

POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL: ENTRE A COOPERAÇÃO E A SOBERANIA

INTERNATIONAL ANTITRUST POLICIES IN THE INTERNATIONAL CONTEXT: BETWEEN COOPERATION AND SOVEREIGNTY

*Bruno Menoncello Cedano**

Resumo:

O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade de integração entre políticas nacionais de defesa da concorrência e a promoção do antitruste no plano internacional. Defende-se que a convergência regulatória e a celebração de acordos internacionais podem funcionar como instrumento hábil para promover um antitruste mais eficaz e, por esse escopo, se busca conciliar a soberania nacional com a cooperação internacional para um antitruste mais efetivo. Para isso, analisamos as principais vantagens e dificuldades na cooperação internacional para o antitruste, bem como o processo decisório de cada nação na elaboração dessas políticas. Assim, podemos construir uma metodologia que permita que esses acordos sejam negociados. Como conclusão entende-se que essa integração melhor se desenvolve no âmbito dos blocos econômicos, por meio de acordos regionais.

Palavras-chave: Antitruste. Comércio Internacional. Direito Concorrencial. Direito Econômico Internacional. Integração. Soberania. Cooperação.

Abstract:

The objective of this paper is to analyze the possibility of integration between national antitrust policies and the promotion of antitrust at the international level. It is argued that regulatory convergence and international agreements can act as a useful tool to promote a more effective antitrust and reconcile national sovereignty with international cooperation for more effective antitrust policies. To this end, we analyze the main advantages and difficulties in international cooperation for antitrust, as well as the decision-making process of each nation in the elaboration of these policies. Thus, we can build a methodology that allows these agreements to develop. As a conclusion, it is understood that this integration is best developed within the economic blocs, by regional agreements.

Keywords: Antitrust. International Trade. Competition Law. International Economic Law. Integration. Sovereignty. Cooperation.

1. A dimensão internacional da concorrência

Como ponto de partida para compreender a abrangência internacional do antitruste, uma definição preliminar do conceito de concorrência pode nos ajudar a

* Advogado. Aluno de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

descrever o modo como, diante das interações comerciais no livre mercado, esse fenômeno se projeta no âmbito internacional.

A existência da concorrência surge da disputa entre os atores econômicos pela superioridade no mercado. No mundo comercial isso significa uma luta pelos hábitos dos consumidores e pela celebração dos negócios das pessoas no mercado (WHISH, 1989, p. 3). Assim, a concorrência decorre o relacionamento existente entre empresas, que circunstancialmente competem, vendendo ao mesmo tempo produtos ou serviços da mesma espécie a um determinado grupo de consumidores (GOYDER, 1993, p. 8). Devido a dinâmica da economia, o mercado internacional, muitas vezes serve como ambiente de contato entre essas companhias (CELLI JUNIOR, 1999, p. 52).

Mais ainda, em uma economia de mercado marcada pelo advento de grandes empresas transnacionais e a descentralização da atividade produtiva de uma companhia ao redor do mundo, a própria concorrência ganha uma dimensão internacional.¹

Para fins do direito da concorrência - e dos limites deste trabalho -, os fatores associados à globalização econômica mais significativos são a intensificação do aumento do volume do comércio internacional, a dispersão internacional do processo produtivo: o acirramento da concorrência por mercados estrangeiros e pelos nacionais com concorrentes estrangeiros, com a conseqüente relativização da relação entre concorrência, mercado e território nacional, e, finalmente, o aumento da concorrência em tecnologia e inovação, a partir da relação entre a globalização e o progresso tecnológico (NUSDEO, 2002, p. 139).

Mesmo diante dessa realidade, ela continua a receber um tratamento dentro da égide dos Estados. A defesa da concorrência, mesmo tendo como atores entes globalizados, costuma ser regulada primordialmente por regulamentos nacionais e por estatutos de abrangência limitada, muitas vezes em vistas da defesa de um mercado nacional (GINSBURG, 2001). Podemos dizer que essa disciplina ainda se encontra limitada dentro da esfera de abrangência da soberania estatal. Isso significa dizer que seu

¹ “In a world of ever faster technological change and shorter product cycles, “dynamic” efficiencies, such as the melding of complementary skills, distributional improvements, and risk reduction, may frequently prove far more significant than so-called “static” reductions in factory operating costs. Furthermore, in markets in which competition is driven by rapid changes in product or service offerings, the rejection of proposed mergers that promise substantial dynamic efficiencies might undermine the ability of certain American industries to compete effectively in the international marketplace. In short, as competition increasingly takes on a worldwide dimension and responds to rapid market changes, a broad reading of efficiencies that takes into account business realities is called for.” (WILLKIE, 1991).

âmbito de regulamentação costuma ser dentro dos estados. Por isso, sua principal atuação se encontra na esfera de controle de condutas e de concentrações.²

Uma vez que o exercício da jurisdição extraterritorial em matéria concorrencial demonstrou confrontar com a ordem interna de diversos Estados e com a própria ordem internacional, uma das alternativas encontradas foi o estabelecimento de acordos de cooperação fundados na cortesia positiva. Contudo, embora seja positiva e desejável a “troca” do exercício extraterritorial da jurisdição pela cooperação interestatal, a prática demonstra que, nos casos em que os Estados envolvidos tenham interesses nacionais relevantes em jogo, a cooperação é posta de lado e nenhum deles abre mão de julgar por suas próprias leis o ato concorrencial de conotação internacional (SILVA, 2006, p. 465).

