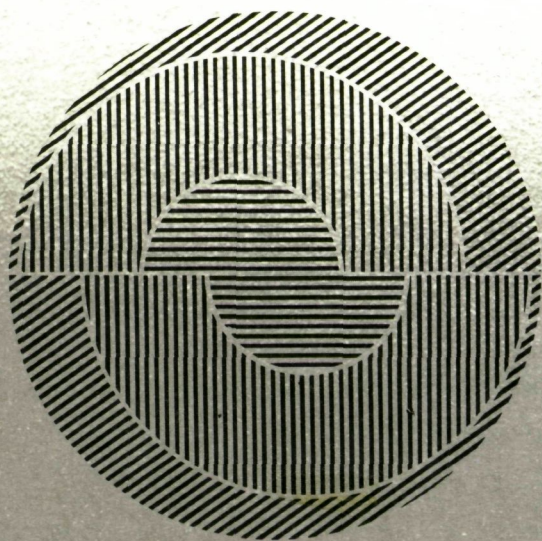


85956

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1990
ANO 27 • NÚMERO 105

Aplicação extraterritorial do direito da concorrência

JOSÉ ÂNGELO ESTRELLA FARIA

Mestre em Direito Europeu ("Magister Iuris Europaei") pelo Instituto Europeu da Universidade do Sarre, República Federal da Alemanha. Advogado.

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Direito internacional público e Direito da concorrência: a) — Título para a edição de normas de colisão. b) — Direito internacional público e elemento de conexão. III — Participação de Estados estrangeiros: A — Fundamentos da limitação à jurisdição. B — A prática da C.E.E. IV — Conclusão.

I — Introdução

Quando um país aplica normas jurídicas de seu ordenamento a situações que se formam total ou parcialmente no estrangeiro, diz-se haver uma *aplicação extraterritorial* do direito nacional, que é determinada, no caso concreto, por uma *norma de colisão*. O direito internacional da concorrência compreende, portanto, as normas de colisões espaciais referentes às práticas restritivas da concorrência⁽¹⁾. À semelhança do direito internacional privado geral, não se deve aqui dar maior valor ao adjetivo "internacional", pois também nesse caso trata-se de direito interno. Toda ordem

(1) Cf. GERHARD KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., München, 1971, pp. 459 e s.

* O presente artigo é a versão para o português, com ligeiras alterações, de um capítulo da tese de mestrado defendida pelo autor em 5 de janeiro de 1989 no Instituto Europeu da Universidade do Sarre, República Federal da Alemanha, sobre o tema "Rechtsprobleme nicht-vöölkerrechtlicher Selbstausfuhrbeschränkungen aus der Sicht des GATT und des EWG-Kartellrechts" ("Problemas jurídicos dos acordos privados de autolimitação à exportação à luz do GATT e do direito da concorrência da CEE"), aprovada pela banca com a menção "excelente".

jurídica contém regras escritas ou costumeiras que determinam aplicação das normas nacionais no espaço. Nesse sentido, a única diferença entre o direito internacional privado e o direito internacional da concorrência, ou direito antitruste internacional, consiste em que aquele prevê casos em que o juiz nacional deverá aplicar direito estrangeiro, o que não ocorre com o direito internacional da concorrência, devido ao seu caráter de *ordem pública* (2).

Nesse contexto é de particular interesse a distinção entre *normas materiais* e *normas de colisão* (3). O conteúdo das normas materiais refere-se diretamente a situações às quais ficam vinculadas as consequências jurídicas previstas no ordenamento. No caso específico do direito da concorrência brasileiro está a norma material básica dispersa por diversos dispositivos da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, que reprime o Abuso do Poder Econômico, a saber: o art. 2.º, que define, em linhas gerais, as formas de Abuso do Poder Econômico; o art. 7.º, que determina a aplicabilidade às situações descritas no art. 2.º das sanções previstas nos arts. 43 e 47; e, por fim, esses últimos dispositivos, que especificam a natureza das sanções. Tal formulação não impede, todavia, que a norma material do direito da concorrência brasileiro seja resumida em uma só sentença “Pessoas físicas ou jurídicas que abusarem do poder econômico ou restringirem a concorrência estão obrigadas a cessar a prática de tais atos”, ou simplesmente “Abusos do poder econômico e restrições da concorrência são proibidos”. A consequência vinculada pela norma à situação de fato é, portanto, a sua proibição, ou ilegalidade. Normas de colisão, por seu turno, não disciplinam diretamente uma situação de fato, limitando-se a determinar se a norma a que se refere é aplicável a um caso concreto. O direito brasileiro não contém uma norma de colisão explícita; ela pode, porém, ser deduzida do art. 2.º da Lei n.º 4.137, que considera, em seu inciso I, como forma de Abuso do Poder Econômico, o domínio dos “mercados nacionais”. Ainda que de forma especulativa, a norma de colisão do direito da concorrência brasileiro poderia ser expressa do seguinte modo: as normas repressivas do Abuso do Poder Econômico e das restrições da concorrência aplicam-se àquelas práticas e atos *que produzirem tais efeitos nos mercados nacionais*. Essa tese será mais detalhadamente fundamentada em outro ponto. Por ora, basta a premissa.

(2) Cf., MICHEL HAYMANN, *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts*, tese, Baden, 1974, pp. 257 e ss.

(3) Adotou-se aqui, apenas por razões práticas, a expressão *normas de colisão* (do alemão, *Kollisionsnormen*), embora ela não corresponda exatamente à natureza das normas em questão, visto não se tratar aqui (de resto como tampouco é o caso no direito internacional privado) de colisão de normas. Expressões dogmáticas mais adequadas, tais como *normas sobre a aplicação da lei no espaço*, seriam, porém, por sua extensão, inconvenientes.

Tendo-se em vista a separação entre direito interno e direito internacional público, a conseqüência dessa norma é que o legislador está obrigado a observar eventuais limitações à soberania nacional fundadas em tratados internacionais, mas já não o Judiciário, que terá de aplicar o direito nacional ainda que este fique em desacordo com os tratados firmados pelo país, a menos que o direito nacional preveja a precedência do direito internacional público⁽⁴⁾. Tal seria o caso em um país de tradição monista, como a França ou a Itália. No Brasil, país apegado ao dualismo, a contrariedade da lei a tratados internacionais não afeta em nada a validade interna da norma editada pelo legislador.

Desse modo, caso pudessem extrair do direito internacional público limitações à competência dos Estados para editar normas de aplicação extraterritorial, a decretação de uma norma em desacordo com obrigações internacionalmente aceitas pelo Brasil significaria que o legislador brasileiro violou deveres assumidos pelo país perante a comunidade internacional. A norma interna, no atual sistema constitucional brasileiro, continuaria, todavia, a ser válida. Embora o ilícito internacional não altere a aplicabilidade da lei interna, ele afetaria as relações externas do país, e a experiência dos países industrializados demonstra que um simples caso de aplicação extraterritorial do direito da concorrência pode levar a delicados conflitos diplomáticos, como se verá em outro ponto.

Importa agora precisar a relação entre o direito internacional público, em seu atual estágio, e o direito interno da concorrência, em especial as normas internas de colisão. Com relação a esse aspecto, já os pontos de partida são objeto de uma profunda discussão de princípios. De um lado, defende-se a tese de que os Estados apenas podem pretender o exercício de soberania jurisdicional na medida em que isso lhes é autorizado pelo direito internacional público⁽⁵⁾. A isso contrapõe-se a tese de que o direito internacional público não oferece fundamento necessário ao exercício da soberania, limitando-se a restringi-lo em casos específicos, de forma que, em princípio, é permitido tudo o que o direito internacional público não proíbe⁽⁶⁾. A discussão não tem caráter meramente acadêmico. Quando se defende a primeira tese, então deverão os Estados, para a adoção de uma norma de colisão, comprovar o conteúdo de uma norma de autorização do direito internacional público; isto é, que o direito internacional público lhes outorga competência para tanto. De acordo com a tese oposta, isso

(4) KARL MATHIAS MEESSEN, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationale Kartellrechts*, Baden-Baden, 1975, pp. 11 e ss.

(5) Cf., Resolução da *International Law Association* do ano de 1964, in *Rep. of the 51st. Conference Tokyo 1964 — 1965*, p. XXVIII; J.H.W. Verzeijl, *The Controversy Regarding the So-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws*, *Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 8 — 1961, pp. 3 e ss.

(6) Cf., em lugar de muitos, WERNER MENG, *Neuere Entwicklung in Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen*, *ZaöRV* 41 — 1981, p. 470, nota 5.

não seria necessário. Como já se constatou com acerto, o pano de fundo dessa discussão é o conflito, aliás, com argumentos lógicos, entre direito interno e direito internacional público (7): “Toda proposta de solução termina normalmente por ser uma declaração de fé na teoria monista ou na teoria dualista, em suas diferentes nuances”. Quem se ocupar dessa problemática deve ter consciência desse aspecto, ainda que seja apenas para poupar-se de um trabalho supérfluo, pois muitos dos argumentos expostos nesse contexto deixam-se facilmente reduzir a uma simples petição de princípios: quem quer a prevalência do direito internacional público exige um título de direito das gentes para a edição de normas de colisão; quem, por outro lado, considera a soberania nacional como ponto decisivo reconhece-lhe grande liberdade, que só será limitada quando violar a soberania de outros Estados. O fato de que muitas das teses formuladas se apresentem despojadas de qualquer fundamento não chega, porém, a ser surpreendente na literatura jurídica: *difficultatem facit doctrina*. O risco é que a discussão se limite a aspectos secundários, sem que sequer se questione se as respectivas premissas estão devidamente fundamentadas.

