

JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL EM DIREITO DA CONCORRÊNCIA: BALANÇO E PERSPECTIVAS

EXTRATERRITORIAL JURISDICTION IN COMPETITION LAW: BALANCE AND PERSPECTIVES

Ana Paula Martinez¹

Resumo:

A matéria aborda o exercício da jurisdição extraterritorial, necessário, uma vez que um mesmo ato pode afetar significativamente mais de uma jurisdição.

Palavras-chave: Exercício da jurisdição extraterritorial. Antitruste. Defesa da concorrência.

Abstract:

This article refers to the exercise of the extraterritorial jurisdiction, necessary, once in one exactly act more than one jurisdiction can act significantly.

Keywords: Exercise of the extraterritorial jurisdiction. Antitrust. Competition defense

1. 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

A Autora é advogada em São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

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 Há que se ressaltar que a jurisdição extraterritorial não deve comportar um juízo de valor *a priori* sobre a legitimidade da competência extraterritorial reivindicada. Porém, fato 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 RENOLD, Marc-André. *Les conflits de lois en droit antitrust - Contribution à l'étude de V application internationale du droit économique*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991. p. 144, e IDOT, Laurence. *Le controle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*. Thèse: Paris II, 1981. v. 2, p. 487.

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 termos do *Webb-Pomerane Act*, de 1918³ 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 sete partes. Após um confronto entre aplicação e efeitos extraterritoriais da lei, far-se-á uma análise dos elementos de conexão que mais interessam em direito da concorrência. Posteriormente, será feito um balanço do exercício da jurisdição extraterritorial por parte de Estados Unidos, União Européia⁴ e 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.

2. 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 Vavers et le revers de la même médaille, Vaction et son résultat*”⁵ Com

³ 15 U.S.C., 61-65. 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 penal e relacionada à indenização por *treble damages*, 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 Européia 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”

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, 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 de 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.

3. 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

⁶ Nesse sentido, ver RENOLD, Marc-André. *Les conflits de lois en droit antitrust*, cit., p. 140. 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 farão sentir no mercado comunitário europeu.

exercício extraterritorial de sua jurisdição. A ocorrência parcial do ato no território do segundo Estado justifica a aplicação extraterritorial de suas leis.⁷

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

MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 293, p. 95, jan./fev./mar. 1986. Em suas palavras, “O princípio da 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 assim, 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, preponderantemente, maior interesse em submetê-la à sua competência territorial. E é a maior ou menor intensidade do impacto no território dos Estados envolvidos que serve de elemento definidor das competências” Por sua importância, merece ser citado o caso Lotus, decidido pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1927 (Caso S.S.Lotus, Série A., n. 10, p. 19, 1927). O caso envolveu o choque em alto-mar de um navio turco, Boz Kourt, e um navio francês, Lótus, 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 ficção jurídica, foi assimilado ao território turco, configurando importante caso de adoção do princípio da territorialidade objetiva.

⁷ Ou ainda, como prefere MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 293, p. 94, jan./fev./mar. 1986, teoria dos impactos territoriais

⁸ Id. *Ibid.*, p. 94.

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 envolve a formação de um cartel de importação no país A que afete 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 que o mesmo estará autorizado a exercer sua jurisdição.

4. 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.

¹⁰ Nesse sentido, ver GRIFFÍN, Joseph P. Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement. 67 *Antitrust Law Journal*, v. 159, n. 187, 1999.

4.1. *Estados Unidos*¹¹

60%.

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 Panamá instigados pela concorrente United Fruit, requerendo indenização.¹⁴ O juiz do caso, Holmes, entendeu não ser cabível a aplicação extraterritorial pretendida. Em sua palavras: “*The general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done*”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 onde foram praticados, não poderiam ser punidos por outros Estados.¹⁶ Essa aplicação territorial da legislação antitruste ficou conhecida como *vested rights theory*. Porém, a

¹¹ Os Estados Unidos têm um sistema peculiar de defesa da concorrência. E 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 pelos 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 *States Attorneys General* ou terceiros prejudicados.