Estamos diante de um cenário ambíguo. A concorrência é marcada por uma amplitude internacional, característica de uma economia globalizada; enquanto recebe um tratamento nacionalizado dentro da esfera de cada Estado. Sendo esse o caso, as normas de defesa da concorrência terão, em diversas ocasiões, um âmbito de intersecção entre regulação nacional e internacional (POSNER; SYKES, 2013).

Sendo a concorrência um fenômeno internacional, marcado por fusões, aquisições e condutas que se propagam no âmbito internacional, produzindo seus efeitos concomitantemente em diversos países, questiona-se se a abordagem local seria a melhor abordagem para lidar com essas condutas.

Essa pergunta tem como escopo entender quais são os mecanismos necessários e para lidar com concentrações e condutas no plano global, bem como sua configuração institucional. Mais além, é necessário conciliar os diferentes âmbitos de regulamentação.

Em primeiro lugar, a globalização econômica colocou a necessidade de adaptação das empresas e das próprias legislações nacionais a novos padrões - o que, pela sua importância no controle dos atos de concentração, será tratado no capítulo correspondente. Outros tipos de questões, porém, também são colocadas especificamente

² “O resultado é o crescimento da importância das práticas comerciais que têm dimensão internacional, e que podem derivar em práticas consideradas anticompetitivas e, por tal razão, em desacordo com o objetivo de maior eficiência dos fatores econômicos. Como exemplos, cartéis com efeitos transfronteiriços, acordos para excluir competidores estrangeiros de certas vendas, abusos de posição dominante na área internacional, fusões entre empresas com efeitos anti-competitivos. A consequência é que tais práticas podem colocar em perigo todos os benefícios trazidos pela liberalização do comércio. A questão que então se coloca é a dimensão internacional das regras da concorrência e a ausência de regras que limitem práticas consideradas anti-competitivas de alcance transfronteiriço”. (THORSTENSEN, 1998).

ao direito de proteção à concorrência. Elas relacionam-se ao imperativo de um comércio internacional mais livre e normas de concorrência sem distorções a ele prejudiciais - condição fundamental para a integração econômica em um contexto globalizado. Interessam, a esse propósito, as relações entre políticas antitruste e políticas comerciais; a intensificação da aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência, conforme a regra do efeito, que pode levar a conflitos entre diferentes jurisdições e divergências entre os países; a ocorrência de práticas que requerem a atuação conjunta de mais de uma autoridade antitruste nacional e o conseqüente aumento de importância de mecanismos de cooperação entre agências antitruste relacionadas (NUSDEO, 2002, p. 156).

Ato contínuo, uma defesa da concorrência efetiva, que vise manter um ambiente de livre concorrência, não deverá unicamente demonstrar preocupações com distorções de mercado apenas no âmbito local, mas também deverá manter a perene preocupação com as estratégias, ainda mais sofisticadas, de distorção da concorrência internacional.

Essas questões têm incentivado esforços de criação de regras multilaterais, tanto em nível mundial quanto em quadros de integração econômica regional. No primeiro caso o sucesso é ínfimo. No segundo os resultados são relativos, dependendo do grau de integração econômica do bloco regional dentro do qual foram empreendidos (NUSDEO, 2002, p. 156).

A seguir veremos brevemente os mecanismos previstos na legislação nacional brasileira, relacionada ao controle da concorrência internacional, para, em seguida, propor mecanismos de cooperação que lidem com essas questões de modo mais completo.

Nesse sentido, o direito internacional oferece diversos métodos integrativos que, a partir de diferentes conjuntos de regras, fornecem soluções para criar mecanismos institucionais que auxiliem nessa tarefa. A seguir passaremos à análise do antitruste a partir da perspectiva do direito internacional.

2. Internacionalização da defesa da concorrência

Nessa perspectiva encontramos, portanto, a criação de métodos de integração e cooperação para o aprimoramento das políticas de defesa da concorrência, visando desenvolver essa proteção e combater distorções. Notavelmente identificamos dois métodos por meio dos quais a integração internacional atua para a proteção da livre

concorrência. O primeiro desses métodos é a uniformização das legislações nacionais de modo a promover a integração, a convergência regulatória:

Conforme verificado, os processos de uniformização de leis podem se dar tanto espontaneamente quanto de forma intencional. No primeiro caso não é desprezível o processo de aproximação. Isso se deve a algumas circunstâncias determinadas. Em primeiro lugar a edição de leis antitruste em países que anteriormente não contavam com elas. As criações legislativas sempre tomam por base modelos de direito comparado, a partir dos quais se amolda a nova lei após a configuração do ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos na matéria a ser regulada. Nesse sentido, as novas legislações antitruste combinam as influências das leis já amadurecidas em países ou blocos que se anteciparam na sua adoção (NUSDEO, 2002, p. 166).

