacionais e estrangeiras. Deve-se dizer que grande parte dos países discorda explicitamente do amplo escopo extraterritorial da lei do *domos* da concorrência dos Estados Unidos, principalmente em vista de que nesse país são devidos três vezes os valores do dano em ações antitruste privadas (*treble damages*) e em vista do caráter penal de sua legislação antitruste. O posicionamento adotado no caso *Empagran* apenas limita, em termos, que partes estrangeiras busquem indenização por danos anticoncorrenciais em ações privadas no país, mas não significa que o país restringiu o âmbito extraterritorial de suas leis a condutas e estruturas anticoncorrenciais (reais ou potenciais) que causam efeitos nos Estados Unidos.

sobre o caso, ainda que o mesmo tenha resultado em preços mais elevados de petróleo no país, isso porque os danos que a empresa de Noruega afirmou ter sofrido não decorreram dos efeitos da conduta no mercado doméstico norte-americano, mas decorreram diretamente da conduta ocorrida fora dos Estados Unidos. De forma oposta decidiu o Segundo Circuito no caso *Kruppa v. Christie's International PLC*, 281 F3d 384 (2nd Cir. 2002). Nestas partes estrangeiras visavam a obter indenização por danos causados pela fixação de preços no mercado de leilão de peças de arte por parte de Christie's e Sotheby's. O tribunal concluiu que, como a conduta havia também gerado efeitos nos Estados Unidos, a indenização era devida. Esse posicionamento havia sido adotado pelo Circuito D.C. no caso *Karpagran* antes do mesmo ser remetido à Suprema Corte. Com a decisão da Suprema Corte, a divergência fica superada, uma vez que sua decisão é vinculativa para todas as futuras decisões proferidas pelos tribunais e juizes norte-americanos.

62 O desejo da Suprema Corte de evitar que os Estados Unidos sejam alvo preferencial de *international forum shopping* não está presente apenas no campo antitruste. Logo após a decisão *Empagran*, o Supremo Corte entendeu que o *Alien Tort Statute*, diploma norte-americano que disciplina a responsabilidade civil relativa a fato ilícito reclamada por estrangeiros, não enseja ações nos Estados Unidos por todos os violações de direitos humanos ocorridas no exterior – caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2738 (2004).

3.2 União Européia

O art. 81, § 1º, do Tratado de Roma⁵¹ determina que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Os tribunais europeus e a Comissão Européia⁵² foram aplicando essa determinação a condutas praticadas por empresas estrangeiras que afetassem o mercado comunitário com base em diferentes teorias.

Na decisão proferida no acórdão *Béguelin*,⁵³ em 1971, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE)⁵⁴ consagrou, pela primeira vez, o critério da territorialidade objetiva com o fim de determinar o campo de aplicação das normas concorrenciais comunitárias. Segundo esta decisão, as normas concorrenciais comunitárias deverão ser aplicadas toda vez que um acordo for aplicável no interior do mercado comum, independente das partes envolvidas estarem ou não situadas dentro da Comunidade:

"2. Competition - Cartels - Participation in an agreement by an undertaking situate in a third country - Application of the prohibition in article 85 (1) - conditions

2. (A) if the agreement is operative on the territory of the common market, the fact that one of the undertakings which are parties to it is situated in a third country does not prevent the application of article 85 of the EEC treaty."⁵⁵

Em 1988, o TJCE julgou o caso *Woodpulp*,⁵⁶ condenando fabricantes de celulose finlandeses, suecos, canadenses e norte-americanos por formação do cartel que havia prejudicado o comércio comunitário.⁵⁷ As empresas haviam

51 Tratado que institui a Comunidade Européia, de 25 de março de 1957, versão consolidada.

52 A Comissão Européia é o órgão executivo da Comunidade. A Comissão é a responsável por decidir em caráter definitivo na esfera administrativa todas as questões relacionadas ao controle de estruturas e condutas que tenham dimensão comunitária. A decisão da Comissão está sujeita ao controle jurisdicional do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias e do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

53 Processo nº 22/71, *Béguelin Import Co. v S.A.B.I. Import Export*, 1971; ECR 649.

54 O TJCE é o órgão jurisdicional comum às três comunidades européias. Como intérprete final do direito comunitário, contribui à unificação do mesmo. É um tribunal de recurso frente às decisões do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias. Com a ratificação da Constituição européia pelos Estados-membros e após cumpridos os requisitos necessários para sua entrada em vigor, passará a se chamar "Tribunal de Justiça da União Européia" (TJUE).

55 Em tradução livre: "2. Concorrência - Cartéis - Participação em um acordo por meio de um compromisso tomado em um terceiro país - Aplicação do art. 85 (1) - Condições. 2. (A) Se o acordo é operacional no território do mercado comum, o fato de que um dos acordos foi tomado pelas partes em um terceiro país não impede a aplicação do art. 85 do Tratado das Comunidades Européias".

56 Casos Conjuntes 85, 114, 116-117 e 128-129/85, *Åhlström Osakeyhtiö and Others v. Comissão* (*Woodpulp I*), 1988, ECR 6193.

57 Decisão nº 86/202, de 19 de dezembro de 1985, OJ (1985) L 35/1.

recorrido da decisão da Comissão ao TJCE alegando que a União Européia não teria jurisdição sobre eles, configurando-se uma violação do dever de não-intervenção previsto no direito internacional público. O TJCE rejeitou tal argumentação, com base no que segue:

*"The producers in this case implemented their pricing agreement within the Common Market. (...) Accordingly the Community's jurisdiction to apply its competition rules to such conduct is covered by the territoriality principle as universally recognized in public international law."*⁵⁸

Assim, a venda de produtos a consumidores situados na União Européia por empresas estrangeiras é suficiente para justificar a jurisdição do bloco, sendo irrelevante para esse propósito se a venda se deu de forma direta ou indireta. Essa teoria ficou conhecida como *implementation doctrine* e tem por base o princípio da territorialidade objetiva.