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

¹³ Para uma análise pormenorizada da aplicação extraterritorial da legislação antitruste norte-americana até a década de 70, ver Hendrik Zwarensteyn. *Some aspects of the extraterritorial reach of the American antitrust laws*, Deventer: 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*.

¹⁵ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, cit., 356. E continua “... *For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions 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... Para outra jurisdição, se acontecer de aplicar a lei a um determinado agente, de ele ser tratado de acordo com suas próprias noções ao invés daquelas do lugar em que a conduta foi cometida, isso seria não apenas injusto, mas significaria uma interferência na decisão de outra soberania, 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 S. Timberg, “Extraterritorial Jurisdiction under the Sherman Act” II *The Record of the Association of the Bar of the City of New York* 101 (1956) *apud* Hendrik Zwarensteyn, *Some aspects of the extraterritorial reach of the American antitrust laws*, cit., p. 124).

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* seria aplicável a acordos ocorridos no exterior se eles 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 “*effects 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

¹⁷ *United States v. Sisal Sales Corporation et al.*, 114 U.S. 268 47 S. Ct. 592 (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 a exportação para os Estados Unidos, graças à permissão da legislação mexicana adotada *ad hoc* para este monopólio.

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 Circ. 1945).

²⁰ Como será visto adiante, os Estados Unidos, a exemplo de outras jurisdições, consideram matriz e controlada entidades únicas para fins de aplicação antitruste. Nesse caso, os Estados Unidos indicou no pólo passivo 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., p. 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 597 (9^o Circ. 1976). Barry E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, 2^a ed., 1985 & Supp. 1989, Englewood Cliffs: Prentice Hall Law & Business, p. 118, chega a afirmar que a aplicação moderna do Sherman Act a condutas estrangeiras deu-se a partir de 1976, com base nesse julgado.

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 juizes de dar maior peso aos interesses nacionais que aos dos demais países.²⁶ Por isso, não houve consenso nas Cortes Federais 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*

²⁴ No caso concreto, o tribunal concluiu pelo declínio do exercício da 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 Com relação à terceira exigência, o tribunal considerou que sete deveriam ser os fatores a serem considerados, quais sejam: (i) o grau de conflito com política ou legislação 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 Aidan Robertson & Marie Demetriou, "But that was in another country...: The extraterritorial application of US antitrust laws in the US Supreme Court" in *International and Comparative Law Quarterly* 43, part. 2, Glasgow, Bell and Bain Ltd., 1994.

²⁷ O Terceiro Circuito, ao adotar o teste em decisão no caso *Mamington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1297-98 (3rd Cir. 1979) adicionou os seguintes fatores àqueles sete 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 de decisão similar proferida por Estado estrangeiro; e (iv) a existência de um tratado internacional com os países afetados que trate da questão.

²⁸ *American Rice, Inc. v. Arkansas Rice Growers Co-op. Ass'n*, 701 F.2d 408, 413 (5th Cir. 1983).

²⁹ *Montreal Trading v. Amax*, 661 F.2d 864 (10th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1001, 102 S.Ct. 1634 (1982).

(FTALA).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 controvertida (cinco votos a quarto) no julgamento do caso *Hartford Fire Ins. Co. v. Califórnia*,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 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

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 da lei e política dos Estados Unidos é altamente respeitada no país. A compilação anterior data de 1965.

³³ *Hartford Fire Ins. Co. v. Califórnia*, 509 U.S. 764 (1993). A ação havia sido movida por dezenove *State Attorney General*, juntamente com uma série de litigantes privados, contra empresas do ramo de seguros estabelecidas em Londres que teriam alterado os termos da previsão dos seguros, prejudicando clientes norte-americanos.

³⁴ *Hartford Fire Ins. Co. v. Califórnia*, *cit.*, 796.

³⁵ *Id. Ibid.*, 798.