O segundo método, e mais notavelmente representante da integração internacional, é a cooperação internacional estabelecida por meio de acordos bilaterais assinados entre governos nacionais visando a cooperação, troca de informação e emprego de esforços conjuntos para a defesa concorrencial interestatal. Ana Nusdeo expõe esse método:

A cooperação internacional é estabelecida através de acordos bilaterais firmados entre governos nacionais, os quais desenvolvem mecanismos mais informais do que o tratado internacional, até porque não exigem compromissos de alteração legislativa, limitando-se a proposições de cooperação na aplicação das leis existentes. Dada sua limitação aos assuntos relativos à aplicação das leis, são denominados por alguns de acordos executivos. Os principais deveres assumidos pelas partes referem-se à informação recíproca a respeito de atividades potencialmente anticompetitivas realizadas em seu território de que tenham conhecimento e sejam do interesse da contraparte; à informação sobre investigações ou medidas tomadas que possam afetar os interesses da outra parte; ao oferecimento de assistência na obtenção de provas necessárias às atividades da parte, podendo requisitar documentos, inquirir testemunhas, realizar buscas etc. Costuma-se estabelecer também as chamadas cláusulas de cortesia, através das quais as partes se comprometem a levar em consideração os interesses da contratante no desempenho de suas funções. (NUSDEO, 2002, p. 170).

Dentro desses acordos, existem diversas vertentes de atuação e possibilidades de acordos e tratados a serem firmados entre os entes estatais. O ponto central desse mecanismo é criar uma ferramenta capaz de promover a defesa da concorrência de maneira

integrada e eficaz, visando preservar e desenvolver políticas econômicas de comércio internacional que sejam vantajosas para as nações e que não representem distorções à livre concorrência. Por esse motivo, Ana Maria de Oliveira Nusdeo aponta a necessidade de se manter uma política econômica internacional da concorrência alinhada aos sistemas de comércio internacional, visando a criação de um sistema de comércio livre e estável, ligado ao sistema GATT/OMC.³

As leis antitruste nacionais, tanto quanto sejam aplicadas para a repressão às práticas anticoncorrenciais, tais como os cartéis, os boicotes e restrições verticais e horizontais para dificultar o acesso de concorrentes estrangeiros a insumos e canais de distribuição, têm por efeito garantir as condições de concorrência de agentes econômicos de outros países nos mercados domésticos. Complementariam, assim, as normas acordadas no âmbito do GATT/OMC, cujo objetivo é precisamente eliminar as barreiras ao comércio internacional. Nesse sentido, para a promoção efetiva dos ideais de livre comércio, as normas antitruste deveriam ser aplicadas com severidade, tanto quanto as regras do GATT/OMC. Porém, a proteção à concorrência também está imbricada nos interesses e nas políticas domésticas de cada país. Isso implica, muitas vezes, a isenção de certas práticas anticoncorrenciais genericamente proibidas pela legislação ou relaxamento na aplicação da lei. Não podem, assim, ser vistas como um simples conjunto de regras potencialmente uniformes.

³ “O debate em torno da internacionalização do direito da concorrência não é recente. Na gênese do sistema internacional de comércio, materializado na Organização Internacional do Comércio (OIC), o tratamento da política e do direito da concorrência era parte integral da Carta de Havana (1947), instrumento que instituiu a OIC e que continha, além de regras para a regulação do comércio internacional, uma parte exclusiva (parte V) contendo previsões para o controle de práticas anticompetitivas pela Organização. Inicialmente, havia-se previsto que a OIC constituiria, juntamente com o Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, a espinha dorsal da ordem econômica internacional após a Segunda Guerra Mundial. Contudo, como resultado da oposição dos Estados Unidos, a Carta de Havana não veio a ser ratificada. Com a necessidade insatisfeita de se instaurar um organismo multilateral que se desenvolve e aplica-se às regras comerciais a nível mundial, os países terminaram por aproveitar algumas partes da Carta de Havana para celebrar, em 1947, o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), acordo que não englobou, entretanto, o tema da concorrência previsto na parte V da Carta de Havana, mas sim, tão-somente os aspectos relativos à política comercial, havendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1948. A superação do GATT pela criação em 1994 de um organismo internacional - a Organização Mundial do Comércio (OMC) - que pudesse efetivamente assegurar a liberalização do comércio mundial, sendo inclusive dotado de um mecanismo de resolução de litígios de modo a realizar tal finalidade, foi acompanhada pela introdução de novas áreas de cooperação, como, por exemplo, os acordos sobre direitos da propriedade intelectual relacionados ao comércio (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) e comércio de serviços (General Agreement on Trade in Services - GATS). Mas a nova organização não abordou o tema da concorrência, não obstante a íntima relação existente entre esta e o comércio”. (SILVA, 2006, p. 474).

Nesse sentido, há evidente dificuldade de conjugação de ambas as políticas na construção de um sistema comercial internacional realmente mais livre e aberto. De outro lado, a inegável intensificação desse comércio acentua os esforços, pressões e movimentos no sentido de uma conformação mais harmônica entre ambas as políticas. Para as finalidades deste trabalho interessa discutir dois tipos de relações entre elas: a substitutividade entre políticas de concorrência e de livre comércio, vale dizer, a possibilidade de produtos estrangeiros concorrerem efetivamente com os nacionais, e o uso de práticas restritivas pelos agentes do mercado nacional para afastar a concorrência externa, como acima se acenou (NUSDEO, 2002, p. 157).

