

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

*COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO DIREITO ANTITRUSTE
BRASILEIRO: EXTRATERRITORIALIDADE E COOPERAÇÃO*

Orientador: Prof. Dr. Welber Oliveira Barral

Mestrando: Leonardo Arquimimo de Carvalho

Florianópolis, março de 2001

Ata nº 317 da sessão de julgamento da Dissertação do(a) Mestrando (a) Leonardo Arquimimo de Carvalho do Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Aos nove dias do mês de março de dois mil e um, na Sala de Reuniões do CCJ, às 08:00 horas, reuniu-se a banca examinadora designada pelo Coordenador do Curso (Portaria nº 58/CPGD/2001, composta dos professores: Dr. Welber de Oliveira Barral (Presidente), Dr. Gesner de Oliveira, Dr. Luiz Otávio Pimentel (Membros), e Dr. Fernando Kinoshita (suplente) para julgamento da Dissertação do(a) Mestrando (a) LEONARDO ARQUIMIMO DE CARVALHO, sob título: “ **Competência intenacional no Direito antitruste brasileiro: um enfoque a partir da ficção da extraterritorialidade – considerações para construção da cooperação internacional em matéria antitruste**”. Abertos os trabalhos o (a) senhor (a) presidente designou a mim Rosângela Alves, para secretariar a sessão, e, logo a seguir após, se referir as normas regulamentares sobre o concurso deu a palavra ao (a) Mestrando (a) para que em até 50 (cinquenta) minutos expusesse o seu trabalho, o que foi feito. Terminada a exposição passou-se à arguição. Os componentes da Banca fizeram suas críticas e observações pelo prazo regulamentar de vinte minutos, obedecida a seguinte ordem: Dr. Gesner de Oliveira, Dr. Luiz Otávio Pimentel, Dr. Welber de Oliveira Barral, presidente da banca. Concluída a arguição o (a) Mestrando (a) dispôs de vinte minutos para responder a arguição de cada componente da banca. Uma vez esgotado o prazo deferido ao(a) Mestrando (a) para responder o último examinador, o (a) senhor (a) presidente suspendeu a sessão para que fosse feito o julgamento. Foram distribuídos aos membros da banca envelopes contendo cédulas especiais, para efeitos de avaliação na forma do artigo 54 do RI/CPGD. Realizada a avaliação quanto à FORMA, PESQUISA, DEFESA E ARGUIÇÃO verificou-se haver atingido a média global de 9,9, correspondendo ao conceito “ A ”. Realizada a conversão e adaptação ao disposto no parágrafo único do artigo 55 do RI/CPGD resultou que a Dissertação foi aprovada com distinção e louvor. Reabertos os trabalhos, o (a) senhor (a) presidente deu conhecimento dos resultados, esclarecendo que na forma regimental o(a) mestrando (a) tem 15(quinze) dias, a contar desta data, para entregar ao seu orientador um exemplar devidamente corrigido, contendo as alterações determinadas pela banca examinadora, a qual se manifestará quanto ao cumprimento das mesmas também em 15 (quinze) dias. Após este prazo, terá o mestrando 60 (sessenta) dias para depositar os três exemplares da versão definitiva na secretaria administrativa do CPGD. Por fim, O (a) presidente agradeceu a presença de todos e deu por encerrada a sessão, da qual eu Rosângela Alves lavrei a presente Ata que vai devidamente assinada pela banca examinadora e pelo (a) mestrando(a) aos nove dias de março do ano dois mil e um.