³⁶ *Hartford Fire Ins. Co. v. Califórnia*, *cit.*, 799: “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. Aidan Robertson & Marie Demetriou, “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

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 jurisprudência 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

unnecessary conflict with the legitimate interests of (...) our closest trading partners” Em tradução livre: “essa proposta ampla e impensada (...) 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(B) of the FTAIA”

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 oferecem seus produtos nos Estados Unidos por meio exclusivamente de exportações e que passam a aumentar o preço do produto artificialmente por meio de um cartel. As vendas dessas empresas representam um percentual significativo se comparado 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 (1^o Cir. 1997). Neste caso, a conduta anticoncorrencial de fixação de preços teve lugar inteiramente no Japão, com geração de efeitos nos Estados Unidos. A decisão final ressaltou que a conduta cometida pelos indivíduos condenados era ilegal tanto nos Estados Unidos quanto no Japão.

⁴¹ Sobre, ver James Sicilian & Philip S. Wellman, “The Extraterritorial Application of the US Antitrust to Criminal Conspiracies” in *European Competition Law Review*, 151, 1988.

⁴² Ver, p. ex., Phillip Arceada & Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, Boston: Little-Brown & Co., 4. ed., 1988, p. 155 e ss.

⁴³ *Kramer Motors v. British Leyland*, 628 F.2d, 1175 (9^o Cir.), cert. Denied, 449 U.S. 1062, 101 S.Ct. 785 (1980).

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

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 de 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 preços por produtores de vitaminas

⁴⁵ Nesse sentido, *Rohlfing v. Manor Care, Inc.*, 172 FRD 330, (N.D. Ill. 1997); *Seabury Management, Inc. v. Professional Golfers' Association of America, Inc.*, 878 F.Supp. 771 (D. Md. 1994); *Rosen v. Hyundai Group (Korea)*, 829 F.Supp. 41 (E.D. N.Y. 1993).

⁴⁶ Cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its practice*, 2^a ed., St. Paul: West Group, 1999, pp. 186-190.

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 1354 (9th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1163, 102 S.Ct. 1036 (1982), foi movida uma ação com base no *Sherman Act* contra os membros da OPEC por fixação de preço do petróleo e seus derivados. O tribunal entendeu, entre outros argumentos, que política relacionada a recursos naturais era central para a soberania dos países membros da OPEC e que aquelas atividades eram governamentais e não comerciais, estando, portanto, imunes à legislação antitruste. Em *Outboard Marine Corp. v. Pezetel*, 461 F.Supp. 384 (D. Del. 1978), o tribunal entendeu que uma organização governamental polonesa ativa na comercialização de equipamentos de golfe (*golf carts*) 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. 2359 (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 *Den Norske Stats Oljeselskap As v. HeereMac Vof* 241 F.3rd 420 (5^o 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 sobre o caso, ainda que o mesmo tenha resultado em preços mais elevados do petróleo no país. Isso porque os danos que a empresa da Noruega afirmou ter sofrido não decorreram dos efeitos da conduta no mercado doméstico norte-americano, mas derivaram diretamente de conduta

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, Austrália, Equador e 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 *intemational fórum shopping*,⁵⁰ 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 de defesa da concorrência dos Estados Unidos, principalmente em vista de que nesse país são devidos três vezes o valor 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

ocorrida fora dos Estados Unidos. De forma oposta decidiu o Segundo Circuito no caso *Kruman v. Christie's International PLC*. 284 F.3d 384 (2nd Cir. 2002). Neste, partes estrangeiras visavam a obter indenização por danos causados pela fixação de preços no mercado de leilão de peças de arte por parte da 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 *Empagran* 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.

⁵⁰ O desejo da Suprema Corte de evitar que os Estados Unidos sejam alvo preferencial do *intemational fórum shopping* não está presente apenas no campo antitruste. Logo após a decisão *Empagran*, a Suprema Corte entendeu que o *Alien Tort Statute*, diploma norte-americano que disciplina a responsabilidade civil relativa a fato ilícito reclamada por estrangeiro, não enseja ações nos Estados Unidos por todas as violações de direitos humanos ocorridas no exterior - caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (2004).

condutas e estruturas anticoncorrenciais (reais ou potenciais) que causem efeitos nos Estados Unidos.