O próprio sistema GATT/OMC previa como “Uma das principais propostas apresentadas para o tratamento multilateral da concorrência, e também a mais ambiciosa, é o Anteprojeto do Código Antitruste Internacional (Draft International Antitrust Code - DIAC), também conhecido como Código de Munique” (SILVA, 2006, p. 475). Esse mecanismo previa uma estrutura própria interna ao sistema GATT/OMC, para a regulação internacional da defesa da concorrência. Porém, esse mecanismo não entrou em vigor devido às divergências em legislações nacionais. Ainda assim, houve esforço em se promover essa internacionalização. “Segundo essa filosofia de criação de uma autoridade supranacional, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) elaborou, em 1993, esboço para que chamou de “Código Antitruste Internacional” (FORGIONI, 1998, p. 399).

Mesmo esse mecanismo não tendo subsistido, ainda existe a perene ideia de internacionalização da defesa da concorrência com base em um marco regulatório único. Diante de um cenário no qual se vive intensa internacionalização dos mercados e do comércio, existe a clara demanda por um antitruste integrado que vise garantir a efetiva proteção do livre comércio.

A principal alternativa atualmente ventilada tanto pela doutrina como pelos países para solucionar a questão da regulação das atividades das multinacionais, notadamente sua submissão às normas de direito da concorrência, perfaz-se pelo tratamento multilateral dessa matéria. O multilateralismo possui inúmeras variações, e procurar-se-á abordar, neste tópico, as discussões acerca da elaboração de regras e princípios concorrenciais internacionais a serem observados pelos Estados e a criação de um sistema multilateral para a solução das controvérsias surgidas na esfera internacional, dentro de um contexto de interdependência crescente entre os Estados que deve ser mediado por um organismo neutro capaz de proferir objetivamente suas decisões, calcado na Organização Mundial do Comércio (OMC), consoante o entendimento predominante.

O multilateralismo está longe de representar uma unanimidade entre os Estados, sobretudo pelo receio que eles têm de perder o controle sobre a aplicação de suas leis concorrenciais às empresas multinacionais. A peculiaridade das legislações nacionais de defesa da concorrência dificulta enormemente a tarefa de se estabelecer regras e princípios comuns. (SILVA, 2006, p. 469).

Em brilhante reflexão, a professora Paula Forgioni se opõe a essa tendência unificadora. A autora argumenta que, para a especificidade de cada país, em especial aos em desenvolvimento, pode ser danoso um processo de internacionalização e uniformização das políticas concorrenciais, uma vez que essas devem respeitar a aplicação de política pública locais. Em seu juízo, os atores internacionais não demonstram preocupação com as políticas públicas específicas de cada país e, mais além, essa tendência demonstraria desejos de interferência internacional nas políticas comerciais locais.

A doutrina dos chamados países em desenvolvimento costuma colocar duas ordens de sugestão para solucionar conflitos de normas e jurisdição antitruste: a progressiva harmonização das legislações, para que se evitem grandes disparidades entre os sistemas, ou a celebração de tratados visando a colaboração das autoridades antitruste e à diminuição dos problemas políticos decorrentes da extraterritorialidade.

Vai-se entretanto, mais além, sustentando-se a necessidade da criação de um órgão supranacional competente para julgar questões internacionais antitruste e ditar as pautas da interpretação a serem seguidas pelos tribunais nacionais.

O primeiro ponto que merece relevo é que essa linha de pensamento denota a percepção do antitruste apenas como um instrumento para eliminar-se os efeitos autodestrutíveis do mercado. Parte-se do raciocínio: práticas restritivas da concorrência podem ser prejudiciais ao comércio internacional e, portanto, devem ser reprimidas. Não vem considerada, entretanto, a aplicação de uma determinada política pública mediante a utilização das normas antitruste, motivo por óbvio suficiente para afastar a submissão de práticas às autoridades estrangeiras não comprometidas com políticas internas (FORGIONI, 1998, p. 399).

Ela prossegue sua crítica concluindo pela necessidade de um processo mais amplo, não apenas a adoção de um marco de regulamentação da defesa da concorrência internacional. As críticas empregadas pela autora parecem procedentes. Como a professora, também acreditamos que o caminho natural da harmonização das legislações deveria passar pela negociação gradual de cada uma das modificações (FORGIONI, 1998, p. 400).

Mais além, grande parte das críticas remetem à concepção de modelo econômico que os países adotam em relação ao mercado internacional. Ainda que exista um discurso voltado para liberalização do comércio na agenda internacional, permanece o receio de cada nação quanto às práticas das demais.⁴

On the one hand, a strong tendency toward liberalization of international trade exists. This has resulted in strengthened antitrust policies, international guarantees against national discrimination between domestic and foreign companies, and codes to prevent subsidization of exports. On the other hand, the often well founded suspicion that other nations do not fully abide by these liberal and neutral principles remains (DAVIDOW, 1981).