A dissertação “COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO: EXTRATERRITORIALIDADE E COOPERAÇÃO”, elaborado por Leonardo Arquimimo de Carvalho e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, com grau “A” e distinção e louvor, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais no Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Welber Oliveira Barral

Presidente

Prof. Dr. Gesner de Oliveira

Prof. Dr. Luis Otávio Pimentel

Florianópolis, março de 2001.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Welber Oliveira Barral, pela dedicação e seriedade com que orientou o presente trabalho;

ao Professor Mestre Ricardo Stersi Soares dos Santos;

aos meus pais Professor Fermino Luís de Carvalho e Professora Cacilda Rabuske de Carvalho e à minha irmã Luciane de Carvalho;

aos Professores Doutores Christian Guy Caubet e Luiz Otávio Pimentel e aos Professores Mestres Luis Fernando Franceschini e Geraldo Reis;

às Professoras Doutoradas Odete Maria de Oliveira, Josiane Rose Petry Veronese, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Araminta de Azevedo Mercadante;

a Luis Fernando Machado Corrêa;

aos colegas de curso;

aos funcionários do Curso de Pós-graduação em Direito;

à Fundação José Arthur Boiteux, que financiou parte deste trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

- ALCA – Área de Livre Comércio das Américas.
- ALI – *American Law Institute*. (EUA)
- ANZCERTA – *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*
- ATBIAV – Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidros. (Brasil)
- CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (Brasil)
- CARICOM – *Caribbean Community*
- CCLP – *Committee on Competition Law and Policy*. (OECD)
- CCM – Comissão de Comércio do Mercosul.
- CDC – Comitê de Defesa da Concorrência. (Mercosul)
- CIJ – Corte Internacional de Justiça.
- CLP – *Competition Law and Policy*. (OECD)
- CNA – Companhia Nacional de Álcalis. (Brasil)
- CNDC – Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (Argentina)
- CPC – Código de Processo Civil. (Brasil)
- CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional.
- CPR - *Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas* ou Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas da ONU.
- DI – Direito Internacional.
- DIP – Direito Internacional Público.
- DIPR - Direito Internacional Privado.
- ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.
- EEA – *European Economic Area*.
- EUA – Estados Unidos da América.
- IGE – *Intergovernmental Group of Experts*.
- FMB – *Federal Maritime Board*. (EUA)
- FMI – Fundo Monetário Internacional.
- FTAIA – *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982*.
- FTC – *Federal Trade Commission*. (EUA)

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil. (Brasil)
MDC – *McDonnell Douglas Corporation*. (EUA)
NAFTA – *North American Free Trade Agreement*.
OEA – Organização dos Estados Americanos.
OECD – *Organisation for Economic Co-operation and Development*.
OIC – Organização Internacional do Comércio.
OMC – Organização Mundial do Comércio.
ONU – Organização das Nações Unidas.
PDCM – Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul.
Restament – *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*. (EUA)
RTZ – *Rio Tinto Zinc*. (Inglaterra)
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico. (Brasil)
STF – Supremo Tribunal Federal. (Brasil)
TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.
UE – União Européia.
UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development*.
WGTCP – *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*. (OMC)
WTO – *World Trade Organization*.

art. – Artigo

arts. – Artigos

ed. – edição

i.e. – *ita est*

ibidem – no mesmo lugar

idem – o mesmo

in – em

op. cit. – obra citada

org. – organizador

t. – tomo

trad. – tradução

v. – volume

v.g. – *verbi gratia*

vol. – volume

Palavra e pedra solta não têm volta

Benito Pérez Galdós

RESUMO

A preocupação relacionada à liberdade econômica ganhou no Brasil status constitucional a partir dos anos trinta. Do período que inicia nos anos quarenta até o início dos anos sessenta, a política de repressão ao abuso econômico permaneceu inerte. A edição de alguns textos legais, num período posterior, não alterou a dinâmica da política antitruste brasileira. Os propósitos de manter uma reserva de mercado, consolidando os monopólios estatais e os preços tabelados, formavam o escopo da norma naquele período. Tal comportamento assegurou uma limitadíssima ação estatal para o controle de qualquer conduta anticompetitiva até o início dos anos noventa, quando do surgimento de um conjunto de regras destinadas a controlar as atividades econômicas e promover a concorrência dentro da economia brasileira.