4.2. 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. Segunda esta decisão, as normas concorrências 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 - Cartéis — 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

⁵¹ Tratado que instituiu 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 22/71, *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, 1971; ECR 949.

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 artigo 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 artigo 85 do Tratado das Comunidades Européias”

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

⁵⁶ Casos conjuntos 89, 114, 116-117 e 125-129/85. *A. Ahlström Osakeyhtio and Others v. Commission (Woodpulp I)*, 1988, ECR 5193.

⁵⁷ Decisão n. 85/202, de 19 de dezembro de 1984, OJ (1985) L 85/1.

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 criado pela Decisão do Conselho das Comunidades Européias n° 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 e que concernem à aplicação de regras da concorrência. Contra suas decisões, cabe recurso ao TJCE.

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

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 Européia, 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 do 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 Européia 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 Européia 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 Européia). A Comissão Européia decidiu punir a empresa inglesa, que apelou para o TJCE

⁶¹ Joseph P. Griffin, “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”

⁶² Parecer de 25 de maio de 1988, parágrafos 47 e ss.

⁶³ Karel Van Miert, “Analysis and Guidelines on Competitive Policy, Address at Royal Institute of Int'l Affairs”, London (May 11, 1993), *apud* Joseph P. Griffin, “EC and U.S. Extraterritoriality: Activism and Co-operation”, *Fordham International Law Journal*, 1993, então Comissário da Direção da Concorrência, indicou que a Comissão Européia “*needs to ensure (...) (ii) 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 (...) (ii) que práticas em terceiros mercados não impeçam empresas da Comunidade Européia de ingressar nesses mercados. A Comissão não hesitará em usar seus poderes toda vez que necessário para preservar a concorrência dentro da Comunidade Européia e para garantir o acesso a mercados estrangeiros”

⁶⁴ Processo 48/69, *ICI v. Commission (Dyestuffs)*, 1972, ECR 619.

argumentando que não poderia ser responsabilizada pela conduta de suas subsidiárias. O tribunal rejeitou tal argumento, sentenciando que o fato da subsidiária ter uma personalidade jurídica distinta da 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 *economia entity doctrine* ou *group economic unit doctrine*. Esse posicionamento foi reafirmado pelo TJCE no caso *Woodpulp* referido acima.⁶⁵

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.

4.3 Brasil

A lei de defesa da concorrência brasileira (Lei n. 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 a conclusão de que o legislador optou por adotar expressamente duas teorias para justificar o exercício da jurisdição

⁶⁵ Casos conjuntos 89, 114, 116-117 e 125-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtio and Others v. Comissão (Woodpulp I)*. 1988, 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 (condenação) se (a empresa) recorreu a suas subsidiárias, agentes, sub-agentes ou filiais dentro da Comunidade para fazer seus contratos com os compradores dentro da Comunidade”

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

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 inteiramente 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

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 (CADÊ). 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 infrações 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 de preços em diversos setores da economia. Quanto ao controle de condutas, apesar da 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 CADÊ 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 oriunda de um processo administrativo.

⁶⁸ Nesse sentido, ver José Carlos de Magalhães, “A aplicação extraterritorial de leis nacionais”, *cit.*, p. 94, e Darwin Lourenço Corrêa, *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? Entendemos que a resposta é negativa, haja vista que inexistem efeitos do ato no país (reais ou potenciais).