Essa contradição é um dilema característico do próprio direito internacional, especialmente no que tange às políticas públicas nacionais, em choque com a formação de uma ordem internacional. A legislação antitruste é, por natureza, matéria de direito público. Por esse motivo, Ake Skiold argumenta que problemas legais derivados de conflitos internacionais, não podem ser resolvidos para um ramo especial do direito como antitruste (SKIOLD, 1962, p. 192).

Antitrust legislation is by nature public law and jus cogens. Each country asserts that within its territory its national law shall rule. Violations of the law are first of all a public matter, and the proper national authorities will interfere for prosecution or injunctive or voluntary relief. It is an established antitrust principle, express or implicit in the law, that the country where the direct effect of a restraint of trade is felt is empowered to interfere with the restraint and have its own laws to govern the case, regardless of whether the restraint was carried out by persons domiciled or active somewhere outside the country.

(...)

If these endeavors are fruitful it goes without saying that the effect of conflict of laws in this field will lessen. The legal problems of such conflicts, of jurisdiction and of execution of judgements are not of a nature to be solved for a special branch of law, like antitrust. If these matters arise between nations a solution will be facilitated, should then a harmonization to some extent of the antitrust legislation have been attained (SKIOLD, 1962, p. 192).

⁴ Cf. WALTZ, Kenneth Neal. *Realism and international politics*. Abingdon: Routledge, 2008.

Contudo, os argumentos que se orientam nesse sentido passam por algumas dificuldades. Argumentar que políticas concorrências não devem ser objeto de negociações internacionais em função da adoção de políticas protecionistas por algumas nações incorre em dois pressupostos discutíveis.

Em primeiro lugar, mesmo que muitas vezes isso seja a realidade, não é possível se partir do pressuposto que os países adotarão políticas protecionistas. Uma vez que os países se comprometem em engajar em um acordo internacional, o pressuposto deve ser que os termos foram negociados de boa-fé e que ele possui o interesse na construção de uma integração mutuamente benéfica (JUNCKERSTORFF, 1951). Além disso, essa linha de argumentação contém em seu cerne a ideia de que as empresas nacionais não teriam condições de competir no mercado internacional (JUNCKERSTORFF, 1951). Isso é profundamente relevante quando discutimos essa questão para países em desenvolvimento.

Outro ponto relevante de se notar é que a proliferação do direito concorrencial, sem uniformidade, levará a criação de uma disciplina difusa incapaz de lidar a transnacionalidade de certos problemas.⁵

A abordagem unilateral do direito da concorrência gera desvantagens significativas. Entre elas, destacam-se o aumento de diversos custos de transação e o risco de decisões divergentes ou inconsistentes, em particular no controle dos atos de concentração. (CARVALHO; SILVEIRA, 2013).

Em oposição, a cooperação mais estreita entre as autoridades antitruste pode ser benéfica para as empresas. As investigações coordenadas levam a soluções não conflitantes que satisfazem os requisitos legais de ambos os países. Resultados como esses reduzem o custo às vezes significativo para uma empresa de satisfazer diferentes autoridades, cada uma das quais quer informações diferentes e solicita diferentes remédios. Além disso, elimina-se o inconveniente apontado por Ake Skiold.⁶ Esse tipo de cooperação, terá um enfoque benéfico em dois sentidos, compartilhamento de

⁵ “Without a supranational authority, we shall no doubt go on living in a world with a frankly excessive number of national authorities, some of which have a doubtful appreciation of competitive processes. Indeed, in some jurisdictions there is reason to expect that antitrust principles will, with increasing frequency, be put to such anticompetitive ends as protecting local employment and extracting commitments to local investment, in exchange for merger approval or perhaps even for some toleration of cartel agreements. We have exported a large number of loaded guns and we should not be surprised if a number of them are pointed, if not fired, from time to time”. (GINSBURG, 2001).

⁶ “Closer cooperation between antitrust authorities can be beneficial to business. Coordinated investigations lead to remedies that do not conflict or a single remedy that satisfies both agencies. Or, one agency may defer to the other and leave parties with only one government to satisfy. Outcomes like these can reduce the sometimes significant cost to a business of satisfying different authorities, each of which wants different information and calls for different remedies”. (HACHIGIAN, 1997).

informação, auxiliando na coleta de evidências; e aplicação de medidas, sendo necessária a coordenação e jurisdição apropriada quanto a certos mercados (HACHIGIAN, 1997).

2.1. Entre a Cooperação e a Soberania

Diante disso, ficam evidentes os benefícios e a viabilidade de realização de negociações e da celebração de acordos entre diferentes nações, em prol da cooperação e da uniformização regulatória para o antitruste. Cabe agora investigar qual será o modelo mais promissor que poderemos adotar para essa tarefa. Para isso, temos que ter claro que estamos trabalhando com a oposição entre as políticas públicas nacionais de defesa da concorrência, em contrapartida à internacionalização dos mercados e do comércio, que demandam um antitruste integrado.

A posição inicial adotada é que se pode trabalhar entre a promoção de políticas públicas nacionais e a internacionalização da defesa da concorrência. Adota-se essa posição na medida em que ambos os elementos são essenciais para o direito concorrencial. Por um lado, as políticas públicas de defesa da concorrência são mecanismos essenciais de defesa e promoção comercial interna; por outro lado a promoção internacional da defesa da concorrência por meio de tratados internacionais é necessária tendo em vista a dimensão globalizada das estruturas econômicas.