Mesmo assim é inevitável que se analise essa questão, pois ela tem influência direta sobre a extensão da aplicabilidade do direito nacional. Tal estudo limitar-se-á, porém, ao estritamente necessário para o presente trabalho. Na continuação dele analisar-se-á, portanto, a questão se a edição de normas de colisão pelo legislador nacional pressupõe uma regra de atribuição do direito internacional público, e se este prescreve aos Estados princípios específicos para a escolha do critério respectivo: nacionalidade dos envolvidos, domicílio, efeitos do ato etc.

II — *Direito internacional público e direito da concorrência*

a) *Título para a edição de normas de colisão*

Como já se mencionou, defende-se na literatura a tese de que a edição de normas de colisão aplicáveis ao direito de concorrência apenas é lícita na medida em que o direito internacional público outorga aos Estados tal competência. Abstraindo-se da discussão entre as teorias monista e dualista, tal tese pode ser facilmente refutada.

Essa posição pressupõe logicamente a existência de uma norma do direito internacional público geral que apenas autorize a edição de uma norma de colisão com fundamento em uma tal outorga da comunidade internacional. Ocorre que a doutrina jurídica continua devedora da prova da existência de uma norma com esse conteúdo. No estágio atual do direito internacional público a soberania dos Estados não é fundamentada por aquele, mas sim pressuposta, isto é, são os Estados soberanos que, através de sua vontade, criam as normas do *jus gentium*, e não o contrário (8).

(7) HAYMANN, pp. 281 e s.

(8) CORRETO MENG, p. 471.

A determinação do âmbito de aplicabilidade das normas de seu próprio ordenamento é uma forma típica do exercício dos direitos de soberania próprios. Existe, portanto, uma presunção em favor da liberdade dos Estados.

A essa conclusão já chegara a Corte Permanente de Justiça Internacional na famosa sentença do caso *Lotus*. Nesse caso havia o navio francês *Lotus* e o vapor turco *Buz-Kourtou* colididos em alto-mar, na rota de Istambul. O vapor turco, partido ao meio, afundou, causando a morte de oito tripulantes. Por requerimento da promotoria de Istambul foram presos os comandantes de ambos os navios, DEMONS e HASSAN BEY. O acusado francês argumentou perante os tribunais turcos a incompetência da Turquia para o processo criminal, o que foi refutado em todas as instâncias, sendo ambos os acusados condenados por homicídio culposo (imprudência). Antes do julgamento de um recurso de cassação, no curso de intensas negociações diplomáticas, acordaram os governos francês e turco em submeter o caso à apreciação da Corte Permanente de Justiça Internacional para dirimir o conflito de jurisdição⁽⁹⁾.

Perante a Corte defendeu a França a tese de que, para o exercício da competência jurisdicional internacional, a Turquia deveria comprovar que a sua competência se baseava em um título de competência que o direito internacional público reconhecia em seu favor. O governo turco, por sua vez, defendia o ponto de vista de que a Turquia poderia exercer sua competência até onde esta não conflitasse com um princípio de direito internacional público. A Corte Permanente começou por constatar que as restrições à soberania dos Estados não se presumem⁽¹⁰⁾, e prosseguiu dizendo estarem os Estados obrigados a respeitar a soberania uns dos outros, não podendo exercer atos de jurisdição sobre território alheio. Relativamente ao exercício de jurisdição em seu próprio território, estão os Estados em princípio livres, o que inclui a possibilidade de editar regras para situações de fato ocorridas no estrangeiro. A sua jurisdição apenas seria limitada, caso existisse uma norma de direito internacional público que lhes restringisse tal competência como regra geral. A esse respeito, diz a sentença:

“Ora, tal não é certamente o estado atual do direito internacional. Longe de proibir de maneira geral aos Estados de estender suas leis e sua jurisdição a pessoas, bens e atos fora do território, ele deixa-lhes, nesse aspecto, uma larga liberdade, que não é limitada senão em certos casos, por regras proibitivas; para os outros casos cada Estado permanece livre para adotar os princípios que ele julgar melhores ou mais convenientes.”⁽¹¹⁾

(9) *Recueil des Arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série A, nº 10 — 1927, pp. 10 e ss.

(10) *Ibidem*, p. 18.

(11) *Ibidem*, p. 19.

Até onde se pode vislumbrar não houve mudança sensível no estado do direito internacional público desde a época da sentença⁽¹²⁾. Em face disso, a grande maioria da literatura específica defende o ponto de vista de que os Estados são fundamentalmente livres na formação de seus ordenamentos jurídicos, não necessitando de qualquer título de *jus gentium* para a edição de leis com eficácia extraterritorial⁽¹³⁾.

b) *Direito Internacional Público e Elemento de Conexão*

A conclusão do parágrafo anterior não encerra, entretanto, a problemática. Embora a doutrina atual do direito internacional público, em sua maioria, parta do princípio da liberdade dos Estados nesse particular, as opiniões dividem-se relativamente à questão de se os Estados teriam um catálogo exaustivo de elementos de conexão a observar, ou se um tal catálogo inexistiria, de modo a que cada ordenamento poderia prever os elementos de conexão que o legislador nacional julgar mais convenientes⁽¹⁴⁾.

A primeira opinião transpõe praticamente sem alterações para o direito internacional da concorrência a discussão travada relativamente à aplicação extraterritorial da lei penal. No direito penal pode-se dizer simplificada-mente que a doutrina admite, em geral, dois princípios: o princípio da territorialidade (em suas variantes objetiva e subjetiva) e o princípio do bem juridicamente protegido ("Schutzprinzip").

De acordo com o princípio da territorialidade subjetiva, podem os Estados editar normas que tenham por *fattispecie* delitos cometidos em seu território, mesmo quando os efeitos da conduta se produzirem fora deste⁽¹⁵⁾. Conforme o princípio da territorialidade objetiva, têm os Estados competência para baixar normas que tenham por objeto uma conduta levada a cabo no estrangeiro, desde que: *a*) uma parte dessa conduta, enquanto elemento constitutivo do tipo penal, se tenha produzido no território; e *b*) a conduta ou omissão seja, também no estrangeiro, elemento constitutivo do delito⁽¹⁶⁾. Por fim reconhece a doutrina do direito internacional e o princípio do bem juridicamente protegido para a justificação da aplicabilidade do direito penal nacional a condutas típicas com elementos de estraneidade, quando esta ferir interesses de ordem superior ou bens jurídicos vitais do Estado que adota a norma de aplicação extraterritorial⁽¹⁷⁾.

(12) HAYMANN, p. 291, com referências.

(13) Cf., em lugar de muitos, GEOG DAHM, *Völkerrecht*, T. I, Stuttgart, 1958, pp. 254 e ss.

(14) Cf., para uma visão geral, MENG, p. 71.

(15) NOEL ALLEN, *The Development of European Economic Community Jurisdiction over Alien Undertakings*, L.I.E.I., 1974/2, pp. 38 e s., v. também art. 2º da Resolução da ILA de agosto de 1972, in MEESEN, *Die New Yorker Resolution der International Law Association zu den völkerrechtlichen Grundsätzen des Internationalen Kartellrechts*, AWD, 1972, pp. 562 e s.

(16) MEESEN, AWD, 1972, p. 562; ALLEN, p. 39; HAYMANN, pp. 294 e ss.

(17) HAYMANN, p. 311.

Nesta altura deve-se buscar a delimitação do princípio eleito pelo legislador nacional, em especial se ele corresponde aos princípios clássicos, ou se leva em consideração situações distintas. A Lei n.º 4.137 não contém qualquer menção explícita do critério de aplicação do direito nacional. Sendo a legislação antitruste parte da ordem pública nacional, de nada adianta buscar auxílio na Lei de Introdução ao Código Civil. O critério há de ser extraído pela hermenêutica da própria lei de repressão ao Abuso do Poder Econômico. Para tanto, servem de objeto tanto o próprio texto legal quanto ao objetivo perseguido pelo legislador.

O art. 2.º, inciso I, considera forma de Abuso do Poder Econômico dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência. É evidente que o qualificativo “nacionais” não é exclusivo do primeiro inciso (que tem por objeto a restrição ou eliminação da concorrência), devendo ser também visto como parte integrante dos incisos II e III (abuso de posição dominante ou monopólio), IV (cartéis discriminatórios e abusivos) e V (concorrência desleal). A razão é elementar: ao proteger a concorrência o legislador considerou-a como bem jurídico de *direito interno*; isto é, a concorrência a ser resguardada dos cartéis, monopólios e práticas abusivas é a concorrência interna, nos “mercados nacionais” a que se refere o inciso I do dispositivo mencionado. Acresce a isso a circunstância de que, embora não possa falar, pura e simplesmente, de “direito penal econômico”⁽¹⁸⁾ com relação ao direito antitruste, a legislação específica apresenta traços que a aproximam do direito penal. Tendo o bem juridicamente protegido natureza abstrata, é evidente que o ilícito só se configurará como tal quando produzir seus efeitos no território nacional. Não se quer com isso dizer, devendo ter cuidado com analogias excessivas com o direito penal, que os efeitos imediatos do ato se devam produzir no território nacional: o efeito que o legislador tem em vista é o efeito distorcivo da concorrência, que pode ser de natureza indireta. Tomemos por exemplo um cartel de informações recíprocas e elevação concertada de preços firmado em um país vizinho, por empresários nacionais e estrangeiros, referente à conduta comum dos participantes no mercado brasileiro, à oferta de mercadorias ao consumidor brasileiro. Em tal caso, deve-se distinguir entre os efeitos diretos (intrínsecos) e indiretos (finais) do ato. O efeito imediato é a vinculação das partes contratantes ao acordo celebrado. Se o acordo foi firmado, digamos, em Punta del Este, o efeito direto se produzirá em território uruguaio. O efeito indireto, o objetivo visado pelas partes, porém, é a restrição ilícita da concorrência no mercado brasileiro. Tendo em vista que a Lei n.º 4.137 visa a proteger a concorrência no território nacional, a lei brasileira será aplicável ao acordo mencionado.

