

Karla Margarida Martins Santos

CARTÉIS TRANSNACIONAIS

**A Transnacionalização das Decisões do Direito
Concorrencial e as Ações de Reparação de
Danos em Defesa da Concorrência**

Curitiba
Juruá Editora
2016

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: *editora@jurua.com.br*

ISBN: 978-85-362-6137-9

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Santos, Karla Margarida Martins.

S237 Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência./ Karla Margarida Martins Santos./ Curitiba: Juruá, 2016.

400p.

1. Cartéis. 2. Concorrência. 3. Direito internacional.
4. Direito econômico . I. Título.

CDD 341.1

CDU 341

000126

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
-------------------------	----

Parte I

A NECESSIDADE DE REPENSAR O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NUMA DIMENSÃO INTERNACIONAL

1 – GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIZAÇÃO: O DESENVOLVIMENTO TRANSNACIONAL DOS AGENTES ECONÔMICOS COMO FATOR DE MUDANÇA DAS ESTRATÉGIAS DE COMBATE AOS CARTÉIS	27
1.1 Internacionalização, Globalização e Transnacionalização – Significados no Contexto de Combate aos Cartéis Transnacionais	31
1.1.1 Globalização e transnacionalização	32
1.1.2 Transnacionalização e internacionalização – como expressões de globalização	36
1.2 Transnacionalização e Direito: a Interconectividade de Eventos Sobre uma Base Global	37
1.2.1 Transnacionalização e os desafios postos ao Estado nas tentativas de incremento da interconectividade de um direito em construção	40
1.2.2 A relevância do Estado na construção do conceito de transnacionalização	41
1.2.3 Transnacionalização em defesa da concorrência – a expressão de um direito global em construção	43
1.3 Transnacionalização e Normas de Combate aos Cartéis Clássicos Transnacionais	45

2 –	TRANSNACIONALIZAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE UMA BASE COMUM NA CONCEITUAÇÃO DOS CARTÉIS CLÁSSICOS INTERNACIONAIS	51
2.1	Transnacionalização de Mercados e de Atores Transnacionais	51
2.2	Transnacionalização e Cartéis: pela Estabilização de um Conceito	54
2.2.1	A atuação transnacional dos agentes econômicos como indicativo de modulação dos diversos tipos de cartel	54
2.2.2	Estados e cartéis transnacionais: a legitimação da atuação por intermédio dos cartéis de importação e exportação	55
2.2.3	Cartéis e Estado – o exercício da liberdade econômica e a percepção da dos cartéis como um elemento de caráter nocivo	56
2.3	A Compreensão da Expansão da Atividade Comercial como Incentivo ao Desenvolvimento dos Cartéis	59
2.3.1	A conceituação dos cartéis pela compreensão de sua exteriorização ao longo do tempo	59
2.3.2	Características dos cartéis	61
2.3.3	Características estruturais	62
2.4	Transnacionalização e Cartéis Transnacionais	67
2.4.1	Delimitação do conceito de cartel transnacional	67
2.4.2	Tipos de cartéis transnacionais	68
2.4.3	Cartéis de exportação	70
2.4.3.1	O incentivo do Estado na atuação dos cartéis transnacionais – a experiência europeia e a adoção de cartéis de importação e exportação	74
2.4.3.2	Os cartéis de exportação nos Estados Unidos	78
2.4.4	Cartéis de exportação em outros países	82
2.4.5	Cartéis de importação	85
2.4.5.1	O Caso <i>In Re National Sulphuric Acid Association's</i>	87
2.4.6	O Caso <i>North Coast</i>	88
2.4.6.1	Caso Timberlane – fatores de aplicabilidade de jurisdição	89
2.4.6.2	Considerações sobre os casos de cartel de exportação e importação	90
2.4.6.3	Cartéis clássicos transnacionais – a insuficiência do direito interno para seu alcance	93
2.4.7	Cartéis clássicos com atuação transnacional	94