Para a formatação das políticas antitruste no âmbito interno, Andrew Guzman (1998) busca demonstrar que sua escolha depende de diversos fatores, tais como parceiros comerciais, bens e serviços transacionados, a habilidade da aplicação dessa norma para transações extraterritoriais, mas principalmente a eficácia e os efeitos dessas políticas. Por esse mesmo motivo, durante as negociações internacionais diferentes países terão preferência por diferentes níveis de regulamentação. Alguns preferirão leis mais estritas e outros menos. Assim, existe uma dificuldade de se conciliar o interesse nas negociações (GUZMAN, 1998). “Harmonizing antitrust policies is difficult in part because antitrust policy serves different goals in different countries” (GUZMAN, 1998). Isso fará com que os acordos alcançados normalmente cheguem a políticas semelhantes àquelas que surgiriam mesmo sem negociações (GUZMAN, 1998).

Os acordos internacionais em matéria de antitruste continuarão a ser difíceis de serem alcançados porque nem todos os países se beneficiarão de tais acordos. Esse resultado decorre do próprio problema que as leis antitruste procuram resolver. A política antitruste visa restringir o comportamento das empresas monopolistas para aumentar o bem-estar dos consumidores. Como as empresas e os consumidores são distribuídos de forma desigual entre países, os governos não têm interesses idênticos (GUZMAN, 1998).

Apesar de essa realidade representar um problema, ele aponta alguns mecanismos que podem facilitar a negociação desses acordos. Dentre eles, são propostos

os seguintes modelos institucionais, que visam facilitar essa convergência (GUZMAN, 1998):

- Acordos de compartilhamento de informações. Negociação sobre o compartilhamento de informações e assistência na aplicação de políticas antitruste através das fronteiras.
- Acordos substantivos. Cumprimento de políticas antitruste.
- Negociações de tópico único. Negociação de políticas antitruste separadas de outras questões.
- Negociações abrangentes. Reunião multilateral de decisores políticos que têm autoridade para consentir e celebrar compromissos.
- Acordos Regionais.

Como conclusão evidente entre os pontos suscitados anteriormente, entende-se que o meio mais apropriado para a promoção de políticas de defesa da concorrência internacional seja por meio de Acordos Regionais. Isso significa dizer:

As normas originadas de acordos internacionais para a constituição de um mercado comum sujeitam os sistemas jurídicos dos estados membros ao objetivo de unificação econômica, naquelas matérias em que a diversidade seja suscetível de prejudicá-la (FARIA, 1993, p. 8).

Países que integram, um mesmo bloco econômico, comumente pertencem a realidades socioeconômicas de tal maneira semelhantes ou compartilham interesses comerciais convergentes. Sem o risco de cair em uma redundância podemos dizer que países com realidades e graus de desenvolvimento próximos possuem interesses semelhantes. Isso também é verdade para o direito concorrencial.

Diante disso, como ressaltou Andrew Guzman, ficaria mais fácil encontrar um consenso para tais políticas dentro das negociações para formação de um bloco econômico, ou dentro de seu contexto decisório por intermédio de mecanismos institucionais (GUZMAN, 1998). Sendo assim, podemos dizer que um caminho promissor para a internacionalização do direito da concorrência, seria por meio dos blocos econômicos. Como ressalta a professora Paula Forgioni, esse processo deve ocorrer de modo contínuo, por diversas negociações de modo a promover uma contínua integração.

Uma vez que a questão antitruste toca a soberania nacional e aos interesses próprios de cada país, o caminho natural da harmonização das legislações deveria passar pela negociação gradual de cada uma das modificações e não, simplesmente pela adoção de um Código Internacional (FORGIONI, 1998, p. 400).

Com esse cenário, podemos encontrar um espaço intermediário no qual a cooperação internacional para o antitruste seja compatível com a soberania nacional e com as políticas públicas locais de defesa da concorrência. Assim, podemos explorar algumas experiências existentes e bem-sucedidas na promoção internacional de defesa da concorrência, bem como examinar experiências promissoras. Nesse caso analisaremos a regulamentação dos países europeus e da América do Sul.

2.2. Experiências de Integração Regional no Direito Concorrencial

Uma primeira experiência multilateral de defesa internacional da concorrência é constante da União Europeia e do Tratado da Comunidade Econômica Europeia (CEE). Essa estrutura contém em seu art. 86 previsões voltadas para a repressão do abuso de poder dominante entre empresas dos Estados-Membros.⁷ O documento não vai além, contudo se completou:

O tratado CEE é omissivo sobre o controle da concentração de empresas. Mas a lacuna não evitou a aplicação das regras de concorrência, preferentemente a norma do artigo 86, que tolhe a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum. Na decisão proferida no caso *Continental Can*, a comissão entendeu que era proibida a concentração quando executada por uma empresa com domínio de mercado (FARIA, 1992, p. 42).

Portanto, mesmo na ausência de regulamentação específica, a União Europeia realiza tanto o controle de condutas, quanto o controle de concentrações.