É bem verdade que não há dispositivo legal expresso autorizando essa interpretação do direito da concorrência brasileiro, visto que o único ele-

(18) Como faz, p. ex., JOSÉ FREDERICO MARQUES, em Parecer in José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, São Paulo, 1985, pp. 476 e ss.

mento de conexão mencionado na Lei n.º 4.137 refere-se tão-somente aos "mercados nacionais". A prática do CADE, tampouco, teve até o presente oportunidade de assentar expressamente esse princípio, que se depreende apenas da hermenêutica da legislação nacional. Uma de suas decisões recentes permite, porém, concluir que o órgão considera evidente a aplicabilidade da lei nacional sob tais circunstâncias, de vez que declarou sujeito a registro acordo entre empresas estrangeiras sediadas no exterior em virtude de possíveis reflexos sobre a concorrência no mercado nacional⁽¹⁹⁾,

(19) Trata-se aqui da fusão dos grupos BBC-Brown Boveri e ASEA. Através de matéria publicada na imprensa nacional (*Exame* de 10-2-1988), o CADE tomara conhecimento da fusão dos conglomerados no exterior, de que resultaria a criação de uma subsidiária comum no Brasil. Em vista disso, o órgão expediu ofícios às empresas nacionais, requerendo informações sobre as operações. Em sua resposta, manifestaram as filiais brasileiras o entendimento de que a reunião dos grupos representava, para as autoridades brasileiras, *um fato perfeito e acabado a nível mundial*, razão pela qual alegou-se apenas *caber uma comunicação ao CADE para efeito de conhecimento do fato* (cf. Pedido de Registro nº 1/88, (fls. 3), após haverem salientado que tal fusão fora comunicada às autoridades dos países onde se encontram as sedes das suas empresas, ou seja, Suécia (ASEA) e Suíça (Brown Boveri), assim como aos órgãos competentes da Alemanha e dos Estados Unidos, países onde existem estabelecimentos de porte das empresas envolvidas (grifo nosso). A despeito do alegado pelas empresas, entendeu o CADE (fls. 15 e ss.), com arrimo no art. 74 da Lei nº 4.137, ser imprescindível o registro do acordo entre as subsidiárias brasileiras dos grupos Brown Boveri e ASEA. O pedido foi após regularmente instruído e afinal aprovado pelo CADE sem que se discutisse a fundo a dúvida quanto à competência do órgão (D.O.U., de 19-9-1988 Seção I, p. 17966). A respeito desse caso, limitamo-nos a duas observações. Embora o CADE afirmasse estar sujeito a registro o acordo entre as subsidiárias brasileiras dos grupos BBC e ASEA, sem mencionar o negócio de fusão das matrizes no exterior, a verdade é que este representava apenas a consequência natural da fusão já decidida e formalizada a nível mundial. Uma eventual negativa de registro da fusão das filiais afetaria, em última análise, o próprio acordo celebrado no exterior, pois este não poderia ser cumprido integralmente. Com efeito, caso houvesse o CADE indeferido o registro da fusão das controladas brasileiras, teria isso significado que, no seu entender, a reunião das empresas representava abuso de poder econômico. Ora, sendo a fusão, no caso, mera formalidade, de vez que o poder de controle já estava reunido pela fusão das matrizes, o indeferimento do pedido de registro da fusão das filiais teria tido consequências mais profundas e equivaleria a um veto à unificação do controle acionário das empresas. Se a formalização do acordo (fusão) não pode ser deferida a nível interno, é porque o próprio acordo (constituição de uma *holding* comum a nível mundial) viola a legislação brasileira de concorrência. É evidente que o fundamento implícito da decisão do CADE sujeitando a registro a fusão das filiais é a premissa de que a lei brasileira é aplicável a quaisquer acordos que afetem a concorrência no território nacional, independentemente de onde tenham eles sido celebrados. É curioso, de outra parte, que as empresas alegassem ser a reunião das filiais um fato consumado para as autoridades brasileiras. Ocorre que as empresas haviam consultado a *Federal Trade Commission* e o *Bundeskartellamt*, da Alemanha Ocidental, conforme se depreende da documentação juntada aos autos, antes da celebração da fusão das matrizes suíça e sueca dos grupos, já que ambas as empresas tinham filiais de porte nesses países. Essa conduta traduz o conhecimento das empresas de que sua reunião a nível mundial não representaria um mero *fato consumado* para os Estados Unidos e a Alemanha.

sem que em tal caso estivessem presentes quaisquer dos elementos que justificariam a aplicação extraterritorial do direito interno, segundo as teorias clássicas do direito penal. O elemento de conexão decisivo foi o *efeito* do ato sobre o mercado interno.

A aplicabilidade do direito nacional a acordos celebrados no estrangeiro que apenas produzam efeitos indesejados no território nacional encontra respaldo na *effects-doctrine* do direito norte-americano, que se depreende de uma sentença do Justice Learned, do ano de 1945, no conhecido caso *United States vs. Aluminium Co. of America* (ALCOA). Nesse caso, diversos produtores de alumínio de diferentes países haviam acertado um cartel de quotas na Suíça. A empresa americana acusada não havia participado diretamente do cartel, mas sim sua controlada canadense. Embora a conduta relevante se houvesse consumado integralmente no estrangeiro, de modo a excluir a aplicação do princípio da territorialidade, o tribunal americano considerou o cartel como uma violação da legislação antitruste, de vez que ele, como pretendiam os seus participantes, tinha efeitos diretos e substanciais nos Estados Unidos. Sua decisão pela aplicabilidade do direito americano foi fundamentada pelo Justice Learned nos seguintes termos: "It is settled law . . . that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends" (20).

Essa fórmula foi duramente atacada, principalmente porque ela não corresponde ao tradicional catálogo de elementos de conexão aceito para o direito penal internacional (21). De acordo com a crítica, a *effects-doctrine* poderia, no máximo, ser vista como uma transposição para o direito antitruste internacional do princípio do bem juridicamente protegido, ou princípio da segurança (22), mas assim mesmo seria descabida, de vez que tal princípio pressuporia que violações das normas de concorrência fossem universalmente consideradas ilícitas pela comunidade das nações (23). Não sendo esse o caso, segue-se que o princípio dos efeitos do ato seria incompatível com o direito internacional público.

Contra essa crítica pode-se, contudo, argumentar que a qualificação da norma nacional, segundo os princípios aceitos pela doutrina do direito internacional público, é de todo irrelevante.

Em primeiro lugar, é duvidoso que os elementos de conexão aceitos para o direito penal internacional sejam assim sem mais nem menos trans-

(20) Citado em EARL KINTNER, MARK JOELSON e PETER VAGHI, *Groping for a Truly International Antitrust Law*, Va.J.Int.L. 14 — 1973, p. 78.

(21) Cf., em lugar de muitos, IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts*, AWD, 1971, pp. 54 e ss., com referências.

(22) Cf., JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, *Aplicação extraterritorial de leis nacionais*, in Franceschini e Franceschini, p. 663, que, embora sob um prisma em certos pontos distintos, foi, salvo melhor juízo, pioneiro do tratamento desse tema na literatura nacional.

(23) SEIDL-HOHENVELDERN, pp. 56 e s.

poníveis para o direito internacional da concorrência. Com razão constatou-se (24) que o problema da exaustividade do catálogo de princípios do direito penal internacional apenas não foi objeto de maior discussão porque tal catálogo, até o presente, tem vindo de encontro aos interesses dos Estados, não tendo sido por nenhum deles visto como uma limitação excessiva de sua competência penal. Nesse contexto, é curioso que os autores que mais vivamente criticam a prática americana de extensão da competência extra-territorial (25) são aqueles que aplicam precisamente a mesma metodologia dos tribunais dos Estados Unidos, partindo irrefletidamente do princípio da aplicabilidade dos elementos de conexão do direito penal internacional aos casos de restrição da concorrência. Foi, com efeito, nos Estados Unidos que se desenvolveu a prática de lançar mão dos princípios aceitos para o direito penal a fim de justificar a competência nacional (26).

Quando se afirma ser o catálogo de elementos de conexão do direito penal internacional *exaustivo*, então se deveria, conseqüentemente, declarar incompatíveis com o direito das gentes a prática de muitos Estados que formularam suas normas de colisão mais ou menos no sentido da fórmula do caso ALCOA. Isso significaria, porém, desprezar a importância da prática subsequente dos Estados para a formação do direito internacional público e contrariada a *realidade jurídica* (27). A contribuição jurisprudencial para a formação do direito internacional público não pode ser desprezada. Esse aspecto mereceu especial destaque pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso do *Lotus*, acima citado. Nesse caso considerou-se legítima a aplicação do princípio da territorialidade pela Turquia, também porque tal princípio era aceito pelos tribunais de diversos Estados, inclusive pelos franceses (28).

Poder-se-ia sustentar que a crítica aqui feita à transposição pura e simples dos princípios e elementos de conexão do direito penal internacional está fundamentada em considerações *de lege ferenda*. Em termos de dogmática isso seria incontestável. Quando, porém, em consonância com o método teleológico de interpretação, são levados em consideração também os fins perseguidos pelo legislador, então deveria ser rejeitada a transposição de princípios de um ramo do direito a outro, quando tais princípios mostrassem-se inúteis à consecução dos objetivos do legislador para o ramo ao qual eles deveriam ser transpostos.

É bem verdade que o direito da concorrência apresenta também aspectos penais, o que não quer, todavia, dizer que ele possa ser considerado como um simples ramo daquele. Além disso, a aplicação dos elementos de

(24) MEESEN, p. 96.