Em 1994, é sancionada a Lei n.º 8.884, surgindo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, uma política de defesa da concorrência que reconhece, ao mesmo tempo, os interesses do consumidor. A edição deste conjunto normativo representa um ponto de separação na regulação dos mercados no Brasil. Antes eminentemente preocupada com a defesa da economia popular e agora formada em torno das idéias de manutenção da concorrência no mercado.

Influenciada pelos estatutos estrangeiros, a legislação brasileira incorporou a teoria dos efeitos ao seu ordenamento. Este elemento atribui competência internacional para a autoridade brasileira submeter à sua apreciação, atos e contratos que de qualquer maneira produzam ou possam produzir efeitos no mercado brasileiro, o que, teoricamente, amplia o poder jurisdicional do Estado para apreciar ações de agentes econômicos levadas a efeito fora dos limites jurisdicionais territoriais. A postura mais ativa tornou-se necessária face às informações que atestam os desequilíbrios e prejuízos causados pela conduta daqueles agentes no âmbito internacional. Neste sentido a incorporação da teoria dos efeitos pelo ordenamento jurídico brasileiro abre inúmeros questionamentos, dentre eles, a eficácia da norma neste particular e os possíveis conflitos com outros Estados soberanos, que uma postura unilateral em matéria antitruste pode originar.

ABSTRACT

Concerns about economic freedom gained constitutional status in Brazil during the 1930s. From the 1940s until the beginning of the 1960s, the policy of repression toward economic abuse remained. The publication of a number of some legal texts subsequently did not change the dynamics of Brazil's antitrust policy. Protectionism, consolidation of state monopolies and prices controls were the norm during that period. This behavior ensured limited state action against anticompetitive activity until the beginning of the 1990s, when appropriate laws to regulate economic activities and to promote competition in the Brazilian economy appeared.

In 1994 Act n.º 8.884 was approved for the first time Brazilian law defended competition and simultaneously recognized the consumer interests. The adoption of this antitrust law represents a change in the regulation of markets in Brazil. The focus hitherto had been on protecting the economy; now it was on keeping the market competitive.

Influenced by foreign statutes, Brazilian legislation incorporated the 'effects doctrine' into its antitrust law. This element grants extraterritorial jurisdiction to Brazilian authorities to evaluate activities and contracts that produce or may produce effects in the Brazilian market. This theoretically, broadens the jurisdiction of the State to evaluate actions of economic agents occurring beyond Brazil's borders. This more assertive posture became necessary due to reports of imbalances and harm caused by economic agents. Thus, the incorporation of the 'effects doctrine' into Brazilian antitrust law gives rise to countless questions, among them the effectiveness of the law in this matter and the possible conflicts with other sovereign nations that a unilateral posture in antitrust matters may create.

SUMÁRIO**INTRODUÇÃO*****CAPÍTULO I – OS LIMITES JURISDICIONAIS DO ESTADO: COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E EXTRATERRITORIALIDADE***

<i>1. Estado e jurisdição</i>	6
1.1. O conceito jurídico de Estado em Kelsen	6
1.2. A organização política e a separação dos poderes do Estado	8
1.3. A justiça privada e a justiça pública: o surgimento da jurisdição estatal	11
1.4. A atividade jurisdicional do Estado e a idéia de jurisdição	14
1.5. Os limites da jurisdição doméstica: auto e heterolimitação	18
<i>2. Competência internacional: os limites para atuação jurisdicional do Estado</i>	21
2.1. Os elementos do Estado e o território como unidade jurídica	23
2.2. A jurisdição internacional	25
2.3. Os direitos e deveres do Estado na órbita internacional: o dever de não-intervenção	28
2.4. A ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional	35
<i>3. A ficção jurídica da extraterritorialidade: a profusão conceitual de um argumento ultrapassado</i>	38
3.1. A glosa criadora da ficção da extraterritorialidade	38
3.2. As cidades comerciais italianas e ficção da extraterritorialidade	45
3.3. O regime das capitulações e a exceção à territorialidade da norma local	46
3.4. Imunidade de jurisdição local e extraterritorialidade	50