A teoria dos efeitos foi adotada pela Corte de Primeira Instância das Comunidades Européias⁵⁹ (TPICE) no caso *Gencor*,⁶⁰ que sentenciou que a jurisdição extraterritorial da União Européia justifica-se perante o direito internacional público toda vez que seja provável que um ato de concentração traga efeitos imediatos e significativos no mercado comum. Os critérios de "previsibilidade", "efeitos imediatos" e "efeitos significativos" devem ser verificados caso a caso. A sentença ressaltou que a adoção da teoria dos efeitos não significa o abandono da *implementation doctrine*, em vista da complementaridade de ambas. Apesar de esse último julgamento tratar de um ato de concentração, deve-se considerar que a teoria dos efeitos é igualmente aplicável a condutas anticoncorrenciais, uma vez que as questões jurisdicionais a serem analisadas são basicamente as mesmas.

Surge a questão se o TJCE adotará expressamente a teoria dos efeitos, visto que a decisão acima citada é oriunda do TPICE. A tendência é que isso ocorra, mas a verdade é que a distinção prática entre a teoria dos efeitos e a teoria da implementação é limitada, como visto acima, o que tira a relevância da discussão relativa a esse ponto.⁶¹ O Procurador-Geral da então Comunidade

58 Em tradução livre: "Os fabricantes implementaram seus acordos de preço dentro do mercado comum. (...) Nesse sentido, a jurisdição da Comunidade para aplicar suas regras de defesa da concorrência para tal conduta é coberta pelo princípio da territorialidade, tal como reconhecido no direito internacional público".

59 O TPICE foi criada pela Decisão do Conselho das Comunidades Européias nº 88/591, de 24 de outubro de 1988, e examina em primeira instância, entre outros, os recursos apresentados contra uma instituição da Comunidade por pessoas físicas ou jurídicas a que concerneu a aplicação de regras de concorrência. Contra suas decisões, cabe recurso ao TJCE.

60 Caso T 102/96, *Gencor Ltd v. Comissão*, 1999, 4 CMLR 971.

61 GRIFFIN, Joseph P. *Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement*, cit.: "Any practical importance of the distinction between anti-competitive conduct outside the EU 'implemented' in the Common Market and the 'effect' of such conduct in the Common Market likely is limited to a few, rare situations". Em tradução livre: "Qualquer importância prática da distinção entre condutas anticompetitivas ocorridas fora da União Européia e implementadas no Mercado Comum e os efeitos de tais condutas no Mercado Comum está limitada a raras e poucas situações".

Europa. M. DARMON,⁶² afirmou expressamente que a teoria da implementação pauta-se na teoria dos efeitos, uma vez que a justificativa final é a presença de efeitos diretos, significativos e previsíveis do ato no mercado comum. Ainda, nas palavras de então *Assistant Attorney General* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos: "*European Union's is very close to, if not indistinguishable from, the so-called 'effects' test as applied by U.S. courts*".

A Comissão Europeia tem ido mais além e expressado seu desejo de aplicar extraterritorialmente a legislação comunitária de defesa da concorrência não só a práticas estrangeiras cometidas em parte no interior do bloco, mas também a práticas estrangeiras que impeçam empresas comunitárias de terem acesso a terceiros mercados, nos moldes dos Estados Unidos.⁶³

No que se refere ao alcance da matriz estrangeira por meio de atos cometidos pela subsidiária comunitária, a Comissão e o TJCE entendem que a resposta é positiva. No julgamento do caso *Dyestuffs*,⁶⁴ o TJCE entendeu que é atribuída ao grupo econômico situado fora da União Europeia a conduta de sua subsidiária comunitária. Tratava-se de um cartel de fabricantes de tintas que fixava preços de uma série de produtos vendidos no mercado comum. A empresa inglesa Imperial Chemical Industries (ICI) fazia parte do cartel e atuava de forma indireta no mercado comunitário, por meio de suas subsidiárias (à época, o Reino Unido ainda não era membro da União Europeia). A Comissão Europeia decidiu punir a empresa inglesa, que apelou para o TJCE, argumentando que não poderia ser responsabilizada pela conduta de suas subsidiárias. O tribunal rejeitou tal argumento, sentenciando que o fato de a subsidiária ter uma personalidade jurídica distinta de matriz não é suficiente para excluir a possibilidade de imputar sua conduta à sua controladora, enfatizando-se a unidade da conduta no mercado para os fins de aplicação de normas concorrenciais. Essa doutrina ficou conhecida como *economic entity doctrine* ou *group economic unit doctrine*. Esse posicionamento foi reafirmado pelo TJCE no caso *Woodpulp* referido acima.⁶⁵

62 Parecer de 25 de maio de 1992, §§ 47 e ss.

63 MERT, Karel Van. *Analysis and Guidelines on Competitive Policy, Address at Royal Institute of Int'l Affairs, London (May 11, 1999)*. Apud Joseph D. Griffin (EC and U.S. Extraterritoriality: Activism and Co-operation, in: *Berkeley International Law Journal*, 1992), entre Comissão de Defesa da Concorrência, indicou que a Comissão Europeia "needs to ensure (...) (3) that anticompetitive practices in third markets do not prevent EC companies having access to those markets... The Commission will not hesitate to use its powers where necessary to preserve undistorted competition inside the EC and market access outside". Em tradução livre: "precisa garantir (...) (3) que práticas em terceiros mercados não impeçam empresas da Comunidade Europeia de ingressar nesses mercados. A Comissão não hesitará em usar seus poderes toda vez que necessário para preservar a concorrência dentro da Comunidade Europeia e para garantir o acesso a mercados estrangeiros".

64 Processo nº 44/89, *ICI v. Comissão (Dyestuffs)*, 1972, ECR 619.

65 Casos Conjuntos 89/114, 116-117 e 125-128/89, *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Comissão (Woodpulp II)*, 1993, ECR 5193. O tribunal considerou que: "It is immaterial in that respect whether or not they had recourse to subsidiaries, agents, sub-agents, or branches within the Community in order to make their contracts with purchasers within the Community". Em tradução livre: "É irrelevante para esses efeitos (conclusão) se (a empresa) recorre a suas subsidiárias, agentes, subagentes ou filiais dentro da Comunidade para fazer seus contratos com os compradores dentro da Comunidade".