(25) Assim como SEIDL-HOHENVELDERN, cit.

(26) Cf., por ora, BERNHARD BECK, *Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen*, WuW, 1984, pp. 447 e ss.; v. também HAYMANN, pp. 197 e ss.

(27) MEESEN, p. 97.

(28) V. *Recueil des Arrêts*, série A, nº 10, 1927, pp. 23 e s.

conexão clássicos do direito penal levaria a resultados altamente insatisfatórios (29).

Mesmo quando tais considerações fossem desprezadas, dever-se-ia rejeitar *de lege lata* a aplicação dos elementos de conexão do direito penal ao direito da concorrência. Quando a doutrina exige para o direito antitruste a observância dos princípios clássicos do direito penal, pressupõe-se implicitamente que os Estados estejam obrigados a tanto. Dever-se-ia, conseqüentemente, comprovar a existência de uma norma de direito internacional público que obrigasse a comunidade das nações a aplicar exclusivamente os elementos de conexão tradicionalmente aceitos para o direito penal. Sem uma tal norma superior de direito internacional público, fundada em convenções, tratados ou uso internacionais, toda a discussão em torno desse ponto é desprovida de fundamento. Os defensores do caráter exaustivo do catálogo clássico dos elementos de conexão citam, entre outras supostas fontes, uma resolução da *International Law Association*, de 1972, que enumera os princípios "cabíveis" (30). Tal catálogo, entretanto, não pode ter pretensão a ser uma norma de direito internacional público universalmente aceita: "The ILA resolution reflects the opinions of private organizations only. These declarations are in no way binding for states or international organization" (31). De acordo com o estado atual do direito internacional público, é irrelevante que as normas de colisão de um Estado correspondam a uma ou outra das diferentes teorias existentes, pois, enquanto meras opiniões doutrinárias elas não são nem vinculantes, nem exaustivas (32). A incompatibilidade de um determinado elemento de conexão com o direito internacional público apenas poderia ser admitida, caso o direito das gentes apenas permitisse um número determinado de normas de colisão. A doutrina que contesta, entre outras, a validade da *effects-doutrine* não foi capaz, até o presente, de comprovar a existência de uma tal norma restritiva do direito internacional público (33).

A doutrina aqui criticada busca apoio na sentença do caso do *Lotus*, que é interpretado como se houvesse a Corte Permanente de Justiça Internacional, com a admissão do princípio da territorialidade, querido fixar o limite máximo de exercício extraterritorial da jurisdição. Uma tal interpretação desse caso é, todavia, errônea. Longe de querer estabelecer fronteiras rígidas para a jurisdição extraterritorial, a sentença da Corte Permanente reconheceu, ao contrário, não estarem os Estados vinculados a princípios doutrinários. Para tanto, a Corte Permanente reconheceu primeiramente que a competência legislativa dos Estados encontra seu título na soberania destes, de modo que os Estados são, em princípio, livres para reger interna-

(29) MEESSEN, pp. 96 e ss.

(30) Cf. o texto in MEESSEN, AWD, 1972, pp. 562 e ss.

(31) A. TH. S. LEENEN, *Extraterritorial Application of the EEC-Competition Law*, Netherlands Y.Int.L. XV, 1984, p. 146.

(32) HOMBURGER/JENNY, *apud* HAYMANN, p. 313.

(33) HAYMANN, p. 297.

mente situações com elementos de estraneidade. A Corte perguntou-se então se, com relação ao direito penal, não seria necessária uma restrição dessa liberdade, de vez que esse ramo do direito atinge a sensível esfera da personalidade do indivíduo. A essa pergunta respondeu a Corte negativamente:

“S’il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n’en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes législations étendent leur actions à des délits commis hors du territoire; et cela d’après des systèmes qui changent d’Etat à Etat. La territorialité du droit pénal n’est donc pas un principe absolue droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale” (84).

Quando se aceita a liberdade fundamental dos Estados para a escolha dos elementos de conexão, até mesmo para o direito penal, por que não seria este o caso no direito da concorrência? É por isso que, em manifestações posteriores da doutrina, negou-se qualquer caráter exaustivo aos princípios do direito penal internacional, principalmente em relação ao direito internacional da concorrência (85).

O fato, portanto, de que o elemento de conexão adotado pelo legislador brasileiro, à semelhança, por exemplo, do art. 85 do Tratado de fundação da Comunidade Econômica Européia, que leva em consideração apenas os efeitos da prática restritiva da concorrência, não se deixa classificar entre os elementos de conexão clássicos do direito penal, é irrelevante para o exame de sua conformidade com o direito internacional público (86). Um outro resultado somente seria possível, caso houvesse alguma norma de direito das gentes que não permitisse a aplicação do princípio dos efeitos.

A discussão em torno da *effects-doctrine* do ponto de vista do direito internacional público deu-se em relação à prática dos tribunais americanos na aplicação extraterritorial de seu direito antitruste.

Nesse contexto é sintomático que a maioria dos países que protestaram contra o procedimento dos tribunais americanos nunca tenham levantado objeções fundamentais contra a aplicação da *effects-doctrine*, limitando-se a contestar sua aplicabilidade no caso concreto (87). O único país a manifestar-se por princípio contra o seu cabimento foi o Reino Unido (88). É bem verdade que a prática dos Estados não é absolutamente clara, mesmo porque a grande maioria dos casos provém apenas dos tribunais norte-americanos, sendo apenas recentemente que também se pode falar de uma prática contínua da Comunidade Econômica Européia nesse sentido. Não exis-

(84) *Recueil des Arrêts*, série A, nº 10, 1927, p. 20.

(85) Cf. MENG, *ZaöRV* 41, 1981, p. 502, nota 115, com referências.

(86) HAYMANN, pp. 309 e s.

(87) MENG, *ZaöRV* 41, 1981, p. 503.

(88) LEENEN, pp. 154 e s.

tem, porém, protestos diplomáticos que permitissem concluir pela rejeição geral da *effects-doctrine* ⁽³⁹⁾.

Além disso, no contexto da discussão sobre uma cooperação internacional mais efetiva no combate às práticas comerciais restritivas, deram os Estados, outrossim, a entender inexistirem objeções fundamentais à escolha dos efeitos como elemento de conexão para a aplicação do direito nacional. Interessante, nesse sentido, é a Seção E, n.º 2, do *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, aprovado por consenso pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1980:

“States should base their legislation primarily on the principles of eliminating or effectively dealing with acts or behaviours of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse or a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on their trade or economic development, or which through formal, informal, written or unwritten agreements among enterprises have the same impact” ⁽⁴⁰⁾.

Pode-se, em síntese, afirmar que os Estados, segundo o estado atual do direito internacional público, são, em princípio, livres para escolher as situações ou princípios que determinarão os elementos de conexão para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Esse resultado é confirmado por uma passagem freqüentemente esquecida da sentença da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso do *Lotus*. A Corte examinava a questão de se a nacionalidade do agente (francesa) significaria uma restrição à jurisdição da Turquia no caso concreto. Essa questão foi negada pela Corte, com fundamento em que uma tal restrição à jurisdição turca apenas seria possível se o direito internacional público vedasse a utilização dos efeitos do ato como elemento de conexão bastante:

“... même si la thèse en général était exacte... elle ne saurait être invoqué en l'espèce que si le droit international défendait à la Turquie de tenir compte du fait que les effects du délit se sont produits... dans un lieu assimilé ao territoire turc... Or, pareille règle du droit international n'existe pas” ⁽⁴¹⁾.

O fato é que não apenas a edição de normas de aplicação extraterritorial prescinde de qualquer título autorizativo de direito internacional público, como também que os Estados não se encontram vinculados a um ou

(39) MEESSEN, pp. 150 e ss.

(40) Apenas a Grã-Bretanha e o Canadá declararam, a esse respeito, o ponto de vista de que o texto aprovado não teria reconhecido a *effects-doctrine* perante a comunidade internacional; cf. MENG, ZaöRV 41, 1981, nota 99.

(41) *Recueil des Arrêts*, série A, n.º 10, 1927, p. 23.

outros elementos de conexão aceitos ou preconizados pela doutrina. Uma semelhante vinculação dos Estados, enquanto limitação ao exercício de sua soberania, somente seria admissível se o próprio direito internacional público determinasse a observância de um catálogo restrito de elementos de conexão. Tal norma internacional inexistente, porém, no atual direito das gentes.

Com razão afirmou-se que os Estados, na falta de limites positivos à sua jurisdição sobre práticas comerciais restritivas, apenas estão obrigados a respeitar a fronteira negativa do princípio que veda o abuso de direito ⁽⁴²⁾, cuja função consiste precisamente em impor limites onde outros inexistem ⁽⁴³⁾.

Uma limitação efetiva à jurisdição nacional, nesse contexto, resultaria do princípio da não-interferência em assuntos internos de outros Estados. Não serão abordados aqui os problemas relativos à condução do procedimento administrativo de apuração de práticas comerciais restritivas que exijam, por exemplo, diligências em outros países. Esse aspecto diz respeito ao direito adjetivo da concorrência, e não ao direito material ⁽⁴⁴⁾. Relativamente ao princípio da não-interferência, deve-se reconhecer que em certos casos ele afastaria a aplicabilidade do direito nacional, como, por exemplo, caso os acusados aleguem que o ato ou a prática restritiva da concorrência tem origem em um ato de autoridade de um outro Estado. Essa problemática será estudada a seguir.

III — A participação de Estados estrangeiros

a) Fundamentação da limitação à jurisdição

Os problemas resultantes da participação de Estados estrangeiros em práticas restritivas da concorrência foram tratados principalmente pela prática dos tribunais americanos. Apesar — ou até mesmo por causa — da extensiva aplicabilidade extraterritorial do direito antitruste americano, empenharam-se os tribunais dos Estados Unidos em fixar com clareza os limites à sua própria jurisdição, quando a prática restritiva da concorrência em um caso concreto não era fruto de uma decisão autônoma das empresas envolvidas, sendo antes disso efeito de um envolvimento de um outro Estado.