3.4.1. A extraterritorialidade e os agentes diplomáticos	52
3.5. Considerações conclusivas	57

CAPÍTULO II – A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA NORMA DE DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRA E A FICÇÃO DA EXTRATERRITORIALIDADE NO MODELO NORTE-AMERICANO

1. <i>A aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos e a extraterritorialidade</i>	60
1.1. O surgimento da legislação antitruste nos Estados Unidos: breves considerações	60
1.2. A evolução da idéia de extraterritorialidade em relação ao direito antitruste	62
1.2.1. O caso <i>American Banana Co. v. United Fruit Co.</i>	64
1.2.2. O caso <i>United States v. Sisal Sales Corp.</i>	66
1.2.3. O caso <i>United States v. Aluminum Co. of América</i>	67
1.2.4. Os casos <i>Timberlane Lumber Co. v. Bank of America e Mannington Mills, Inc v. Congoleum Corp.</i>	70
1.2.5. O caso <i>Laker Airways</i>	73
1.2.6. A promulgação do <i>Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982</i>	75
1.2.7. O <i>Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations</i> do Departamento de Justiça	78
1.2.8. Restatement (Third) of Foreign Relations Law	79
2. <i>A política brasileira de defesa da concorrência</i>	81
2.1. A constitucionalização da ordem econômica e a legislação antitruste no Brasil	81
2.2. A política antitruste brasileira nos anos oitenta e nos anos noventa	85
2.3. A competência internacional da legislação antitruste brasileira	88

2.3.1. A competência internacional da legislação antitruste brasileira em função da Lei n.º 8.884/94	94
--	----

3. <i>Efeitos gerados pelo exercício unilateral da competência internacional em direito antitruste por parte dos países</i>	101
---	-----

3.1. As regras de bloqueio: a radicalização do conflito de interesses decorrente da extensão da competência jurisdicional em matéria antitruste	103
---	-----

3.2. <i>The United Kingdom's Protection of Trading Interests Act</i> de 1980, e a justificativa para sua edição com base na argüição de A. V. Lowe	106
--	-----

3.3. A réplica de Andreas F. Lowenfeld às considerações de A. V. Lowe	111
---	-----

CAPÍTULO III - COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA ANTITRUSTE: CONDIÇÃO BRASILEIRA

1. <i>As possíveis soluções para o problema da competência internacional na aplicação da legislação antitruste</i>	114
--	-----

2. <i>Algumas propostas apresentadas por organizações internacionais para minimizar o problema relacionado à aplicação do direito antitruste e controlar as práticas restritivas</i>	117
--	-----

2.1. Organização das Nações Unidas e o Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas de 1980: digressão história e as sugestões da UNCTAD	117
---	-----

2.2. As recomendações da OECD em matéria de cooperação na aplicação do direito antitruste	124
---	-----

2.3. A OMC e as propostas para criação de um espaço multilateral para o controle das práticas anticompetitivas com efeitos internacionais	128
---	-----

2.3.1. O relatório (1998) do WGTCP para a OMC	129
---	-----

2.3.2. O relatório (1999) do WGTCP para a OMC	132
---	-----

2.3.3. O relatório (2000) do WGTCP para a OMC	135
3. As soluções buscadas em nível bilateral e aportes para a construção da cooperação no âmbito regional: a experiência brasileira	141
3.1. Acordos bilaterais: a busca de um consenso mínimo	143
3.2. Soluções regionais: a ampliação da cooperação em matéria antitruste	144
3.2.1. Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul e sua forma de aplicação e outros acordos regionais	144
3.3. Considerações conclusivas	150
CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162
ANEXOS	182

INTRODUÇÃO

A preocupação relacionada à liberdade econômica ganhou no Brasil status constitucional a partir dos anos trinta. Ao mesmo tempo, os desdobramentos ocorridos na economia mundial apontavam para a necessidade de uma intervenção do Estado na economia; com efeito, surgiram os primeiros diplomas legais com objetivo de coibir os crimes contra a economia popular.