3 –	A ANÁLISE DOS CARTÉIS TRANSNACIONAIS COM A PREPONDERÂNCIA DE ELEMENTOS INTERNOS – AUSÊNCIA DE TRANSNACIONALIZAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA CONCORRENCIAL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA AMERICANA	99
3.1	A Ausência da Transnacionalização: o Combate aos Cartéis Internacionais com Base na Dimensão Nacional.....	100
3.2	A Ausência de Transnacionalização Normativa e os Cartéis Transnacionais – Expressão Provocativa de uma Ordem Jurídica Transnacional de Concorrência.....	101
3.3	A Ausência de Transnacionalização e as Legislações Nacionais de Defesa da Concorrência – a Reflexividade do Direito Interno.....	106
3.3.1	A experiência americana como expressão de reflexividade na aplicação da defesa da concorrência	112
3.3.2	A aplicação da teoria dos efeitos pela autoridade norte-americana e a expansão de seu uso por outras jurisdições – a transnacionalização a partir do reforço da nacionalização dos alcances da lei antitruste	112
3.4	O Surgimento do Direito Antitruste nos EUA – a Motivação da Ausência de Transnacionalização	115
3.4.1	A Lei <i>Sherman</i>	115
3.4.2	Regra <i>per se</i> e regra da razão	117
3.4.3	Seção 2 do <i>Sherman Act</i>	123
3.4.4	<i>Clayton Act</i>	126
3.4.5	<i>Webb Pomerene Act</i>	126
3.4.6	<i>Robinson-Patman Act</i>	127
3.4.7	<i>Celler-Kefauver Anti-Merger Act</i>	127
3.4.8	<i>Export Trading Act</i>	128
3.5	A Estruturação dos Órgãos Antitruste Americanos – Experiência de uma Operacionalização Interna da Defesa da Concorrência	128
3.5.1	<i>Private enforcement</i>	131
3.6	A Extraterritorialidade como Expressão da Transnacionalização em Defesa da Concorrência nos EUA	134
3.7	A Tentativa de Expansão da Territorialidade e as Leis de Bloqueio como Mecanismo Limitativo do Alcance Extraterritorial – Caso <i>Alcoa</i>	139
3.8	Extraterritorialidade como Expressão de Jurisdição e Poder Político – a Teoria dos Contatos Mínimos	142
3.8.1	FTAIA – A expressão da transnacionalização na experiência normativa americana.....	144

Parte II
TRANSNACIONALIZAÇÃO EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA
E OS MECANISMOS EM ASCENSÃO

4 – A TRANSNACIONALIZAÇÃO E OS MECANISMOS BILATERAIS DE COOPERAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE APRIMORAMENTO AO COMBATE AOS CARTÉIS TRANSNACIONAIS.....	153
4.1 Extraterritorialidade da Legislação Concorrencial como Incentivo à Cooperação Bilateral.....	154
4.2 Os Mecanismos Bilaterais de Cooperação em Combate aos Cartéis Transnacionais – Adensamento do Direito Concorrencial Interno ou Desenvolvimento do Direito de Defesa da Concorrência Internacional.....	155
4.2.1 A importância da cooperação bilateral no combate aos cartéis transnacionais.....	156
4.2.2 A confidencialidade e o uso de informações decorrentes de acordos bilaterais	158
4.2.3 A experiência da cooperação bilateral a partir da aproximação dos Estados Unidos com a União Europeia.....	161
4.2.4 A não compreensão da necessidade de aproximações para a cooperação no combate aos cartéis e o surgimento de respostas internas – as leis de bloqueio	164
4.3 A Troca de Informações e a Leitura do Princípio da Cortesia na Dimensão Bilateral da Cooperação.....	169
4.3.1 Fases da colaboração	169
4.3.2 Da notificação na cooperação bilateral.....	170
4.4 Acordos de Primeira Geração – Reforço à Ausência de Transnacionalização.....	170
4.4.1 Cortesia tradicional ou negativa	171
4.4.2 Cortesia negativa na experiência americana.....	172
4.4.3 Cortesia positiva e a ampliação da cooperação	176
4.5 Acordos de Segunda Geração – Incremento da Efetividade da Cooperação Bilateral	178
4.5.1 A evolução da cooperação bilateral – os acordos de segunda geração a partir da experiência americana	178
4.5.2 A experiência da União Europeia.....	179
4.6 A Confidencialidade nos Acordos Bilaterais	181