Os critérios oferecidos pelas diferentes teorias para tanto são variados: ora postula-se a limitação da própria jurisdição em consideração de interesse da política externa do país, ora é ela justificada fazendo-se uso do

(42) HAYMANN, p. 314.

(43) DAHM, p. 195.

(44) V., em geral, JOACHIM WOLF, *Völkerrechtliche Zulässigkeit un Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkungen*, ZaöRV 44, 1984, pp. 675 e ss.

conceito de "comity", instituto derivado do costume internacional⁽⁴⁵⁾. Apesar das diferentes nuances, podem-se reconhecer basicamente três teorias.

De acordo com a *sovereign immunity doctrine*, os atos de um outro Estado não estão sujeitos à apreciação judicial, o que compreende tanto a competência para proferir uma decisão (*jurisdictional immunity*), quanto à competência para executá-la (*attachment immunity*)⁽⁴⁶⁾. Pressupostos para a invocação da *sovereign immunity doctrine* são a participação direta do Estado estrangeiro no processo e a qualificação de seus atos como *acta jure imperii*. Essa regra, originalmente resultado de criação jurisprudencial, tornou-se posteriormente objeto de norma legal, através do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, que, todavia, exclui do campo de incidência da Imunidade estatal as atividades puramente comerciais de um Estado estrangeiro: atos qualificáveis como *commercial activity* que produzam uma restrição da concorrência no mercado norte-americano permanecem sujeitos à legislação antitruste daquele país⁽⁴⁷⁾.

Mais importante no presente contexto são as duas razões restantes para a limitação ao exercício da jurisdição pelos tribunais americanos. Enquanto a *sovereign immunity doctrine* encontra aplicação apenas quando o Estado estrangeiro for diretamente envolvido no processo perante a Corte americana, a *act of state doctrine* e a *foreign sovereign compulsion doctrine* permitem um declínio da própria competência também em casos que envolvam exclusivamente pessoas de direito privado.

Mesmo quando um Estado estrangeiro não figure diretamente num processo, pode a sua atitude ser decisiva para o desenrolar de um processo relativo a restrições da concorrência. A *act of state doctrine* veda aos tribunais americanos o exame da licitude de atos baixados por um outro Estado em seu próprio território, com a seguinte fundamentação:

"Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves"⁽⁴⁸⁾.

Estreitamente relacionada com a *act of state doctrine* é a *foreign sovereign compulsion doctrine*, pela qual as pessoas de direito privado não

(45) Cf., DOUGLAS M. MEAL e JOEL P. TRACHTMANN, *Defenses to Actions against Foreign States under the United States Antitrust Laws*, Harv.Int.L.J. 20, 1979, pp. 583 e ss.

(46) *Ibidem*, p. 584.

(47) *Ibidem*, p. 587.

(48) Sentença da Suprema Corte no caso *Underhill vs. Hernández*, apud MEAL e TRACHTMANN, p. 627.

podem ser responsabilizadas por seus próprios atos, quando a sua prática lhes tiver sido imposta por um Estado estrangeiro, independentemente da qualificação do ato estatal como *acta iure imperii* ou *acta iure gestionis*, como se depreende de uma sentença da Corte distrital de DELAWARE:

“When a nation compels a trade practice firms have no choice but to obey. Acts of business become effectively acts of sovereign. The Sherman Act does not confer jurisdiction on United States courts over acts of foreign sovereigns. . . . Where compulsion leaves not a defense, American firms abroad faced with a government order would have to choose one country or the other in which to do business. The Sherman Act does not go so far” (49).

Não se pretende aqui empreender uma delimitação minuciosa dos respectivos campos de aplicação de ambas as doutrinas, sendo bastante a constatação de que o exercício da jurisdição pelos tribunais americanos estará excluído quando houver uma relação de causalidade entre a violação do direito antitruste americano e um ato cogente de outro Estado, seja em forma de normas legais, seja como ordens expedidas pela administração. Isso não quer, contudo, dizer que qualquer forma de ingerência estatal acarrete o declínio da competência da justiça americana. O ato estatal em questão há de ter, em concreto, a natureza cogente de uma ordem ou proibição, não bastando simples tolerância, permissão, estímulo ou mesmo, sob certas condições, o incentivo programado da prática restritiva em questão no contexto da política econômica do governo estrangeiro (50).

A fundamentação jurídica dessas doutrinas experimentou ao curso dos anos uma sensível transformação. Se nas origens ela se baseava no respeito à soberania dos Estados estrangeiros, com arrimo, portanto, no direito internacional público, deu-se posteriormente primazia ao argumento constitucional da separação dos Poderes, pelo qual o julgamento de atos de soberania de outros Estados é da competência exclusiva do Executivo (51). Esse processo não é, de forma alguma, de interesse meramente teórico. Com o abandono dos argumentos de direito internacional público e sua substituição por considerações de direito constitucional, tornou-se decisiva uma avaliação de interesses feita exclusivamente do ponto de vista da

(49) *Apud* BECK, p. 457.

(50) Cf., KURT STOCKMANN, *Die Einflussnahme ausländischer Regierungen auf das Zustandekommen privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen und ihre völkerrechtliche Bedeutung für die Anwendbarkeit des GWB*, WuW 6, 1973, pp. 420 e ss., com referências.

(51) BECK, p. 456, cf. também FRANKLIN A. GEVURTZ, *Using the Antitrust Laws to Combat Overseas Bribery by Foreign Companies: A Stop to Even the Odds in International Trade*, Va. J.Int.L. 27, 1987, pp. 250 e s.

política externa norte-americana. Isso produziu uma situação criticável em que, a custo da segurança jurídica, expandiam-se ou restringiam-se, caso a caso, a *act of state doctrine* e a teoria da *sovereign compulsion*.

Como já foi mencionado, as considerações de direito internacional público das primeiras decisões velavam pelo respeito à soberania dos Estados estrangeiros, e com isso também pela não-interferência nos assuntos internos destes. Uma situação completamente nova resultou, todavia, da sentença da Suprema Corte no caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*. Nesse caso o Banco Nacional de Cuba exigia da outra parte, na qualidade de sucessor de uma empresa privada cubana, cujos direitos creditícios haviam sido desapropriados pelo Estado cubano e transferidos ao banco, o cumprimento de determinadas obrigações contratuais. Sabbatino argüiu perante o tribunal americano a exceção de ilegitimidade de parte, porque a desapropriação pelo governo cubano teria violado obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado. O Banco Nacional contrapôs à exceção a incompetência do tribunal americano para julgar a licitude do ato desapropriatório, de conformidade com a *act of state doctrine*. É bem verdade que o tribunal confirmou *in casu* a aplicabilidade da *act of state doctrine*, acrescentou, todavia, um elemento novo à fórmula tradicional, pelo qual devem as cortes americanas levar também em consideração a importância especial do caso *sub judice* para as relações exteriores dos Estados Unidos ("the importance of the international law issues raised by the claim for United States foreign relations")⁽⁵²⁾. Quão profundas seriam as consequências dessa simples variação dogmática, mostrou-se no caso *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*. Nesse caso, levantou o *City Bank* perante o tribunal americano uma exceção de compensação contra uma pretensão do Banco Nacional de Cuba, com fundamento na desapropriação de propriedades suas em Cuba. Novamente respondeu o Banco Nacional à exceção invocando a *act of state doctrine*. Ainda durante a tramitação em primeira instância, o Departamento de Estado norte-americano interveio no processo, requerendo a não-aplicação da *act of state doctrine*. A maioria dos juizes da Suprema Corte deferiu o requerimento do governo americano, com base na sentença do caso Sabbatino, considerada pela Corte como complemento, e não exceção da *act of state doctrine*, lançada no caso Underhill. Apesar disso, o juiz Rehnquist não mencionou mais o respeito a Estados estrangeiros, mas apenas o princípio constitucional da separação dos Poderes como razão para declínio da competência jurisdicional. De acordo com a nova fórmula, a *act of state doctrine* deixou de ser uma limitação geral do exercício da jurisdição pelos tribunais americanos, passando a ser apenas uma *rule of reason* que exige a tomada em consideração dos *interests* da política externa norte-americana⁽⁵³⁾. Assim

(52) MEAL e TRACHTMANN, p. 631.

(53) *Ibidem*, p. 634.

sendo, tendo em vista que a Constituição americana outorga ao Executivo a competência exclusiva para as relações exteriores, a finalidade da *act of state doctrine* consiste, então, em evitar apenas que o exercício dessa competência seja prejudicado por decisões judiciais. Em casos nos quais a atividade dos tribunais causaria atritos nas relações exteriores dos Estados Unidos, deveriam eles declinar de sua competência. Se, porém, o Executivo comunica ao Judiciário que a decisão do caso concreto não seria capaz de afetar a sua política externa, nada impediria o exercício da jurisdição⁽⁵⁴⁾.

A dispensa de considerações de direito internacional público em proveito de uma avaliação de interesses, do ponto de vista da política externa dos Estados Unidos, mostrou-se fatal, também porque os tribunais posteriormente passaram a fazer uma avaliação autônoma dos reflexos internacionais de suas decisões, deixando fazê-las dependentes de uma manifestação do governo americano.