Do período que inicia nos anos quarenta até o início dos anos sessenta, a política de repressão ao abuso econômico permaneceu inerte. A edição de alguns textos legais, num período posterior, não alterou a dinâmica da política antitruste brasileira. Os propósitos de manter uma reserva de mercado, consolidando os monopólios estatais e os preços tabelados, formavam o escopo da norma naquele período. Tal comportamento assegurou uma limitadíssima ação estatal para o controle de qualquer conduta anticompetitiva até o início dos anos noventa.

Os inúmeros choques adversos enfrentados pelo Brasil no início dos anos oitenta, tais como nova crise do petróleo, crise da dívida externa e pressões internacionais para eliminar ou reduzir os subsídios às exportações, deram ensejo a um amplo processo de liberalização comercial. Influenciado ainda, por inúmeras conjunturas internacionais, passa o Brasil a adotar um sistema econômico baseado na reestruturação da economia estatal, com a privatização das estruturas consideradas não prioritárias.

Tal cenário, acrescido às condições do mercado global, acabaram criando um espaço propício a todas as formas de práticas comerciais anticompetitivas. A aceleração na internacionalização e descentralização dos fatores produtivos vem, do mesmo modo, potencializando uma limitação nos poderes dos Estados para controlar as atividades dos agentes econômicos.

Dentro destas condições o Estado observa a necessidade premente de editar regras com intuito de coibir as práticas anticompetitivas em curso e as potencializadas pela descentralização dos agentes econômicos na esfera interna e internacional, num momento histórico de expansão hegemônica universal do capitalismo.

Para tanto, surge nos anos noventa um conjunto de regras destinadas a controlar as atividades econômicas e promover a concorrência dentro da economia brasileira.

Em 1994, é sancionada a Lei n.º 8.884, surgindo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, uma política de defesa da concorrência que reconhece, ao mesmo tempo, os interesses do consumidor. A edição deste conjunto normativo representa um ponto de separação na regulação dos mercados no Brasil. Antes eminentemente preocupada com a defesa da economia popular e agora formada em torno das idéias de manutenção da concorrência no mercado.

Este novo período é marcado por uma atuação firme e bem orientada das autoridades antitruste nacionais. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica ganha a condição de autarquia, e passar a atuar de forma independente e imparcial, aplicando a legislação com todos os cuidados necessários para a manutenção da concorrência e eficiência do mercado.

Influenciada pelos estatutos estrangeiros, a legislação brasileira incorporou a teoria dos efeitos ao seu ordenamento. Tal elemento atribui competência internacional para a autoridade brasileira submeter à sua apreciação, atos e contratos que de qualquer maneira produzam ou possam produzir efeitos no mercado brasileiro. A competência internacional em matéria antitruste é uma novidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Esta situação, teoricamente, amplia o poder jurisdicional do Estado para apreciar ações de agentes econômicos levadas a efeito fora dos limites jurisdicionais territoriais. A postura mais ativa tornou-se necessária em face dos inúmeros dados que atestam os desequilíbrios e prejuízos causados pela conduta destes agentes.

O Estado tem assegurado – ressalvadas as hipóteses em que reconheça suas limitações, por intermédio de tratados ou acordo –, pelo Direito Internacional, sua liberdade para editar regras e posteriormente submeter ao seu poder jurisdicional qualquer fato que entenda pertinente aos seus interesses. Obviamente que esta liberdade não alcança sua efetividade sem que o Estado encontre nos demais membros da comunidade internacional uma colaboração jurisdicional.

Neste sentido a incorporação da teoria dos efeitos pelo ordenamento jurídico brasileiro abre inúmeros questionamentos, dentre eles, a eficácia da norma neste particular e os possíveis conflitos com outros Estados soberanos, que uma postura unilateral em matéria de concorrência pode causar.