Essa doutrina foi suavizada com o caso *Viho*,⁶⁶ com a adoção da *intra-enterprise doctrine*. De acordo com esta, o referido art. 81, § 1º, não se aplica aos acordos intra-empresa ou práticas envolvendo a matriz e suas subsidiárias se o grupo econômico é estruturado de tal forma que as subsidiárias têm liberdade para determinar seu curso de ação no mercado.

Pode-se concluir que o TJCE tem aos poucos procurado se alinhar com a teoria dos efeitos defendida pela Comissão, seguindo posicionamento dos Estados Unidos. Ainda que hoje o TJCE e a Comissão justifiquem o exercício extraterritorial da jurisdição da Comunidade com base em diferentes teorias, isso não leva a decisões divergentes na grande maioria dos casos, o que faz com que, nos casos controversos, a jurisdição da União Européia seja confirmada em sede recursal. Conclui-se que, a exemplo dos Estados Unidos, houve aos poucos um alargamento do exercício da jurisdição extraterritorial.

3.3 Brasil

A Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) prevê explicitamente sua aplicação extraterritorial. O âmbito da aplicação da lei é fixado no caput do seu art. 2º, que determina, *in verbis*:

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

Uma análise do caput desse artigo nos leva à conclusão de que o legislador optou por adotar expressamente duas teorias para justificar o exercício da jurisdição extraterritorial do Estado. A primeira tem por base o princípio da territorialidade, contemplada no trecho referente "às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional", e a segunda tem por base o princípio dos efeitos territoriais (potenciais ou reais), contemplada no trecho "ou que nele produzam ou possam produzir efeitos".

Pelo princípio da territorialidade, estão sujeitas à jurisdição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁶⁷ as práticas cometidas inteira-

66 *Viho v. Commission*, ECJ, julgamento de 24 de outubro de 1996, ECR I - 5457.

67 O SBDC é formado pelos seguintes órgãos da Administração Pública: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), e Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (CADE). Tais entes atuam tanto no controle de estruturas, que analisa fusões, aquisições, joint ventures e outras transações que resultem em concentração econômica ou de qualquer modo possam afetar a livre concorrência, quanto no controle de condutas, que objetiva reprimir as intropias à ordem econômica. A SEAE emite pareceres econômicos não vinculativos a respeito de transações sujeitas ao controle das estruturas e possui poderes gerais de monitoramento do preço em diversos setores da economia. Quanto ao controle de condutas, apesar de SEAE não ser obrigada a emitir parecer em um dado processo, o órgão opta por se manifestar nos casos de maior relevância. Por sua vez, a SDE é o principal órgão investigador de condutas anticompetitivas e emite pareceres jurídicos não vinculativos no que diz respeito ao controle de estruturas e de condutas. Finalmente, o CADE é uma autarquia que exerce as funções de tribunal administrativo, decidindo na esfera administrativa todas as questões relacionadas ao controle de estruturas e de condutas. A Constituição Federal brasileira garante a revisão judicial de qualquer decisão emitida pelo CADE.

mente ou em parte no território nacional. Interessa, portanto, o local da atividade. Tendo a prática sido iniciada, concluída ou cometida inteiramente no Brasil, estaria sujeita à lei antitruste nacional. Porém, como visto acima, pelo princípio da territorialidade são os efeitos do ato cometido no todo ou em parte no território nacional que coloca o Estado em posição legítima para se julgar competente para conhecer o ato.⁶⁸ Assim, no caso de condutas iniciadas ou concluídas no território nacional, para a lei nacional ser aplicada, têm as mesmas que afetar de algum modo, ainda que potencialmente, o mercado nacional. Em outras palavras, atos sem quaisquer conseqüências no território brasileiro não merecem ser analisados pelo SBDC.⁶⁹

Por sua vez, pelo princípio dos efeitos territoriais, aplica-se a lei antitruste brasileira toda vez que o ato causar efeitos reais ou potenciais no País. Como já foi visto, a teoria dos efeitos territoriais surge em decorrência de uma evolução da teoria da territorialidade e é mais ampla que esta. Ressalte-se que o legislador optou por não qualificar quais efeitos são suficientes para autorizar a jurisdição extraterritorial do Brasil – apenas determinou que os efeitos devem ser reais ou potenciais.

Em vista desse silêncio da lei, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem aos poucos tentando fixar critérios para o exercício da jurisdição brasileira sobre atos de concentração entre empresas estrangeiras que causem efeitos no País. Merecem ser analisados os casos em que o CADE julgou-se incompetente para conhecer um ato, dentro os quais destacam-se os referidos abaixo.⁷⁰

No caso *Pacific Cycle, LLC e Schwinn/GT Corp.*,⁷¹ o CADE determinou o arquivamento do processo sem julgamento de mérito, uma vez que entendeu que uma operação que envolve empresas sem qualquer tipo de representação

68 Nesse sentido, ver MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais, cit., p. 64; CORRÊA, Darwin Lourenço. *Jurisdição extraterritorial em direito antitruste*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002, p. 154.

69 Por exemplo, imagine duas empresas sediadas no Brasil que decidam constituir uma joint venture na China para fabricação de um produto que será vendido exclusivamente naquele país por um tempo determinado para atender demanda específica daquele mercado. Deveria este ato ser apresentado ao SBDC somente porque o acordo foi realizado no Brasil? Entende-se que a resposta é negativa, haja vista que inexistem efeitos do ato no país (reais ou potenciais).