No caso *Lumber Co. vs. Bank of America* sustentou-se perante o tribunal que o *Bank of America*, através de diversas manobras de empresas coligadas, prejudicara a obtenção, em Honduras, de madeira para exportação, para o que haviam contribuído, entre outros, atos das autoridades hondurenhas, como o confisco de madeira⁽⁵⁵⁾. A Corte de Apelação do 9.º Circuito rejeitou *prima facie* a aplicação da *act of state doctrine*, argumentando que esta significava apenas que o ato da autoridade estrangeira apenas devesse ser plenamente reconhecido, quando o seu não-reconhecimento apresentasse um potencial de conflito suficientemente grave. Decisivo seria apenas que “the interests of, and links to, the United States — including the magnitude of the effects on American Commerce — are

(54) Essa não foi todavia, a primeira decisão judicial a negar aplicação à doutrina *act of state*, por razões de política exterior. Nos casos *Bernstein vs. Van Heyghen Frères Societé Anonyme* e *Bernstein vs. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij* exigira o autor a devolução de bens confiscados pelo governo nacional-socialista e transferidos às sociedades em questão. Ambas as ações foram, de início, rejeitadas, e após processadas normalmente, depois que o *Acting Legal Adviser to the State Department*, Jack B. Tate publicou uma carta to relieve American courts from any restraint upon the exercise of their jurisdiction to pass upon the validity to the acts of Nazi officials. Em virtude disso, deu-se prosseguimento às ações *in view of this supervening expression of Executive policy* (cf. MEAL e TRACHTMANN, p. 628, nota 24)1. A diferença entre essas decisões e a sentença do caso *Citibank* é que aí os juízes levaram em consideração a posição do Departamento de Estado em caráter excepcional, ao passo que isso tornou-se no caso *Citibank* um elemento intrínseco da *act of state doctrine*.

(55) V. JAMES M. GRIPPANDO, *Declining to Exercise Extraterritorial Antitrust jurisdiction on grounds of International Comity: An Illegitimate Extension of Judicial Abstention Doctrine*, V.a.J.Int.L. 23, 1983, p. 406.

sufficiently strong *vis-à-vis* those of other nations, to justify an assertion of extraterritorial authority" (56).

Essa jurisprudência significa praticamente pôr em jogo a própria *act of state doctrine*. Essa conclusão é confirmada pela decisão, em 1979, do caso *Mannington Mills Inc. vs Congoleum Corp.*, na qual essa problemática foi analisada como sendo de um conflito de leis (57). Por essa abordagem trata-se apenas de constatar qual Estado tem maior interesse no cumprimento de suas normas jurídicas. É verdade que a Corte tentou estabelecer um catálogo de critérios para responder a essa questão (58), com o que, contudo, não se atingiu maior segurança jurídica. Na prática a *act of state doctrine* foi com isso violada, através da avaliação dos interesses interno e externo conflitantes, pois um tal procedimento traz consigo um juízo implícito de valor sobre qual interesse merece primazia, o que não é concebível sem que se ponha em dúvida a legitimidade do interesse do Estado estrangeiro (59).

É bem verdade que o ato de sopesar os interesses segundo a teoria do *conflict of laws* permite também uma limitação da jurisdição dos tribunais americanos em casos em que, pelos parâmetros estritos da *act of state doctrine*, isso não seria cabível (60), pois esta exige sempre que a empresa acusada de violar as normas de concorrência tenha sido *obrigada* a tanto por um governo estrangeiro. Um declínio de competência em virtude dessa avaliação de interesses, em contrapartida, também seria possível em casos em que, embora não havendo coagido ninguém a praticar atos atentatórios da livre concorrência, um outro Estado sustente junto ao tribunal americano um grande interesse legítimo que poderia ser afetado pelo eventual exercício da competência pelos tribunais americanos.

Enquanto a doutrina do conflito de interesses for usada para levarem-se em consideração interesses de outras nações, mesmo em casos em que a *act of state doctrine* clássica não o permitiria, nada há a objetar, do ponto de vista do princípio da não-ingerência em assuntos internos, consagrado pelo direito internacional público.

(56) *Apud* MEAL e TRACHTMANN, p. 616.

(57) GRIPPANDO, pp. 408 e s.

(58) Entre outros, *degree of conflict with foreign law or policy; Nationality of the parties; relative importance of the alleged violation of conduct here compared to that abroad; availability of remedy abroad and the pendency of litigation there; existence of interest to harm or affect American commerce and its foreseeability* (*apud* MEAL e TRACHTMANN, p. 616, nota 180).

(59) Nesse sentido, a crítica da literatura americana (cf. referências em BECK, p. 459, nota 68, que, contudo, não compartilha desse ponto de vista).

(60) BECK, p. 459.

A experiência mostra, contudo, como comprova a decisão do caso *Citibank*, que essa avaliação de interesses pode também conduzir ao resultado oposto, isto é, à aplicação extraterritorial do direito antitruste americano, mesmo em casos em que há um ato, o de soberania de outro Estado, que contesta a competência dos tribunais americanos⁽⁶¹⁾.

Enquanto os tribunais americanos observaram os limites tradicionais impostos pela *act of state doctrine*, inexistiram protestos de outras nações contra a aplicação extraterritorial do direito da concorrência tendo os efeitos da conduta ilícita como elemento de conexão determinante da competência nacional. Nos anos de 1970, contudo, em reação à nova tendência da jurisprudência americana, foram diversos os conflitos diplomáticos originados por lides privadas, levando alguns Estados a adotar até mesmo uma legislação destinada a afastar a aplicabilidade do direito americano às suas empresas. O grande perigo que essa jurisprudência traz em si é prejudicar a execução da política nacional de outros Estados para setores específicos⁽⁶²⁾.

Apesar do caráter criticável da nova jurisprudência americana, o seu estudo mantém-se interessante mesmo para outras ordens jurídicas. Mesmo

(61) Eis aí a contradição inerente à decisão do caso *Citibank*. Nesse caso considerou-se a *act of state doctrine* como uma consequência do princípio constitucional da separação dos poderes. Segundo esse entendimento, são os tribunais incompetentes para decisões sobre política externa, não podendo, além disso, tomar quaisquer decisões que possam produzir efeitos negativos sobre a política externa dos Estados Unidos. Se, entretanto, o governo americano manifesta-se no sentido de que a atuação jurisdicional em um caso concreto não lesará os interesses dos EUA, então não estaria justificado qualquer declínio de competência em virtude da *act of state doctrine*. Esquece-se assim, contudo, que o governo, desse modo, busca (como ficou evidente no caso *Citibank*) conduzir a política externa usando decisões judiciais como seus instrumentos. O ponto de partida da decisão do caso *Citibank* — o princípio da separação dos poderes — é, dessa forma, posto de cabeça para baixo, pois só há uma alternativa possível: ou são os tribunais competentes para tomar decisões que possam afetar a política externa (e nesse caso a opinião do governo americano é irrelevante), ou não o são, e não podem adquirir essa competência apenas porque o Executivo não faz objeção a tanto.

(62) Um exemplo recente é o conflito relativo aos diferentes processos do caso *Westinghouse*. Em 1976 sete empresas haviam processado a *Westinghouse Electric Corporation* perante a Corte Distrital de Richmond, Virginia, por inexecução de obrigação contratual, de vez que a companhia não lhes queria fornecer urânio nas quantidades e pelo preço estipulados. A *Westinghouse* defendeu-se alegando que a redução artificial da oferta e a fixação de preços através de um cartel internacional do urânio causaram um aumento imprevisível dos preços da ordem de 800%, o que tornara o negócio comercialmente impraticável. A fim de produzir provas para a execução de impossibilidade de cumprimento da prestação, a *Westinghouse* processou ainda no mesmo ano 17 empresas americanas e 12 estrangeiras, todas alegadamente membros do cartel, exigindo reparação de perdas e danos de acordo com o direito antitruste americano (cf. MENG, ZaöRV, 41, 1981, p. 476). Ao processo deixaram de comparecer 9 empresas estrangeiras (do Canadá, Grã-Bretanha, Austrália e África do Sul) pelo que o tribunal americano sentenciou-as como revéis, proibindo-lhes, entre outras coisas, de transferir, acima de determinado limite,

(continua)

que a *act of state* e a *sovereign compulsion doctrines* nos últimos tempos tenham sido mais e mais descaracterizadas pela sistemática consideração dos eventuais reflexos políticos das decisões judiciais, deve-se ainda aos tribunais americanos o mérito de haverem estabelecido princípios gerais de declínio de competência extraterritorial que iriam influenciar outras ordens jurídicas. Tais limitações à própria jurisdição são particularmente necessárias em países nos quais a legislação antitruste é aplicável a cartéis e acordos restritivos da concorrência firmados por estrangeiros no exterior, pelo simples fato de produzirem efeitos nocivos no mercado interno.

b) A prática da CEE

Concluiu-se anteriormente que o critério para a aplicação extraterritorial do direito brasileiro da concorrência é a localização no espaço dos efeitos da conduta restritiva da concorrência. Viu-se também que, embora o uso da *effects-doctrine* como elemento de conexão não corresponda às doutrinas clássicas sobre a aplicação extraterritorial do direito penal, daí não decorre a sua inaplicabilidade em face do direito internacional público, de vez que este não impõe aos Estados um catálogo fixo de elementos de conexão, restando-lhes, portanto, grande liberdade na escolha destes. O limite imposto pelo direito das gentes é de natureza meramente negativa, depreendido do princípio da não-ingerência em assuntos internos dos outros países.