Assim, o propósito principal deste trabalho é analisar o problema relacionado à aplicação do direito interno brasileiro, no caso a legislação antitruste, a fatos ocorridos fora dos limites jurisdicionais ordinários que o Estado possui.

Para tanto, o trabalho busca no primeiro capítulo analisar os elementos que informam os limites jurisdicionais do Estado. A teoria de base utilizada para esta parte inicial é buscada no purismo metodológico de Kelsen, e suas considerações sobre o Direito e o Estado. O Estado analisado sob o ponto de vista kelseniano, é tratado como fenômeno jurídico, como pessoa jurídica, sujeito de direitos e obrigações, constituído por uma ordem normativa que institui órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, em contraposição a uma ordem jurídica internacional. Os órgãos do Estado possuem basicamente três funções: na ótica de Kelsen duas, a de legislar e a de executar. A idéia de jurisdição pública surge com o Estado, como atividade praticada pela autoridade estatal, em substituição às partes, na condição de terceiro imparcial, aplicando a lei ao caso concreto.

Esta abordagem abre os questionamentos para a segunda parte do primeiro capítulo, onde o trabalho procura estabelecer a idéia de competência internacional tanto em relação à atividade legislativa quanto em função da atividade executiva do Estado em face da órbita internacional; trazendo a lume os elementos relacionados ao território, identificando-o com a idéia de limite de validade da ordem jurídica. São traçadas considerações sobre jurisdição internacional, que buscam apenas complementar as idéias apresentadas em relação à competência internacional. Ao final são discutidos os direitos e deveres do Estado na órbita internacional com atenção especial ao dever de não-intervenção.

Na parte terceira do primeiro capítulo, a ficção jurídica da extraterritorialidade recebe atenção. Intenta o trabalho demonstrar os inúmeros fatos que apontam para o surgimento da ficção, sem, contudo, pretender obter êxito na clarificação precisa da origem da extraterritorialidade. Alerta no curso do texto para o absoluto anacronismo da ficção em relação ao Direito Internacional hodierno. O estudo deste vetusto elemento deve-se ao fato de que a competência internacional em matéria antitruste tem recebido a denominação de 'aplicação extraterritorial do direito'.

Estabelecidos os elementos principais que conformam o conceito jurídico de Estado, bem como, apresentados os tópicos marcantes da competência internacional, o

trabalho começa o segundo capítulo dando ênfase a uma análise do sistema norte-americano de controle de concorrência, buscando, principalmente, estudar a evolução da noção da extraterritorialidade nos tribunais daquele país. Esta linha de pesquisa decorre de duas constatações: a primeira delas decorre da influência direta e determinante da política antitruste norte-americana no sistema brasileiro de controle de concorrência; a segunda advém da noção de extraterritorialidade que foi forjada, conjuntamente a idéia da teoria dos efeitos, dentro dos tribunais daquele país.

São, portanto, analisados alguns casos clássicos julgados pelos tribunais norte-americanos; ao final da primeira parte do segundo capítulo, que justamente analisa a questão dentro da política norte-americana de controle de concorrência, são explicitados novos instrumentos, que são adotados por aquele Estado para minimizar os problemas decorrentes da aplicação da norma antitruste naquele particular.

A seguir, o trabalho ingressa no sistema brasileiro de controle da concorrência, estabelecendo uma digressão história da legislação concorrencial no Brasil. Ao mesmo tempo traz a lume questões relacionadas à competência internacional da legislação brasileira, apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Ao final do segundo capítulo, apesar de tal opinião já permear o desenvolvimento do trabalho, aponta-se as dificuldades apresentadas pela conduta unilateral dos países em matéria de concorrência. Tais considerações são legitimadas pela apresentação da polêmica estabelecida entre norte-americanos e britânicos, em relação à competência internacional da norma antitruste, com a conseqüente edição de regras de bloqueio por parte de diversos países.