70 Em outros casos, a discussão dos efeitos de uma operação no Brasil também foi travada. Apesar da maioria do Plenário do CADE haver decidido pelo conhecimento da operação, ficou clara a emergência de um novo entendimento nesse tema por parte de alguns conselheiros: (i) AC 08012/002385/2000-17, Hwaosungrange Unilab e Halliburton Company, Relator Conselheiro Thompson Andrade, DJ 26.06.2003; (ii) AC 08012/007073/2002-75, General Dynamics Corporation e BWX Rheinwerke Kaiserlautern GmbH, Relator Conselheiro Roberto Pfeiffer, DJ 26.02.2003; (iii) AC 08012/004181/2001-12, TD Capital Canadian Private Equity Partners (QLP) LP e Harrowsay Inc., Relator Conselheiro Thompson Andrade, DJ 20.12.2002; (iv) AC 08012/007637/2001-33, Denso Corporation, Magneti Marelli S.p.A. e Magneti Marelli Holding S.p.A., Relator Conselheiro Roberto Pfeiffer, DJ 16.10.2002; (v) AC 08012/002875/2002-30, Regis Corporation e Games International Limited, Relator Conselheiro Fernando Marques, DJ 02.10.2002; e (vi) AC 08012/003326/2002-11, Sears Roebuck and Co., L.P. e Inlet Acquisition Corp., Relator Conselheiro Thompson Andrade, DJ 11.05.2002.

71 AC 08012/00625/2001-39, Relator Conselheiro Ronaldo Macedo Júnior, DJ 22.05.2002. Trata-se de aquisição de ações da Schwinn/GT Corp. pela Pacific Cycle, LLC, ambas empresas norte-americanas.

própria no Brasil e que apenas uma delas tinha vendas insignificantes ao Brasil (inferiores a 0,5% do mercado relevante) por meio de revendedores independentes não deveria ser submetida ao SBDC.

Esse entendimento foi aplicado no julgamento do caso *Assa Abloy AB e Besam AB*,⁷² que envolvia empresas suças. A Besam AB atuava no mercado brasileiro por meio de poucas exportações, sendo que no ano anterior à operação havia vendido uma única porta no Brasil. A Assa Abloy não oferecia qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação. O CADE considerou que a operação era incapaz de causar efeitos no Brasil, ainda que potenciais, arquivando o processo sem julgamento de mérito.

Merece destaque ainda o entendimento do CADE no caso *The Carlyle Group e Cinotiq Group Plc.*,⁷³ em que o primeiro grupo adquiriu este último. O Cinotiq Group era grupo britânico que não possuía ativos ou estabelecimento no Brasil, atuando no País apenas por meio de exportações esporádicas. Por sua vez, o The Carlyle Group, de origem norte-americana, não detinha qualquer empresa ativa nos mesmos ramos de atividades da empresa-alvo. O CADE não conheceu a operação, arquivando-a sem julgamento de mérito, em vista da inexistência de efeitos no território brasileiro. Tais entendimentos foram confirmados mais recentemente nos casos *NSK Ltd. e NSK Torrington Co. Ltd.*⁷⁴ e *Eastman Kodak Company e Practiceworks Inc.*⁷⁵

Mais recentemente (janeiro de 2005), o CADE passou a sustentar que o critério de notificação relativo ao faturamento, previsto no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 (R\$ 400 milhões), deve ser entendido como o faturamento do grupo econômico a que as partes fazem parte no Brasil⁷⁶ e não mais no mundo, como vinha sendo entendido de forma pacífica desde 1996.⁷⁷ A justificativa é que, com esse novo entendimento, apenas as operações que têm algum potencial de causar efeitos no País serão apresentadas ao SBDC. Assim, uma notificação somente será justificada se o grupo econômico envolvido tiver um nível de atividades significativo no País (ao menos R\$ 400 milhões) ou a parte detiver ao

72 AC 09012.003246/2003-66, Relator Conselheiro Thompson Andrade, DJ 01.03.2003.

73 AC 09012.009254/2003-36, Relator Conselheiro Fernando Magães, DJ 13.08.2001.

74 AC 06012.005749/2003-77, Relator Conselheiro Thompson Andrade, DJ 05.11.2003. A operação não envolvia ativos ou empresas no Brasil. O CADE entendeu que essa operação internacional, envolvendo a aquisição de capital social de empresa que não possui filial, agência, sucursal, escritório, agente ou representantes no Brasil e que não comercializa qualquer produto no País, não é capaz de produzir efeitos em território nacional.

75 AC 09012.008855/2003-71, Relator Conselheiro Thompson Andrade, DJ 10.12.2003. O CADE entendeu que uma operação realizada no exterior que não envolva aquisição horizontal, constatada na aquisição de empresa que não possui filial ou escritório no Brasil e que comercializa seus produtos no País por meio de insignificantes exportações esporádicas, não é capaz de produzir efeitos no território brasileiro.

76 Esse entendimento foi firmado de forma unânime pelo CADE no julgamento do AC 08012.002892/2004-14, ADI Telecomunicações, Inc. e Korea International Holding, Inc., Relator Conselheiro Roberto Pletzer, DJ 19.01.2005, e vem sendo seguido nos julgamentos posteriores pelos conselheiros do CADE, à exceção do Conselheiro Luis Scaloppo.

77 Tal entendimento foi firmado com o julgamento do AC 28016, Nelson Chemical Company e Exxon Chemical Company, DJ 19.02.1996.

menos 20% do mercado relevante (em conjunto com a outra parte da operação).⁷⁸

Com relação à jurisdição do Brasil sobre condutas cometidas no exterior, merecem ser citados os pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) em conexão com a investigação no País do cartel internacional das vitaminas⁷⁹ e das lisinas.⁸⁰ Em ambos os casos, a SEAE sugeriu a condenação das representadas, uma vez que a conduta teria gerado efeitos no Brasil em vista do alto volume de exportações que as empresas envolvidas no cartel tinham para o País.

No que se refere ao alcance das condutas cometidas por matriz estrangeira por meio de subsidiária aqui situada, o Brasil optou por seguir a mesma linha de outras jurisdições. Matriz e subsidiária, a despeito de terem personalidade jurídica distinta, são consideradas antes únicos para os fins de aplicação autitruste. Pelo reduzido número de investigações relacionadas a condutas internacionais, analisamos novamente o cartel das lisinas, em fase de instrução.⁸¹ Neste caso, a conduta concertada foi planejada e articulada no exterior exclusivamente por sociedades estrangeiras, sendo que as subsidiárias brasileiras vendiam os produtos no País. Por serem considerados antes com unidades de interesses, as autoridades indicaram como algumas das representadas as subsidiárias brasileiras controladas pelas empresas estrangeiras integrantes do cartel⁸² e não as matrizes, tendo em vista a facilidade do alcance da subsidiária.