A jurisprudência americana, que há mais tempo tem-se ocupado dessa problemática, desenvolveu diversos critérios para justificar um declínio da competência jurisdicional nacional, com vistas a garantir o respeito da sobe-

(continuação da nota 62)

bens patrimoniais dos Estados Unidos para o exterior (ibidem, p. 481). Num processo posterior, tendo por objeto a violação da mencionada interdição judicial, intervieram diretamente no processo os governos do Canadá, da Grã-Bretanha, da Austrália e da África do Sul como *amici curiae*, alegando que o julgamento à revelia extrapolara a competência do tribunal americano. Uma limitação à jurisdição americana em virtude da *comitas gentium* foi liminarmente rejeitada pelo tribunal superior, no caso concreto, devido à atitude não-cooperativa das partes revéis: *They have chosen instead to present their entire case through surrogates... and shockingly to us, the governments of the defaulter have subserviently presented for them their case against the exercise of jurisdiction (apud MENG, p. 481)*. Essa decisão provocou indignação e protesto dos governos envolvidos, que já consideravam a sua política oficial de urânio exposta a risco pela atuação dos tribunais americanos no caso *Westinghouse*. O Departamento de Estado teve então de pedir ao Ministério da Justiça que intervisse no feito, esclarecendo que o próprio governo americano encorajara os governos dos demais países envolvidos a intervir diretamente no processo. O *Associate Attorney General Shenefield* teve então de chamar a atenção do tribunal para o fato que a *comitas gentium* sempre exige a consideração dos interesses de outros Estados, *independentemente se foreign government have expressed their views to the Court without the intercession of the Department of State* (ibidem, p. 482).

rania das outras nações. Tais teorias pode-se resumir, a grosso modo, em uma única fórmula: o direito nacional não é aplicável a restrições à concorrência praticadas no estrangeiro, embora produzam efeitos nocivos no território nacional quando tais atos resultarem da intervenção soberana de um outro Estado.

O problema, todavia, reside em que a jurisprudência americana sofreu consideráveis transformações que não mais permitem entrever um critério claro para a limitação da própria jurisdição, como já foi demonstrado. Do ponto de vista dogmático, a prática da Comunidade Econômica Européia, embora não tão arraigada como a norte-americana, oferece maior clareza nesse aspecto.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, interpretando o art. 85 do Tratado de Roma, que reprime as distorções da concorrência no mercado comum, já teve oportunidade de fixar o seu entendimento, acompanhando nesse sentido o ponto de vista da Comissão da CEE, segundo o qual o fato de que um ou mais dos participantes de um cartel estarem sediados fora do território da comunidade não impede a aplicação das normas de concorrência da CEE, se o efeito do acordo restritivo da concorrência produzir-se no território do mercado comum europeu⁽⁶³⁾. A posterior adesão do Reino Unido ao mercado comum, em 1973, acarretou a renúncia tácita deste a suas reservas contra a *effects-doctrine*, de vez que, para as restrições de concorrência ocorridas em países não-membros da CEE que afetem o mercado comum, a competência disciplinar é exclusiva da Comissão da CEE. Relativamente a tais fatos a CEE age praticamente como se representasse um único Estado, cujas normas são aplicáveis extra-territorialmente também quando apenas os efeitos da conduta restritiva da concorrência se produzirem no mercado comum.

Nas suas relações com terceiros a Comunidade aplica, portanto, a *effects-doctrine*. Esse fato é atualmente ponto pacífico. Poucas são, contudo, as manifestações da Comunidade relativamente aos limites do exercício de sua jurisdição. Salvo melhor juízo, o Tribunal de Justiça em Luxemburgo ainda não teve oportunidade de decidir a questão. A Comissão, de sua parte, preocupou-se, em casos onde a questão foi levantada, em estabelecer princípios gerais para a limitação de sua própria jurisdição.

O primeiro caso diz respeito a um cartel franco-japonês sobre a comercialização de rolamentos no mercado comum. Em uma sessão da *Chambre syndical nationale de la mécanique de haute précision*, em 16 de fevereiro

(63) Acórdão do Tribunal de Justiça da CEE de 25-11-1971, Assunto 22/71, *Béguelin, Coletânea*, 1971 (ed. alemã), p. 949 (jurisprudência pacífica, vide referências em MENG, *Vorbemerkung zu den Art. 85 bis 89, Rdnr. 30*, in von der Groeben/von Boeck/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3ª ed., Baden-Baden, 1983).

de 1972, reuniram-se em Paris produtores franceses e japoneses de rolamentos para discutir a política japonesa de venda de rolamentos. A delegação francesa perguntou aos representantes do Japão quais as medidas que estes estariam dispostos a tomar para reduzir as exportações de rolamentos para a França e aumentar os preços e, bem como para controlar ambas as medidas, em especial qual seria a atitude dos japoneses relativamente ao aumento dos preços previstos para o mercado francês para os meses subsequentes. O porta-voz da delegação japonesa respondeu estarem os japoneses dispostos a buscar uma política de preços comum com seus concorrentes franceses. Constatando haver uma diferença de preços de 15% entre os produtos franceses e japoneses que atingiria a casa de 20% após o aumento previsto pela indústria francesa, manifestaram-se os japoneses dispostos a reduzir a diferença de preços para 5 a 8%. Tal disposição foi confirmada por correspondência de 10 de março de 1972 enviada pela *Japan Bearing Industrial Association*, anunciando um aumento dos preços de rolamentos japoneses da ordem de 10 a 12%, para preservar a margem máxima de diferença de preços acordada em Paris.

A Comissão da CEE processou posteriormente todos os membros do cartel por violação do art. 85 do Tratado de Roma. Todos eles invocaram a inaplicabilidade do dispositivo, argumentando seja que o acordo visava apenas proteger a produção interna do mercado comum contra a concorrência dos japoneses, seja que os empresários japoneses estariam imunes à aplicação do direito europeu. A Comissão estabeleceu então uma relação, ainda que incompleta, de medidas relacionadas ao comércio da Comunidade com terceiros e sua importância para a aplicação do art. 85 do Tratado de Roma ⁽⁶⁴⁾:

a) medidas tomadas de acordo com tratados comerciais da Comunidade com terceiros países. Trata-se nesse caso de decisões da política de comércio exterior, imunes à aplicação do art. 85 do Tratado de Roma;

b) medidas impostas aos empresários estrangeiros pelas autoridades de seus países. Tais medidas escapam igualmente à aplicação do art. 85;

c) medidas resultantes de acordos entre empresários estrangeiros sujeitas à aprovação das autoridades de seus países. Uma tal aprovação é condição para a validade interna do acordo no país de origem; ela não pode, todavia, excluir a aplicabilidade do art. 85 e não altera o fato de que os empresários envolvidos estavam livres para concluir ou não o acordo;

d) medidas resultantes exclusivamente de acordos celebrados ou apenas entre os empresários estrangeiros ou após entendimentos com seus concor-

(64) Decisão de 29-11-1974 (ed. alemã), *Kugellager*, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, L. 343, p. 23.

rentes europeus. Tais medidas também estão sujeitas à aplicação do direito europeu da concorrência.

As hipóteses *b* e *c* representam inconfundivelmente uma transposição da *act of state* e da *foreign sovereign compulsion doctrines* do direito americano, sem todavia distinguir entre uma e outra, e com a vantagem, em favor da segurança jurídica, de não mencionar uma avaliação de interesses políticos, como fazem os tribunais americanos. Quer parecer também que a Comissão da CEE não distingue entre *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* quando se tratar de fato de uma coação (em sentido amplo) originada em um ato estatal.

Um critério adicional trouxe uma decisão da Comissão da CEE no caso do cartel de alumínio, capitaneado pela empresa britânica *Brandeis, Goldschmidt & Co.* (65). Nesse caso, a empresa inglesa e diversos produtores ocidentais de alumínio de diversos países-membros e não-membros da CEE haviam, do início dos anos 60 até meados da década de 70, acertado com organizações de comércio exterior da Europa do leste um sistema comum de comercialização, tendo por objeto, principalmente, a manutenção dos preços de alumínio e derivados no mercado comum europeu e em outros mercados do hemisfério ocidental. O cartel de alumínio previa uma série de obrigações recíprocas, entre elas: os compradores ocidentais de alumínio, a fim de manter sua política de preços altos, assumiram o compromisso de não oferecer preço superior ou inferior àquele fixado em comum acordo, com correlata obrigação dos exportadores orientais acerca do preço de venda; os exportadores dos países do leste obrigaram-se também a não oferecer alumínio a outras empresas que não as participantes do cartel, ficando igualmente proibida a venda de objetos de alumínio ou semimanufaturados. Essa obrigação foi compensada pela decisão dos importadores ocidentais de reduzir as quantidades e aumentar o preço de compra por tonelada. Nenhum dos compradores ocidentais podia decidir livremente sobre a quantidade de alumínio que compraria, tocando a cada um deles uma quota fixa, calculada mediante o rateio, proporcional às participações percentuais respectivas das vendas na Europa ocidental em um ano determinado, do montante global de alumínio a ser comprado da Europa oriental. Para preservar o seu acesso exclusivo à fonte representada pelos países do leste europeu, o cartel criou mais uma série de obrigações paralelas, destacando-se a proibição de comercialização de alumínio na bolsa de metais de Londres.

A Comissão da CEE moveu processo administrativo contra todos os participantes do cartel, por violação do art. 85 do Tratado de Roma. As empresas européias alegaram no processo haver unicamente visado à proteção do mercado europeu contra a venda de alumínio a preços de

(65) Decisão de 19-12-1984 (ed. alemã), *Alluminium einführen aus Osteuropa*, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, L. 92 de 30-3-1985, pp. 40 e ss.

dumping pelas organizações estatais do leste. A Comissão rejeitou o argumento dizendo que, mesmo que os preços de exportação fossem anticompetitivos, e que os governos dos países europeus, em tal caso, talvez houvessem tomado medidas similares às decididas pelo cartel, isso não teria o condão de atribuir a empresas privadas a competência de, antecipando-se a uma eventual ação estatal, decidir elas mesmas quanta concorrência há de haver na Europa ocidental e quanto alumínio nela pode circular⁽⁶⁶⁾. Reafirmando o princípio de que a regulação do comércio internacional é matéria da exclusiva competência estatal, afirmou a Comissão da CEE de forma lapidar:

“Caso houvesse existido o risco ou a probabilidade de ‘violentas, globais e imprevisíveis flutuações ou quedas de preços’, seria função dos órgãos públicos tomá-las em consideração no contexto de suas medidas reguladoras do comércio internacional. . . Caso os órgãos em questão não tivessem competência para tanto, ou fosse sua competência inadequada ou ineficaz, seria isso um assunto para o legislador, o que de forma alguma justificaria um acordo entre empresas que, a partir de seus interesses econômicos pessoais, buscassem aplicar elas mesmas as regras existentes ou contorná-las”⁽⁶⁷⁾.