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, dentre 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 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 suecas. 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 Qinetiq Group Plc.*,⁷³ em que o primeiro grupo adquiria este último. O Qinetiq Group era grupo britânico que não possuía ativos ou estabelecimento no Brasil, atuando

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 n. 08012.002395/2003-17, Blossomgrange Limited e Halliburton Company, Relator: Conselheiro Thompson Andrade, d.j. 25 de junho de 2003; (ii) AC n. 08012.007073/2002-75, General Dynamics Corporation e EWK Eisenwerke Kaiserslautern GmbH, Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer, d.j. 26 de fevereiro de 2003; (iii) AC n.º 08012.004181/2001-13, TD Capital Canadian Private Equity Partners (QLP) L.P. e Harrowston Inc., Relator: Conselheiro Thompson Andrade, d.j. 30 de outubro de 2002; (iv) AC n. 08012.007807/2001-35, Denso Corporation, Magneti Marelli S.p.A. e Magneti Marelli Holding S.p.A., Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer, d.j. 16 de outubro de 2002; (v) AC n. 08012.002875/2002-99, Regis Corporation e Gameo International Limited, Relator: Conselheiro Fernando Marques, d.j. 2 de outubro de 2002; e (vi) AC n. 08012.003626/2002-11, Sears, Roebuck and Co., L.P. e Inlet Acquisition Corp., Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade, d.j. 11 de setembro de 2002.

⁷¹ AC n. 08012.006025/2001-89; Relator: Conselheiro Ronaldo Macedo Júnior; d.j. 22 de maio de 2002. Tratava-se da aquisição de ativos da Schwinn/GT Corp. pela Pacific Cycle, LLC, ambas empresas norte-americanas.

⁷² AC n. 08012.003246/2002-86; Relator: Conselheiro Thompson Andrade; d.j. 4 de setembro de 2002.

⁷³ AC n. 08012.009254/2002-36; Relator: Conselheiro Fernando Marques; d.j. 13 de agosto de 2003.

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 CADÊ 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 CADÊ passou a sustentar que o critério de notificação relativo ao faturamento, previsto no § 3º do art. 54 da Lei n. 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 menos 20% do mercado relevante (em conjunto com a outra parte da operação).⁷⁸

⁷⁴ AC n. 08012.005749/2003-77; Relator: Conselheiro Thompson Andrade; d.j. 5 de novembro de 2003. A operação não envolvia ativos ou empresas no Brasil. O CADÊ entendeu que uma operação internacional, envolvendo a aquisição de capital social de empresa que não possui filial, agência, sucursal, escritório, agente ou representante no Brasil e que não comercializa qualquer produto no país, não é capaz de produzir efeitos em território nacional.

⁷⁵ AC n. 08012.005925/2003-71; Relator: Conselheiro Thompson Andrade; d.j. 10 de dezembro de 2003. O CADÊ entendeu que uma operação realizada no exterior que não acarreta concentração horizontal, consubstanciada na aquisição de empresa que não possui filial ou escritório no Brasil e que oferecia 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 CADÊ no julgamento do AC n. 08012.002992/2004-14, ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding, Inc.; Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer; d.j. 19 de janeiro de 2005, e vem sendo seguido nos julgamentos posteriores pelos Conselheiros do CADÊ, à exceção do Conselheiro Luiz Scaloppe.

⁷⁷ Tal entendimento foi firmado com o julgamento do AC n. 28/95, Nalco Chemical Company e Exxon Chemical Company; d.j. 19 de junho de 1996.

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 de notificação. Definição de mercado relevante é algo muito subjetivo e nem sempre é possível ter dados confiáveis sobre o tamanho de um mercado (o que, conseqüentemente, afeta a estimativa de participação no mesmo). Não por outro motivo, as *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* da *International Competition Network* entendem que esse critério não é adequado para determinar a obrigatoriedade de uma notificação (a recomendação geral é que critérios de notificação devem ser quantificáveis de forma objetiva). Corre-se o risco de operações que poderiam causar efeitos no país não sejam notificadas em decorrência da subjetividade do critério da 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 CADÊ emitir uma resolução para quantificar o critério dos efeitos previsto no artigo 2º da Lei n. 8.884/94.