Por muitos, esse é tido como uma das principais experiências de integração internacional de defesa concorrencial. Esse mecanismo, inclusive inclui em sua estrutura uma autoridade competente para lidar com as matérias de defesa da concorrência. “Na Comunidade Europeia a aplicação das regras da concorrência está confinada à instituição competente para tomar as principais decisões” (FARIA, 1992, p. 42). Em análise crítica Umberto Celli Junior:

⁷ “Article 86. To the extent to which trade between any Member States may be affected thereby, action by one or more enterprises to take improper advantage of a dominant position within the Common Market or within a substantial part of it shall be deemed to be incompatible with the Common Market and shall hereby be prohibited. Such improper practices may, in particular, consist in: (a) the direct or indirect imposition of any inequitable purchase or selling prices or of any other inequitable trading conditions; (b) the limitation of production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) the application to parties to transactions of unequal terms in respect of equivalent supplies, thereby placing them at a competitive disadvantage; or (d) the subjecting of the conclusion of a contract to the acceptance, by a party, of additional supplies which, either by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contract”. (Treaty establishing the European Economic Community. Rome, 25 March 1957).

Os Estados-Membros têm, assim, demonstrado uma inexorável tendência no sentido de frustrar a aplicação das normas de concorrência. Por isso é que o controle da aplicação dessas normas tem de ser exercido por instituições supranacionais, como a Comissão e, sobretudo, o Tribunal. Trata-se de função que, em nenhuma hipótese, deve ser esvaziada ou conferida aos Estados-Membros.

De um modo geral, os Estados-Membros têm reagido negativamente a quaisquer decisões tornadas pela Comissão que possam limitar seu poder de regular ou intervir em suas respectivas economias. Afinal, essas decisões, quando plenamente corroboradas pelo Tribunal, implicam o nem sempre assimilável reconhecimento de que parte de sua soberania tem de ser transferida para a Comunidade.

Surpreendentemente, essa é ainda, em que pese o estágio avançado do processo de integração da Comunidade, uma questão controvertida e que tem suscitado inúmeras polêmicas. Constata-se aqui uma situação, no mínimo, paradoxal: quanto mais a competência legislativa da Comunidade se expande, mais os Estados-Membros se esforçam para manter suas prerrogativas (CELLI JUNIOR, 1999. p. 239).

Outra experiência internacional importante e promissora que contém provisões de integração na defesa da concorrência é o Tratado de Assunção, assinado para a constituição de um mercado comum do Mercosul.⁸ “O artigo 4º do Tratado de Assunção impõe a elaboração de normas comuns sobre concorrência comercial, e não de lei uniforme que os Estados-Partes se obrigam a introduzir nos respectivos territórios” (FARIA, 1993, p. 98).

Diferentemente do Tratado da CEE, o Tratado de Assunção contém somente um acordo de Estados-Parte para constituírem entre si o Mercosul, não a constituição de um completo e regulado mercado comum. Por este motivo o Mercosul não contou com o concomitante estabelecimento de uma autoridade regulatória concorrencial (FARIA, 1992, p. 58). Sua preocupação foi promover a integração internacional da defesa da concorrência por meio da padronização da legislação dos Estados-Membro.

A primeira preocupação deve ser com a elaboração de normas comuns sobre a concorrência a que se refere o artigo 4.º do Tratado de Assunção. Em nossa opinião, o conjunto de princípios e normas multilateralmente acordados para o controle das práticas comerciais restritivas conhecido como Código sobre práticas comerciais restritivas das Nações

⁸ Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991.

Unidas, não pode ser posto de lado, nem as disposições do Tratado constitutivo da Comunidade Europeia e da Lei Sherman, em que se baseou (FARIA, 1993, p. 94).

Diante da insuficiência do Tratado de Assunção em se promover a defesa da concorrência internacional, os esforços foram voltados para a aprovação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul.

No âmbito do Mercosul foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, o Protocolo de Defesa da Concorrência com o objetivo de assegurar as condições adequadas de concorrência no bloco regional. Para tanto, tem como objetivo criar regras substantivas destinadas a coibir práticas que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, faltar ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul ou afetando o comércio entre os Estados-partes. O Protocolo não estabelece a criação de uma agência antitruste supranacional, devendo as normas ser aplicadas pelo Comitê de Defesa da Concorrência, a ser integrado pelas autoridades antitruste nacionais. Além de estabelecer regras substantivas para práticas que afetem a concorrência no Mercosul, o Protocolo tem por objetivo promover uma aproximação entre as legislações nacionais dos países-membros em matéria de proteção à concorrência. Observe-se que, até o presente momento, o Protocolo não entrou em vigor em qualquer dos Estados-membros (NUSDEO, 2002, p. 167).

Em uma análise crítica desse Protocolo, o professor Umberto Celli Junior sustenta ainda que esse documento ainda possui um âmbito de aplicação muito limitado, dependendo ainda de uma larga atuação dos Estados-Membros em promover a efetiva integração e cooperação no desenvolvimento da defesa da concorrência no bloco.