Especificamente no que respeita aos limites da aplicação extraterritorial do direito da concorrência da CEE, teve a Comissão a oportunidade de adicionar um elemento mais no catálogo formulado no caso dos rolamentos. O cartel do alumínio contava com a participação de organizações comerciais dos Estados da Europa do leste. Estas invocaram perante a Comissão imunidade estatal, de vez que elas são inseparáveis do próprio Estado, segundo o direito dos países socialistas. A Comissão rejeitou conceder-lhes imunidade, alegando que esta somente é cabível no caso de atos governamentais, mas não para simples função comercial. Organizações estatais que exerçam uma “atividade puramente comercial” não estão excluídas do âmbito de incidência das normas protetivas da concorrência⁽⁶⁸⁾.

Os princípios até aqui mencionados permitem-se traduzir na regra de que as restrições da concorrência que produzam efeitos no mercado comum

(66) *Ibidem*, p. 44.

(67) *Ibidem*, p. 53.

(68) *Ibidem*, p. 37.

européu estão sujeitas à aplicação do art. 85 do Tratado de Roma, a menos que sejam devidas a um ato de autoridade de um terceiro Estado, com caráter cogente. A dificuldade que permanece consiste em estabelecer, com clareza, a natureza da intervenção estatal, o que, no estágio atual de interação Estado/grande empresa, pode ser extremamente difícil⁽⁶⁹⁾.

IV — Conclusão

Quem houver acompanhado este trabalho poderá ter-se perguntado qual a sua relação com a realidade brasileira, que não possui ainda uma *prática* relativa à aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Ao invés de procurar-se demonstrar tal relação, parece mais interessante destacar alguns aspectos de certa forma negligenciados pelos meios jurídicos e (por outras razões) empresariais brasileiros.

Discute-se muito atualmente a posição a ser adotada pelas empresas nacionais face ao avanço da integração econômica européia, prevista para o ano de 1993 pelo Ato Único Europeu, firmado em 28 de fevereiro de 1986, pelos doze países-membros da Comunidade Econômica Européia. Além de uma nova postura em relação à política de exportações para o mercado comum, intensificou-se o esforço de cooperação com empresas européias, inclusive através da criação de *joint ventures* com firmas sediadas na Comunidade, ou mesmo de formas de coligação, controle ou investimento direto. As empresas nacionais interessadas em não ficar à margem do mercado europeu enfrentarão, porém, uma realidade totalmente distinta da brasileira, no que diz respeito às regras de concorrência. Embora o CADE se tenha tornado muito mais ativo no combate aos cartéis e demais formas de abuso do poder econômico, o direito europeu da concorrência, apesar de mais pragmático e menos rígido que o congêneres norte-americano, é incomparavelmente mais evoluído que o brasileiro, onde a livre concorrência é convenientemente confundida pelo empresariado com o não-intervencionismo estatal. Concorrência não significa, porém, simplesmente liberdade. Acima disso, ela significa responsabilidade pela manutenção das regras do jogo. Pelo respeito à livre iniciativa exige-se em contrapartida que

(69) O Japão, com o seu sistema de orientação econômica por meio de *recomendações* estatais formalmente não-cogentes, a que se deu o nome de *administrative guidance*, é um exemplo muito claro da situação onde fica extremamente difícil definir os âmbitos recíprocos de atuação de Estado e Empresa. Cf. KAZUO YAMANOUCI, *Administrative Guidance and the Rule of Law*, Law in Japan, 7, 1974, pp. 22 e ss. Vide também, para concorrência e comércio exterior, MITSUO MATSUSHITA, *Export Controls and Export Cartels in Japan*, Harv. Int.L.J., 20, 1979, pp. 103 e ss.; MALCOLM D.H. SMITH, *Prices and Petroleum in Japan: 1973-1974 A Study of Administrative Guidance*, Law in Japan, 10, 1977, pp. 81 e ss.

esta saiba agir livremente. Para empresas ainda impregnadas de vezo da economia cartorial, a formação de cartéis parece ser um direito dessa “livre iniciativa”, cujos patronos, nessas condições, parecem esquecer de bom grado que um cartel é a negação da própria concorrência.

Operar com o mercado comum europeu importa, porém, sujeitar-se a regras de concorrência de uma comunidade capitalista avançada, da qual a paradoxal oitava economia do mundo está muito distante. Disso talvez tenha tomado ciência o Instituto Brasileiro do Café, reiteradamente advertido pela Comissão da CEE de que diversas condições dos contratos de comercialização de café no mercado comum violam as suas regras de concorrência.

Sem pretender antever o futuro, quer parecer que os conflitos com a CEE surjam no âmbito das relações puramente comerciais com o Brasil. Se é verdade que a política comercial comum da CEE já existe há muito tempo centralizada em Bruxelas, de modo que o ano de 1993 não trará nenhuma mudança institucional, é também verdade que essa data representará um acirramento da postura protecionista do mercado comum europeu, e, nesse contexto, poderão surgir os confrontos. A experiência mostra o quanto os procedimentos administrativos contra abusos do poder econômico e o espectro de sanções contra violações da concorrência podem ser eficazes para, trazendo os envolvidos à negociação, obter vantagens de natureza comercial. A prática da *International Trade Commission* americana comprova essa afirmação. Além disso, empresários europeus podem ser tentados a eliminar a competição incômoda com concorrentes de outras regiões, oferecendo-lhes a participação em um cartel internacional de redução de oferta e aumento de preços. Diversos desses acordos chegam a ser celebrados entre os governos envolvidos, caso fracassem as negociações entre os empresários. São os chamados “voluntary restraints agreements”, firmados em contrariedade e à revelia do GATT e que hoje representam estimativamente 10% do comércio mundial⁽⁷⁰⁾. Acordos dessa natureza não estão sujeitos

(70) Cf., MICHEL KOSTECKI, *Export-restraint Arrangement and Trade Liberalization*, *The World Economy*, 10, 1987, p. 429. Este autor salienta que essa situação é sujeita a uma grande diferenciação setorial, de modo que, em certos casos *the extensive network of export restraints effectively sanctions a system of managed trade on a global scale*. Cerca de 80% do comércio global de têxteis estão formalmente sujeitos a um sistema de quotas conforme o Acordo Multi-Fibras; com relação ao comércio mundial de aço e produtos siderúrgicos, o volume de acertos dessa zona cinza de legalidade atinge os 20%; e apenas o acordo comercial entre os Estados Unidos e o Japão sobre o comércio com semicondutores (considerado, em parte, ilícito pelo GATT em 1988) compreendia 90% do comércio mundial da mercadoria, afetando diretamente uma indústria com volume de vendas de cerca de 300 bilhões de dólares, em números de 1986.

à aplicação das normas de concorrência, desde que, porém, tenham sido determinados pelos governos envolvidos. A Comissão da CEE, que defende sua competência exclusiva para a política comercial, tem reiteradamente condenado os envolvidos em cartéis semelhantes, que não tenham sido submetidos a sua aprovação (71). Além dos produtos têxteis e siderúrgicos, cuja exportação está limitada por acordos comerciais formais, estes sujeitos apenas ao regime do GATT, pode-se supor que haja outros acordos semelhantes envolvendo interesses comerciais brasileiros potencialmente sujeitos às penas da legislação européia.

No que se refere à legislação brasileira, já foi constatado que ela também é aplicável extraterritorialmente. Não se tem notícia, porém, de denúncias de práticas restritivas de empresas estrangeiras afetando o mercado nacional. É pouco crível que o Brasil tivesse sido graciosamente poupado delas. Os casos certamente existem, e são do conhecimento dos atingidos. Não cabe aqui especular sobre as razões do silêncio. O fato é que a legislação está aí e pode ser aplicada a tais casos. Ao contrário do que diz o ditado, a experiência das empresas norte-americanas tem demonstrado que mais vale uma boa sentença do que um mau acordo. Pelo menos para quem não teme a concorrência.

A prova para o direito nacional da concorrência poderá representar a integração econômica com os países do cone sul, que deverá ser intensificada nos próximos anos, a menos que os próximos governos queiram perder definitivamente o trem da história, que os passados não souberam conduzir. Supondo, porém, que o assunto seja tratado com a seriedade que urge lhe seja dada, Brasil, Argentina e Uruguai estarão no caminho para o mercado comum. Caberá, pois, às regras da concorrência impedir que sejam criadas barreiras privadas no lugar das barreiras estatais que caírem, o que é de supor-se será a tendência natural nestas latitudes, onde o capitalismo sonha com os lucros do século XXI e os costumes do século XIX.

(71) Cf., a título de exemplo, um comunicado da Comissão da CEE a respeito de acordos comerciais com o Japão, em que ela reafirmou que *o fato de que algumas ou todas as empresas envolvidas tenham sua sede fora do Mercado Comum não impede a aplicação desse dispositivo (v.g., do Tratado de Roma), quando os efeitos dos acordos, decisões ou práticas concertadas se produzirem no território do Mercado Comum* ("Bekanntmachung betreffend die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft, auf die der Vertrag von Rom anwendbar ist, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, nº C, 111, de 21-10-1972, p. 13).