Esse entendimento é seguido com relação a atos de concentração. Como já comentado, a Lei nº 8.884/94 aponta como um dos critérios para apresentação de atos de concentração o faturamento bruto anual no último exercício equivalente a R\$ 400 milhões por qualquer um dos participantes. A jurisprudência do CADE firmou entendimento no sentido de que por "participantes" deve-se

78 Com a interpretação restritiva do critério do faturamento, volta a ganhar importância o critério de participação de mercado. Contudo, é questionável adotar esse critério para determinar a necessidade da notificação. Definição de mercado relevante é algo muito subjetivo, e nem sempre é possível ter dados confiáveis sobre o conteúdo de um mercado (o que, conseqüentemente, afeta a estimativa de participação no mesmo). Não por outro motivo, as *Recommendal Practices for Merger Notification Procedures da International Competition Network* entendem que esse critério não é adequado para determinar a necessidade de uma notificação (a recomendação geral é que critérios de notificação devam ser quantitativos de forma objetiva). Correto o risco de operações que poderiam causar efeitos no País não sejam notificadas em decorrência da subjetividade do critério de participação de mercado. Na ausência de reforma legal, uma solução seria, ao menos para operações internacionais, manter a interpretação anterior quanto ao critério do faturamento, devendo o CADE emitir uma resolução para quantificar o critério dos efeitos previsto no art. 2º da Lei nº 8.884/94.

79 PA 06012.004596/00-18, Parecer nº 210/2502/COGDC/SEAE/MP de 27 de dezembro de 2002. O processo ainda encontra-se em instrução.

80 PA 06012.004397/00-22, Parecer nº 209/2002/COGDC-IP/SEAE/MP de 17 de dezembro de 2002. O processo ainda encontra-se em instrução.

81 PA 06012.004897/00-23.

82 Como a ADM Exportadora e Importadora S.A., subsidiária da ADM Co., e a Ajijoneto Interamericana Ind. e Com., subsidiária da Ajijoneto Co. Inc.

entender todo o grupo econômico, ainda que a parte do ato de concentração seja uma subsidiária e não a matriz, em vista da unidade de seus interesses.⁸³

Por fim, analisemos os parágrafos que compõem o art. 2º da Lei nº 8.884/94, transcritos abaixo:

"§ 1º Reputa-se domiciliada⁸⁴ no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil."

Trata-se essencialmente de regras de caráter processual, inspiradas em normas do Código de Processo Civil (CPC), que objetivam facilitar a condução de processos no País e a posterior execução da decisão administrativa proferida pelo CADE. O art. 88 do CPC determina que é considerada domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que tiver no País agência, filial ou sucursal.⁸⁵ Por sua vez, o art. 12 do mesmo diploma legal prevê que será representada em juízo, ativa e passivamente, a pessoa jurídica estrangeira pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal, aberta ou instalada no País. O § 3º do citado artigo determina que o gerente da filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.⁸⁶

Como se vê, o § 1º do art. 2º da Lei Antitruste ampliou o quanto previsto no art. 88 do CPC, incluindo em sua redação o agente ou representante da empresa estrangeira. Isso porque se presume que os mesmos têm com a empresa

83 Deve-se citar como precedentes o caso *Nalco/Hixon* referido acima. Ainda, no caso *Indústria Química Kijia Ltda. e Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda.*, AG 08012.002754-08-41, J. 18.08.1998, foi entendido que: "É óbvio que o critério de faturamento a ser adotado é o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quotas forem as subsidiárias ou sucursais que o constituem. (...) A matriz e suas filiais mantêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste". Interessante é o caso mencionado por Nabel Vaz, *Legislação de Defesa da Concorrência e Estratagem de Inicialidade*, in *Revista do IFRAC*, v. 4, n. 6, ano 1997, p. 208). As empresas sueca ASEA e suíça Brown-Boveri realizaram operação de fusão no final da década de 80 e decidiram não submetê-la ao CADE. As empresas atuavam regularmente no País por meio de suas subsidiárias. Em razão da unidade empresarial entre matriz e subsidiária (o que fazia com que o critério de faturamento mundial, como entendido àquela época, fosse prescrito), o CADE solicitou às subsidiárias que apresentassem a operação internacional ao órgão, o que foi feito em seguida.

84 A redação anterior à dada pela Lei nº 10.140, de 21 de dezembro de 2000, usava o termo "situada" no lugar de "domiciliada". A mudança deve-se para compatibilizar o determinado nesse artigo com o disposto no art. 88, I, do Código de Processo Civil ("É competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil").

85 Prevê o art. 84 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, em vigor segundo o estabelecido pelo art. 300 da Lei nº 8.404, de 15 de dezembro de 1993, que as sociedades estrangeiras não podem, sem a autorização do Governo Federal, funcionar no País, por si mesmas ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem.

86 Os dispositivos do CPC aplicam-se subsidiariamente àquelas da Lei nº 8.884/94, conforme o art. 83 dessa última lei.

estrangeira relacionamento regular, o que possibilita o alcance mais rápido da empresa estrangeira.⁸⁷ A provisão do § 2º visa igualmente a facilitar o alcance da empresa estrangeira. Não será necessária a emissão de cartas rogatórias para que seja determinada a citação da empresa estrangeira, porque esta será citada na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária.

Está em linha com esses dispositivos o previsto no § 4º do art. 26 da Lei nº 8.884/94,⁸⁸ que prevê que responde solidariamente pela multa ali prevista a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento no Brasil de empresa estrangeira.