4.7	A Normatização da Cooperação Mútua como Estratégia de Minimização dos Conflitos Decorrentes dos Acordos de Cooperação Bilaterais – O <i>Mutual Legal Assistance Treaty</i>	187
4.7.1	As informações confidenciais como obstáculo à transnacionalização no âmbito da cooperação bilateral – a permanência de elementos divergentes no âmbito dos acordos de assistência mútua.....	188
4.8	A Cooperação Bilateral e o Recurso às Cartas Rogatórias: Incremento da Cooperação ou de seus Obstáculos.....	194
4.8.1	A extradição como medida de efetividade das penalidades impostas em casos de cartéis – a análise do Caso Norris.....	197
4.8.2	O caso das mangueiras marítimas – a coordenação entre as autoridades como elemento de sucesso no procedimento investigativo.....	201
4.8.3	A primeira extradição bem-sucedida em cartéis transnacionais – o Caso Romano Piscioti.....	204
4.8.4	A extradição em cartéis em licitação.....	204
4.9	Transnacionalização em Acordos Bilaterais e seu Adensamento: a Cooperação entre a Austrália e a Nova Zelândia.....	206
5 –	A TRANSNACIONALIZAÇÃO A PARTIR DE UMA DIMENSÃO PLURAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	213
5.1	A Experiência Europeia como Expressão da Regionalização: o Valor da União como Mecanismo de Transnacionalização.....	214
5.1.1	A Europa como modelo de transnacionalização densa.....	216
5.1.2	A construção de um modelo de densidade – o caráter exitoso da transnacionalização regional na União Europeia.....	218
5.1.3	O papel dos Estados-membros no incentivo e no combate aos cartéis na União Europeia – elementos para o combate comunitário aos cartéis transnacionais.....	220
5.1.4	A manutenção da preocupação concorrencial pela presença das normas concorrenciais nas normas unionistas.....	224
5.2	Os Cartéis como Expressão de Integração Europeia e as Normas Dirigidas ao seu Combate – Características Especiais de Combate aos Cartéis na Lei Europeia de Defesa da Concorrência.....	226
5.3	A Cooperação pelo Estabelecimento de Rede entre as Autoridades Nacionais de Defesa da Concorrência Europeia – a <i>European Competition Network</i> – a Expressão Transnacional Comunitária.....	231

5.3.1	A estruturação europeia em defesa da concorrência na atualidade – a contribuição da Comissão Europeia na aproximação dos sentidos entre as autoridades de defesa da concorrência nacionais.....	234
5.3.2	A defesa da concorrência e os elementos normativos mínimos comuns – a margem nacional de apreciação como elemento convergente na harmonização comunitária no combate aos cartéis transnacionais	241
5.4	A Duplicação da Transnacionalização a Partir de Dimensões Regionais de Defesa da Concorrência – o Desenvolvimento de Novos Modelos Regionais para o Combate aos Cartéis	243
5.4.1	<i>North American Trade Agreement</i> – NAFTA	244
5.4.2	A comunidade e mercado comum caribenho.....	247
5.4.2.1	Do regime de concorrência – a dimensão específica de uma transnacionalização em construção	249
5.4.2.2	Comissão de concorrência do Caricom – a proceduralização da concorrência na construção de um sentido comunitário comum	251
5.4.3	Organização dos Estados do Leste Caribenho	254
5.4.4	Cooperação Econômica para Ásia e Pacífico (APEC)	255
5.4.5	Caso das companhias de navegação marítima.....	261
5.4.6	O Caso Whirlpool AS e Tecumseh do Brasil Ltda. – a experiência peruana de transnacionalização	264
5.4.7	<i>Association of South East Asian Nations</i> (ASEAN).....	265
5.4.7.1	Política de concorrência – o estabelecimento do sentido transnacional	266
5.4.8	Comunidade andina	270
5.4.8.1	Defesa da concorrência.....	270
5.4.9	<i>Southern African Customs Union</i> (SACU).....	273
5.4.9.1	Defesa da concorrência.....	274
5.4.10	Comunidade sul-africana de desenvolvimento	275
5.4.10.1	Defesa da concorrência.....	276
5.4.11	<i>West African Economic and Monetary Union</i> (UEMOA).....	277
5.4.11.1	Defesa da concorrência.....	278
5.4.12	Mercosul – um modelo concorrencial inacabado	279
5.4.12.1	<i>International Competition Network</i> – pluralismo e reflexividade	283
5.4.12.2	O grupo de trabalho sobre cartéis	285