Esse modelo de integração cooperativo e consensual está claramente refletido no Protocolo de Defesa da Concorrência firmado em dezembro de 1996. Esse Protocolo tem por objeto a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, competindo à Comissão de Comércio e ao Comitê de Defesa da Concorrência aplicá-lo. O Comitê, um órgão de natureza governamental integrado pelos atores nacionais, visa aplicação do Protocolo em cada Estado-Membro.

Para assegurar a implementação do Protocolo, os Estados-Membros, por meio dos respectivos órgãos nacionais de aplicação, deverão adotar mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico “no sentido de sistematizar e intensificar a cooperação entre os órgãos e autoridades nacionais responsáveis com vistas ao aperfeiçoamento dos

sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência...”. As eventuais divergências relativas à aplicação, interpretação ou descumprimento das condições estabelecidas no Protocolo serão resolvidas por mecanismos de arbitragem, na forma do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, celebrado em 1991. CELLI JUNIOR, 1999, p. 240).

Esses dois modelos distintos atuam dentro do largo espectro do dilema entre a internacionalização da proteção da concorrência e entre a soberania interna dos Estados em promover políticas públicas, ambos servido como paradigmas e casos a serem analisados, representantes dessas influências.

3. Conclusão

Em conclusão a essa análise, e com base nos modelos internacionais estudados, enxergamos como a melhor opção para conciliação da cooperação internacional para o antitruste com a soberania nacional a negociação de acordos regionais e o estabelecimento dessas regras dentro dos mecanismos institucionais dos blocos econômicos. Essas negociações devem ocorrer de modo gradual, respeitando as diferenças de cada nação. Na esclarecedora lição de Vera Thorstensen:

Os temas em questão pressupõem um mesmo debate, qual seja, dentro do contexto atual, da necessidade de se manter a diversidade dos padrões e regras, respeitando os diferentes níveis de desenvolvimento dos países, ou de se partir para um processo de harmonização desses padrões e regras, respeitando padrões mínimos aceitáveis por todos, e um processo de convergência a mais longo prazo. O problema a ser enfrentado, é que a disparidade de tais padrões e regras pode criar sérias barreiras ao comércio, ou ainda, pode ser usada como formas disfarçadas de proteção (THORSTENSEN, 1998).

Com o advento de um novo contexto internacional marcado pela globalização econômica surge a necessidade de um antitruste no âmbito global (THORSTENSEN, 1998). Por essa análise propomos uma metodologia para a negociação desses acordos de cooperação, visando da integração para a defesa da concorrência.

São Paulo, março de 2018.

Referências

- ANDERSON, Robert D. Making law in 'new' WTO subject areas: competition policy and government procurement. In: MARCEAU, Gabrielle (Ed.). *A history of law and lawyers in the GATT/WTO: the development of the rule of law in the multilateral trading system*. United Kingdom: Cambridge University Press, June 2015. p. 275-290.
- CARVALHO, Vinícius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.
- CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- DAVIDOW, Joel. Antitrust, international policy, and merger control. *The Journal of International Law and Economics*, Washington, DC, v. 15, p. 519-532, 1981.
- DAVIDOW, Joel. Recent developments in international antitrust. *Akron Law Review*, Akron, v. 10, n. 4, p. 603-608, 1977.
- FARIA, Werter Rotunno. *Defesa da concorrência no Mercosul*. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992. (Estudos da Integração; 1).
- FARIA, Werter Rotunno. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. (Estudos da Integração; 5).
- FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARZA, Deborah A. The new international antitrust guide. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 57, n. 1, p. 133-139, Mar. 1988.
- GINSBURG, Douglas H. International antitrust: 2000 and beyond. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 68, p. 571-576, 2001.
- GOYDER, D. G. *EC competition law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- GUZMAN, Andrew T. Is international antitrust possible? *New York University Law Review*, Washington DC, v. 73, p. 1.501-1.549, 1998.
- HACHIGIAN, Nina L. An overview: international antitrust enforcement. *Antitrust*, v. 12, n. 1, p. 22-26, 1997.
- JUNCKERSTORFF, Henry K. International antitrust dilemma. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 1, n. 4, p. 312-317, Winter 1951.

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

POSNER, Eric; SYKES, Alan. The Intersection between international law and domestic law. In: POSNER, Eric; SYKES, Alan. *Economic foundations of international law*. Cambridge: Harvard University Press. 2013. p. 139-152.

RODAS, João Grandino. Aplicação extraterritorial da lei antitruste pode gerar reações. *Portal Consultor Jurídico*, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-10/olhar-economico-aplicacao-extraterritorial-lei-antitruste-gerar-reacoes>>. Acesso em: 10 set. 2015.

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

SKIOLD, Ake. Antitrust problems in connection with dealings with Common Market countries. In: INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION BIENNIAL CONFERENCE, 9., 1962. Edinburgh. *Report*. Edinburgh, 1962.

THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 41 n. 1 jan./jun. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100004>. Acesso em: 3 dez. 2018.

WALTZ, Kenneth Neal. *Realism and international politics*. Abingdon: Routledge, 2008.

WHISH, Richard. *Competition law*. Londres/Edimburgo: Butterworths, 1989.

WILLKIE, Wendell Lewis. Antitrust goes international. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 59, n. 2, p. 563-573, 1991.