No processo que investiga o cartel internacional das lisinas, interessante uma das representadas é a Sumitomo Corporation do Japão, que possui contrato de distribuição com a FERMEX - Fermentaciones Mexicanas S.A., subsidiária mexicana da Kyowa Hakko Kogyo Company Limited, esta sim uma das empresas participantes do cartel. A decisão por indicar como representada a Sumitomo Corporation do Japão é porque é mais fácil conduzir um processo com as partes domiciliadas no Brasil do que ter que esperar que o processo caminhe com base em cartas rogatórias.

Obviamente, o fato de uma empresa estrangeira não ter qualquer tipo de presença local no País não afasta a possibilidade de a mesma ser parte em um processo que investiga uma conduta que tenha causado efeitos no País. Esse entendimento já foi firmado pelo CADE inclusive sob a Lei Antitruste anterior (Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962), no julgamento da Averiguação Preliminar nº 80, em 4 de agosto de 1978. Entre outras, constava como representada a empresa estrangeira Etablissement Ganois. Segundo a ementa da ata de sessão de julgamento, "nada obsta a instauração de processo administrativo por abuso de poder econômico eventualmente cometido por pessoa jurídica sediada no exterior".⁸⁹ O que ocorre é que nesses casos todo o processo de instrução e julgamento será mais demorado em virtude da necessidade de emissão de cartas rogatórias e da conseqüente colaboração dos países estrangeiros para tanto.

87 Note que, ao considerar domiciliada a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, cria-se a fogueira legal de que os atos cometidos pela empresa estrangeira devem ser considerados como cometidos no País por meio desses agentes. Porém, a referência a "operar" não indica o nível de vendas que deve ser considerado suficiente para autorizar o exercício da jurisdição antitruste. Ademais, a existência de "filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante" no País nada indica sobre a real presença de uma empresa estrangeira no território brasileiro. Imagine-se o caso de uma empresa estrangeira que opere no País via representante que tenha apenas vendas insignificantes e irregulares: são praticamente inexistentes os efeitos dessa prática no País. Nesses casos, faz-se necessário, portanto, fugir não da teoria dos efeitos, conforme entendimento jurisprudencial e interpretação razoável da lei.

88 Incluído pela Lei nº 10.149/03.

89 Cf. FRANCESCINI, José Ignácio Gonzaga; FRANCESCINI, José Luiz Vicente. Poder econômico exercido e abuso. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 54. Tal entendimento superou o anteriormente expressado pelo CADR no julgamento da Averiguação Preliminar nº 55, em 29 de outubro de 1975. Entendia-se que a empresa inglesa International Electric Association Ltd. não poderia causar como representada no processo, uma vez que não possuía existência legal no País.

Finalmente, deve-se notar que a aplicação extraterritorial pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras de sua legislação nunca chegou a gerar conflitos jurisdicionais notáveis com outras autoridades. A crítica à sua ampla aplicação está nos elevados custos associados à análise de operações irrelevantes para o mercado brasileiro, que geram nele efeitos insignificantes, custos estes arcados tanto pelo poder público quanto pelos particulares. Felizmente, as autoridades parecem estar atentas à questão e é esperada para um futuro próximo uma significativa redução nos atos apresentados ao SBDC que não têm potencial de afetar o País.

4 CRISES PROVOCADAS PELO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL DAS LEIS ANTITRUSTE

O exercício amplo da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste tem provocado crises entre os diferentes países, que tiveram seu auge na década de 70 e 80. Segundo a reação do Estado estrangeiro, essas crises podem ser divididas em recusa de colaborar, intervenções legislativas e queixas por via diplomática. Cada um desses tipos será tratado brevemente a seguir.

A recusa de colaborar, por parte das autoridades estrangeiras, se manifesta por meio da recusa de assistência à outra jurisdição, tanto para o auxílio na fase de investigação quanto para o auxílio na fase de execução da sentença.

Um exemplo de recusa de colaborar foi a negativa inglesa de executar a sentença dos Estados Unidos no caso *United States v. Imperial Chemical Industries*.⁸⁰ De acordo com o juiz inglês, no julgamento a favor da empresa britânica British Nylon Spinners, afetada pela decisão norte-americana, a Inglaterra não reconhece aos tribunais americanos a autoridade para dar ordens que destruiriam ou qualificariam aqueles direitos pertencentes a um nacional inglês, que não é sujeito à jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos. Outro exemplo foi a recusa das autoridades canadenses de dar curso às cartas rogatórias emitidas pelos Estados Unidos no âmbito da investigação do cartel do urânio durante a década de 70.⁸¹

As intervenções legislativas são as iniciadas, no âmbito do Poder Legislativo, tomadas pelos países que se sentem ameaçados pelo amplo exercício extraterritorial da jurisdição de um outro Estado. Tais intervenções deram lugar ao que ficou conhecido como "leis de bloqueio" (*blocking statutes*). Foi nos anos 70 que houve a edição de um grande número de leis de bloqueio, principalmente por parte da Austrália, do Canadá, da França, da Nova Zelândia

80. *U.S. v. Imperial Chemical Industries et al.*, 100 F. Supp. 504 (S.D.N.Y. 1951). Neste caso, a empresa norte-americana DuPont de Nemours e a inglesa Imperial Chemical Industries foram acusadas de dividir o mercado mundial de nylon.