6 – AS AÇÕES DE DANOS COMO MECANISMO DE TRANSNACIONALIZAÇÃO EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA – AMPLIAÇÃO OU RETROCESSO À TRANSNACIONALIZAÇÃO? ..	287
6.1 Ações de Danos Materiais como Forma de Transnacionalização	287
6.2 Cartéis Transnacionais e a Transnacionalização da Ação de Danos Materiais: uma Questão Evidente?.....	289
6.3 As Ações de Danos e a Extraterritorialidade no Combate aos Cartéis.....	291
6.3.1 Extraterritorialidade e teoria dos efeitos.....	292
6.4 As Ações para a Recomposição de Danos Materiais Decorrentes de Cartéis	293
6.4.1 Ações para a recomposição de danos e o cumprimento de decisões estrangeiras.....	294
6.4.2 As ações de danos materiais para a recomposição de danos nos Estados Unidos	295
6.4.3 Jurisdição e competência nas ações materiais para a recomposição de danos nos Estados Unidos	296
6.4.4 <i>Parrens patriae</i> e a legitimação coletiva nos processos referentes à recomposição de danos nos Estados Unidos	298
6.5 As Ações Indenizatórias Privadas na Recomposição de Danos Decorrentes de Cartéis	302
6.5.1 Provas diretas e indiretas.....	303
6.6 As Ações de Danos Materiais e os Cartéis Transnacionais nos Tribunais Americanos.....	304
6.6.1 Caso <i>Den Norske</i>	306
6.6.2 O FTAIA e os efeitos da conduta no mercado americano a partir da leitura do Caso <i>Den Norske</i>	307
6.6.3 Caso <i>Kruman v. Christie's</i>	308
6.6.4 Cartel de vitaminas e o Caso <i>Empagran</i>	310
6.6.5 <i>Empagran v. F Hoffman-Laroche</i> : a discussão da legitimidade ativa de estrangeiros nas ações de recomposição de danos decorrentes de cartéis internacionais	311
6.6.6 O voto de divergência e a exteriorização do verdadeiro sentido do alcance transnacional dos cartéis	312
6.6.7 A análise da transnacionalização das ações de indenização pela Suprema Corte Americana a partir do Caso <i>Empagran</i> ..	313
6.7 As Ações de Reparação de Danos Materiais Propostas por Autores Estrangeiros e a Violação de suas Legislações Nacionais.....	314

6.8	As Ações de Danos Materiais para a Recomposição de Danos na União Europeia.....	317
6.8.1	Jurisdição e competência nas ações para recomposição de danos decorrentes de cartéis na União Europeia.....	318
6.8.2	Caso Courage	319
6.8.3	Caso Manfredi	321
6.9	As Ações Indenizatórias Privadas na Recomposição de Danos Decorrentes de Cartéis na União Europeia: a Transnacionalização como um Mecanismo de Evolução da Construção Normativa	323
6.9.1	Provas diretas e indiretas	325
6.9.2	Caso Pfeiderer	325
6.10	As Ações de Danos Materiais e os Cartéis Transnacionais nos Tribunais Europeus: o Exercício Interpretativo e a Contribuição para a Construção Normativa	328
6.10.1	Caso Comunidade Europeia (<i>Europese Gemeenschap</i>) versus Otis e outros.....	329
6.11	As Ações para a Recomposição de Danos Materiais Decorrentes de Cartéis na Europa como Forma de Transnacionalização: a Continuidade do Debate e o Advento da Diretiva.....	333
6.11.1	Caso <i>Kone</i>	336
6.11.1.1	<i>Caso Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide S.A.</i>	339
CONCLUSÃO		343
REFERÊNCIAS		349
ÍNDICE ALFABÉTICO		375