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 entes únicos para os fins de aplicação antitruste. Pelo reduzido número de investigações relacionadas a condutas internacionais, analisemos 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 entes 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 n. 8.884/94 aponta como um dos critérios para apresentação de atos de concentração faturamento bruto anual no último exercício equivalente a R\$ 400 milhões por qualquer um dos participantes. A jurisprudência do CADÊ firmou entendimento no sentido de que por “participantes” deve-se 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

⁷⁹ PA n. 08012.004599/99-18. Parecer n. 210 / 2002/ COGDC/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2002. O processo ainda encontra-se em instrução. PA n.º 08012.004599/99-18. Parecer n. 210 / 2002/ COGDC/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2002. O processo ainda encontra-se em instrução.

⁸⁰ PA n. 08012.004897/00-23. Parecer n. 209 /2002/COGDC-DF/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2002. O processo ainda encontra-se em instrução.

⁸¹ PA n. 08012.004897/00-23.

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

⁸³ Deve-se citar como precedentes o caso Nalco/Exxon referido acima. Ainda, no caso Indústrias Químicas Elgin Ltda. e Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda., AC n. 08012.002730-98-41, julgado em 19 de agosto de 1998, foi entendido que “É óbvio que o critério do faturamento a ser adotado engloba o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quantas 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 Isabel Vaz, “Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade” in *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 6, p. 266. As empresas sueca ASEA e suíça Brown-Boveri realizaram operação de fusão no final da década de 80 e decidiram não submetê-la ao CADÊ. As empresas atuavam regularmente no país por meio de suas subsidiárias. Em razão da unidade empresarial entre matriz e

Por fim, analisemos os parágrafos que compõem o art. 2º da Lei n. 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 CADÊ. 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 artigo 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 estrangeira relacionamento regular, o que possibilita o alcance mais rápido da empresa estrangeira.⁸⁷

subsidiária (o que fazia com que o critério do faturamento mundial, como entendido àquele época, fosse preenchido), o CADÊ solicitou às subsidiárias que apresentassem a operação internacional ao órgão, o que foi feito em seguida.

⁸⁴ A redação anterior à dada pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, usava o termo situada no lugar de domiciliada. A mudança deu-se para compatibilizar o determinado nesse artigo com o disposto no artigo 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 artigo 64 do Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, em vigor segundo o estabelecido pelo artigo 300 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que as sociedades estrangeiras não podem sem 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 àqueles da Lei n. 8.884/94, conforme o artigo 83 dessa última lei.

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 ficção 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

A previsão 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 n. 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 Usinas, interessadamente 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 CADÊ inclusive sob a lei antitruste anterior (Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962), no julgamento da averiguação preliminar n. 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.

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 e que tenha aqui vendas insignificantes e irregulares: são praticamente inexistentes os efeitos dessa prática no país. Nesses casos, faz-se necessário, portanto, lançar mão da teoria dos efeitos, conforme entendimento jurisprudencial e interpretação razoável da lei.

⁸⁸ Incluído pela Lei n. 10.149/00.

⁸⁹ Cf. José Ignácio Gonzaga Franceschini; José Luiz Vicente Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 54. Tal entendimento superou o anteriormente expressado pelo CADÊ no julgamento da averiguação preliminar n. 55, em 29 de outubro de 1975. Entendeu-se que a empresa inglesa International Electric Association, Ltd. não poderia constar 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.

5. 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*.⁹⁰ 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 70.⁹¹

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 de Austrália,

⁹⁰ *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.

⁹¹ Cf. decisão da Suprema Corte do Canadá no caso *Gulf Oil Corp. v. Gulf Canada Ltd*, 111 D.L.R. 3d 74 (1980).

Canadá, França, Nova Zelândia e 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 n. 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,

⁹² Nesse sentido, ver Joseph P. Griffin, "Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction", 6 *Geo. Mason Law Review* 505, 1998.

⁹³ Sobre, ver Drake D. McKenney & Vicent Mercier, "Obtaining Evidence in France for use in United States Litigation" in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 2, p. 91-119, 1994.

⁹⁴ A lei canadense permite ao Estados não reconhecer decisões antitruste alienígenas 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. Joseph E. Neuhaus, "Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law", 81 *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.*, 133 F.Supp. 40 (1955).