81. Cf. decisão da Suprema Corte do Canadá no caso *Gulf Oil Corp. v. Gulf Canada Ltd.*, 111 D.L.R. 3d 74 (1980).

e do Reino Unido em reação à atuação ampla dos Estados Unidos no caso do cartel do urânio.⁹²

Há três graus de leis de bloqueio. O primeiro deles engloba leis que impedem que pessoas nacionais (físicas ou jurídicas) divulguem certos documentos que estão em seu poder a autoridades estrangeiras. A Lei francesa nº 80-538, de 16 de julho de 1980, que considera ilícito penal a entrega de documentos relacionados a assuntos técnicos para uso em julgamento no exterior (exceção é feita para aqueles julgamentos autorizados por tratados internacionais), é um exemplo.⁹³ O segundo grau está ligado ao reconhecimento de sentenças estrangeiras. Como exemplo podem ser citadas a lei britânica *Protection of Trading Interests Act*, de 1980, e a lei canadense *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, de 1984.⁹⁴ O terceiro grau de leis de bloqueio, conhecidos como *clawback statutes*,⁹⁵ permite aos condenados nos Estados Unidos por *treble damages* recuperar em seus países os valores que excedam a simples reparação do dano. A lei britânica e a lei canadense acima citadas têm previsões nesse sentido e a Austrália editou lei para tratar dessa questão.⁹⁶

As crises diplomáticas são o outro tipo de crise iniciada por parte dos Estados que se vêem lesados pela aplicação extraterritorial da legislação antitruste. Uma das mais conhecidas foi provocada pelo processo instaurado nos Estados Unidos relativo ao caso *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center*.⁹⁷ O processo analisava um conjunto de acordos relativos à exportação de relógios e de peças para relógios da Suíça para os Estados Unidos, tidos como ilícitos. Apesar de admitir que a indústria de relógios era uma das principais atividades da Suíça, o Tribunal norte-americano exigiu várias mudanças em sua estrutura em uma primeira sentença. Após várias manifestações e ameaças de levar o país à Corte Internacional de Justiça, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos requereu ao juiz que revisasse sua decisão, o que foi feito em 1965. Outros casos notórios em que houve queixas por via diplomática são os recentes *Boeing/McDonnell Douglas*⁹⁸ e *GE/Honeywell*.⁹⁹

92 Nesse sentido, ver GRIPPIN, Joseph E. Foreign Governments' Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction. In: 6 *George Mason Law Review*, 505, 1998.

93 Sobre, ver MCKENNEY, Drake D.; MERRICK, Vincent. Obtaining Evidence in France for use in United States Litigation. In: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 2, 1994, p. 91-110.

94 A lei canadense permite ao Estado não reconhecer decisões antitruste estrangeiras se elas atentam contra sua soberania e os interesses nacionais. Os termos da lei britânica vão um pouco mais além ao não imporem essas condições para o não-reconhecimento das sentenças.

95 Cf. NEUBAUM, Joseph E. Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law. In: 21 *Columbia Law Review*, 1097, 1981.

96 *Foreign Proceedings Excess of Jurisdiction Act*, de 1984.

97 *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.*, 139 F.Supp. 40 (1955).

98 A operação consistiu na aquisição da McDonnell Douglas pela Boeing, ambas importantes empresas do setor de aviação, em 1996. Em junho de 1997, a Comissão Europeia notificou às autoridades americanas suas preocupações, tendo solicitado à FTC que levasse em consideração os interesses da União Europeia com o fim de salvaguardar a concorrência no mercado dos grandes aviões civis. Em 1º de julho de 1997, a FTC fez público sua decisão de não barrar a operação. Em seguida, em 4 de julho, a Comissão Europeia concluiu preliminarmente pela não-aprovação da operação. Começou aí um período de negociação intensa com as duas autoridades, que incluiu queixas por via diplomática (o então presidente Bill Clinton chegou a dizer que, se houvesse aprovação da operação, recorre à Organização Mundial do Comércio). A Comissão

5 PERSPECTIVAS

Atualmente, mais de noventa países contam com legislação de defesa da concorrência, a maioria deles com previsões de exercício de jurisdição extraterritorial, e a tendência é que esse número aumente. Dentro deste contexto, é cada vez mais significativo o percentual de casos que envolvem elementos estrangeiros analisados pelas autoridades antitruste.¹⁰⁰

Esso dado evidencia ainda mais os limites do unilateralismo. Em estruturas, o risco de emissão de decisões contraditórias pelas diferentes autoridades de defesa da concorrência não pode ser desconsiderado, o que causa um aumento de custos e incerteza para as partes e, na pior das hipóteses, a desistência de se celebrar uma operação pró-concorrencial.¹⁰¹ Há outros tantos custos associados à existência de diversos sistemas de notificações antitruste, entre os quais: (i) custos associados à interpretação obscura ou ambígua do critério de notificação de certas legislações; (ii) custos decorrentes do pagamento de taxas processuais; (iii) custos associados à compilação de informação, por demais detalhada, a ser incluída na notificação e em pedidos posteriores de dados – há jurisdições que exigem um rigoroso grau de detalhamento de informações sobre a operação e suas partes, o que gera um gasto injustificado para as operações sem impactos concorrenciais; e (iv) custos associados à demora na análise antitruste. Em condutas, os limites do unilateralismo são evidenciados principalmente em decorrência da necessidade de colaboração da autoridade estrangeira nas fases de instrução e execução.¹⁰² Além disso, nem todos os países têm os recursos suficientes para levar a cabo investigações

Europa tomou em consideração estas queixas e decidiu limitar sua atuação ao domínio civil da operação, não interferindo nos interesses americanos no setor de defesa. Em 30 de julho de 1997, a Comissão Europeia decidiu aprovar a operação com restrições, após concessões da Boeing para eliminar a concorrência (Decisão (CE) nº 97/315, de 30.07.1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, JO L 336/16, de 23.12.1997).

99 A operação envolveu a aquisição da Honeywell, empresa norte-americana ativa principalmente no mercado de produtos e serviços especializados, pela General Electric (GE), empresa norte-americana com atividades no mercado de eletrodomésticos, equipamentos médicos, sistemas industriais, serviços financeiros e sistemas de transporte, no ano de 2000. Em maio de 2001, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos entrou em acordo com as partes e tornou pública sua decisão de não barrar a operação. Em julho de 2001, a Comissão Europeia tornou pública sua decisão de reprová-la operação, uma vez que esse critério ou reforçaria posição dominante da GE em uma série de mercados. Essa decisão foi seguida por uma série de queixas por parte do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que não fizeram a Comissão reconsiderar sua posição. Cabe dizer que as empresas recorreram da decisão ao tribunal comunitário, que ainda pode equilar a mesma (Processos T-209 Honeywell Internacional/Commission e T-210 General Electric/Commission).