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

6. 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

Esse 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 outras tantos custos associados à existência de

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 pública 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 entre as duas autoridades, que incluiu queixas por via diplomática (o então presidente Bill Clinton chegou a dizer que se houvesse reprovação da operação recorreria à Organização Mundial do Comércio). A Comissão Europeia tomou em consideração essas 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 aumentar a concorrência (Decisão (CE) n. 97/816, de 30.07.1997, Boeing/McDonnell Douglas, JO L 336/16, de 08.12.1997.).

⁹⁹ A operação envolveu a aquisição da Honeywell, empresa norte-americana ativa principalmente no mercado de produtos e serviços aeroespaciais, 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 tomou pública sua decisão de não barrar a operação. Em julho de 2001, a Comissão Europeia tomou pública sua decisão de reprovar a operação, uma vez que essa criaria ou reforçaria posição dominante da GE em uma série de mercados. Essa decisão foi seguida por uma série de queixas por parte 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 anular a mesma (processos T-209 Honeywell International/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 da Secretaria de Acompanhamento Econômico (COGPI/SEAE) em 2002, 66% ocorreram em outros 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. Dados disponíveis em: <<http://www.fazendo.gov.br/portugues/releases/2003/r030402.asp>>.

¹⁰¹ Nesse sentido, ver Mario Monti, *The EU Views on a Global Competition Fórum* <<http://europa.eu/rapid/rapid.jsp?PRIVILEGE=EM>> e Charles A. James, "Perspectives on the International Competition Network" *ABA International Antitrust Bulletin* v. 4, issue 3 in <<http://www.abanet.org/antitrust/committees/international/fallwinter01.pdf>>.

diversos sistemas de notificações antitruste, entre os quais: (i) custos associados à interpretação obscura ou ambígua de critérios 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 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 cartéis*. 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

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

¹⁰³ Importante dizer que os acordos de cooperação bilaterais 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 trocas de experiência entre autoridades de países desenvolvidos e em desenvolvimento, incentivando fortemente a cooperação. A rede tem uma estrutura virtual (o endereço é <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>), sem secretariado permanente, organizada de forma flexível.

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.

7. 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 os particulares e as autoridades.

São Paulo, fevereiro de 2006.

¹⁰⁵ Esses são os chamados acordos de segunda geração. Atualmente, poucos são os países que permitem a troca de informações confidenciais sem a prévia autorização das partes envolvidas. Os Estados Unidos reformou sua legislação, por meio da emissão do *International Antitrust Enforcement Assistance Act* em 1994, para permitir que o país assine 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 1999, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>>). Outras autoridades, como Canadá, já manifestaram interesse em firmar acordos com tais previsões.

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 outubro de 1999.

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 de Cooperação 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.

Referências

- AREEDA, Phillip & KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 4 ed. Boston: Little-Brown&Co., 1988.
- CORRÊA, Darwin Lourenço. *Jurisdição Extraterritorial em Direito Antitruste*. São Paulo, 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.
- 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 E. *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 controle 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. p. 91-119.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 293. jan./fev./mar. 1986.
- NEUHAUS, Joseph E. Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law. In: *81 Columbia Law Review*, 1097, 1981.
- RENOLD, 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.
- ROBERTSON, Aidan; DEMETRIOU, Marie. But that was in another country...: The extraterritorial application of US antitrust laws in the US Supreme Court. In: *International and Comparative Law Quarterly* 43, part. 2. Glasgow, Bell and Bain Ltd., 1994.

SICILIAN, James; WELLMAN, Philip S. The Extraterritorial Application of the US Antitrust to Criminal Conspiracies. *European Competition Law Review*, 151, 1988.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; THE FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. [s.l., s.n.], 1995.

VAZ, Isabel. Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade. *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 6.

ZANETTIN, Bruno. *Cooperation between antitrust agencies at the International level*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2002.

ZWARENSTEYN, Hendrik. *Some aspects of the extraterritorial reach of the American antitrust laws*. Deventer: Fred B. Rothman & Co., 1970.