100 Por exemplo, no Brasil, dos atos de concentração submetidos à análise da Coordenação-Geral de Produtos Industriais do Sistema de Acompanhamento Econômico (CGPI/SEAE) em 2002, 66% ocorreram em 20 países, 16,7% derivaram de entendimentos entre empresas nacionais e estrangeiras, e somente 17,3% dos casos sob análise restringiram-se ao âmbito exclusivamente nacional. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/relacoes/2003/r035402.asp>>.

101 Nesse sentido, ver MONTI, Mario. The EU Views on a Global Competition Forum. Disponível em: <http://comp.ec.europa.eu/rapid/press.htm?lang=en&ip_action.gettext=grados-SPEECH/01/147/2/HAPID&lg=EM>. JAMES, Charles A. Perspectives on the International Competition Network. In: *ABA International Antitrust Bulletin*, v. 4, Issue 3. Disponível em: <<http://www.abanet.org/antitrust/committees/international/1stwinter01.pdf>>.

102 Resulta-se que a grande maioria dos países não conta com uma estrutura ideal para o combate de condutas internacionais, sendo fundamental a colaboração estrangeira.

internacionais. Visando a suplantar esses limites, os países vêm utilizando, cada vez mais, mecanismos de cooperação internacional.

A cooperação internacional pode ser bilateral (entre dois países),¹⁰³ regional (dentro de um bloco econômico) e multilateral (entre o maior número de países possível). A partir da década de 90 houve uma proliferação dos acordos bilaterais, que constituem o atual padrão de cooperação extraterritorial. A cooperação regional e a cooperação multilateral têm também importância fundamental, destacando-se fóruns como a *International Competition Network (ICN)*¹⁰⁴ e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Esses instrumentos, apesar de não impedirem o exercício extraterritorial da jurisdição em matéria antitruste, têm reduzido significativamente as crises decorrentes desse exercício (p. ex., as leis de bloqueio, referidas no capítulo acima, apesar de continuarem em vigor, são raramente utilizadas na prática) e tornado mais eficaz o combate a condutas internacionais, principalmente *hard core cartels*. Ademais, os instrumentos de cooperação incentivam a troca de informações e assistência técnica mútua entre as autoridades, o que poderá levar, aos poucos, a uma harmonização entre as legislações.

A tendência é que a cooperação em matéria antitruste torne-se cada vez mais intensa, com acordos mais amplos (que permitam, por exemplo, a troca de informações confidenciais entre as partes).¹⁰⁵ O Brasil vem seguindo essa tendência mundial e já firmou acordos de cooperação bilateral com Estados Unidos,¹⁰⁶ Rússia¹⁰⁷ e Argentina,¹⁰⁸ procurando atuar de forma intensa em fóruns internacionais.

103 Importante dizer que os acordos de cooperação bilateral não são legalmente vinculativos para a grande maioria dos países. Assim, quando importantes interesses nacionais estão presentes, a cooperação bilateral pode ter seus benefícios facilmente afastados.

104 A ICN é um fórum informal de discussão e de troca de experiência entre autoridades de países desenvolvidos e em desenvolvimento, incentivando fortemente a cooperação. A rede tem sua estrutura virtual (Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>), sem secretariado permanente, organizada de forma flexível.

105 Esses são os chamados acordos da segunda geração. Atualmente, poucos são os países que permitem a troca de informações confidenciais sem a prévia autorização das partes envolvidas. Os Estados Unidos reformaram sua legislação por meio da emissão do *International Antitrust Enforcement Assistance Act*, em 1994, para permitir que o país assinasse acordos de cooperação com previsão de troca de informações confidenciais entre as autoridades, desde que sejam observados os interesses norte-americanos. O primeiro desses acordos foi firmado em 1999 entre Estados Unidos e Austrália (*1999 US/Australia Agreement on Mutual Antitrust Enforcement Assistance*, firmado em Washington, em 27 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus97.html>>). Outras autoridades, como Canadá, já manifestaram interesse em firmar acordos com tais premissas.

106 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, de 26 de outubro de 1998.

107 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre cooperação na área de Política da Concorrência, de 12 de dezembro de 2001.

108 Acordo entre a 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, de 16 de outubro de 2003.

CONCLUSÃO

O exercício da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste é necessário, uma vez que um mesmo ato pode afetar de forma significativa mais de uma jurisdição, sendo que cada país tende a garantir verdadeiramente a existência de um ambiente concorrencial apenas em seu território.

De modo a enfrentar adequadamente essa questão, o elemento de conexão atualmente adotado pela maioria dos países, dentre os quais o Brasil, é o de efeitos territoriais, geralmente qualificados como diretos, significativos e razoavelmente previsíveis, conforme posição há muito defendida pelos Estados Unidos.

O exercício unilateral dessa jurisdição, entretanto, traz consigo o risco de crises entre os Estados, que podem entender que houve violação de sua soberania. Tais limites do unilateralismo são cada vez mais evidentes em razão da internacionalização dos mercados e do crescente número de países que adotaram legislação antitruste. Nesse contexto, as autoridades de defesa da concorrência devem empenhar-se em criar mecanismos de cooperação, de modo a aumentar a efetividade das políticas nacionais de defesa da concorrência e reduzir significativamente conflitos jurisdicionais e custos para as particulares e as autoridades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 4. ed. Boston: Little-Brown & Co., 1988.
- CORREIA, Darwin Lourenço. *Jurisdição extraterritorial em direito antitruste*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.
- FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- GRIFFIN, Joseph P. Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement. In: *67 Antitrust Law Journal*, 159, 1999.
- _____. EC and U.S. Extraterritoriality: Activism and Co-operation. In: *Fordham International Law Journal*, 1993.
- _____. Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction. In: *6 George Mason Law Review*, 505, 1998.
- HAWK, Barry B. *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*. 2. ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall Law & Business, 1985 & Supp., 1989.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its practice*. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999.
- IDOT, Laurence. *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, Thèse Paris II, 1981, 2 v.
- MCKENNEY, Drake D.; MERCIER, Vicent. Obtaining Evidence in France for use in United States Litigation. In: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 2, 1994.