No último capítulo, são apresentados fatos que atestam que a reestruturação dentro do mercado mundial pode ocasionar inúmeros danos aos mercados internos dos países, sem que estes possam de maneira eficaz evitar que isto ocorra. Ainda destaca-se a ausência de políticas antitruste, entre os integrantes da comunidade internacional, com os mesmos propósitos.

Deste modo, são apresentados documentos de diversos organismos internacionais que demonstram uma preocupação crescente com a adoção de políticas comuns de controle de concorrência. Ressalta-se que as principais organizações internacionais que de alguma forma preocupam-se com o desenvolvimento e com o

comércio, têm hoje grupos buscando respostas para um controle internacional das práticas anticompetitivas.

No primeiro capítulo o trabalho busca estabelecer uma base teórica com a doutrina e com as regras de Direito Internacional, no segundo aos documentos legais e a jurisprudência é dada prioridade, enquanto que no terceiro são buscados acordos internacionais e documentos internacionais não vinculativos. Tal metodologia busca apresentar, em primeiro lugar, noções teóricas – advindas da doutrina ou da norma de Direito Internacional – sobre o objeto de pesquisa; num segundo momento apresentar a realidade – advinda da aplicação das noções legais/jurisprudenciais aos fatos concretos, resultando nas decisões dos órgãos jurisdicionais de natureza jurídica ou administrativa –; e ao final, apresentar os mecanismos sugeridos como potenciais meios para solucionar o problema da aplicação das regras de direito antitruste fora do espaço doméstico.

Apesar das diversas contribuições da doutrina estrangeira, o assunto não mereceu no Brasil, um trabalho sistemático que pudesse apresentar considerações definitivas sobre o tema. Logo a ausência de bibliografia é flagrante. As decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica também não são um objeto de fácil pesquisa, principalmente em relação ao tema estudado, seja pela escassez, seja pela ausência de uma preocupação mais detida com a matéria, não há notícias de muitos casos que tenham enfrentado a questão da competência internacional. Ressalte-se que a postura do Conselho tem sido de promover a cultura da concorrência, e não há dúvidas sobre os resultados positivos de tal conduta. Algumas obras editadas no Brasil buscam sistematizar as decisões do Conselho, o que é louvável. As incontáveis omissões no presente trabalho, principalmente no que tange à doutrina estrangeira, devem instigar a continuidade da discussão do tema pesquisado.

O tema é de importância fundamental para os países em desenvolvimento, que são os maiores prejudicados pelas condutas anticompetitivas realizadas no mercado internacional, já que não possuem instrumentos nem força unilateral para impedir que os efeitos perversos daqueles comportamentos grassem seu mercado doméstico, sendo este o principal elemento que justifica a escolha do tema.

CAPÍTULO I – OS LIMITES JURISDICIONAIS DO ESTADO: COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E EXTRATERRITORIALIDADE

1. Estado e jurisdição

1.1. O conceito jurídico de Estado em Kelsen

As interpretações sobre a origem do Estado são muitas e divergentes. A teoria que busca na família a origem do Estado vislumbra-o como uma ampliação do núcleo familiar. Outros conceberam o Estado com sendo originado do contrato, ou do consentimento mútuo. Dentre os contratualistas, alguns como Locke e Rousseau acreditavam num contrato liberal; já o contrato em Hobbes tinha conotações absolutistas¹. Com Marx e Engels, a teoria da origem do Estado ganha contornos econômicos, e é entendido como instrumento de dominação de uma classe sobre outra.

Pode, ainda, o Estado ser entendido como uma entidade sociológica, como uma realidade social independente de sua ordem jurídica. Neste sentido, a formação da unidade estatal não decorreria da ordem jurídica, mas sim de elementos outros que não jurídicos. Na linha de asserção sociológica, a unidade estatal decorreria da interação de um corpo social constituído de indivíduos pertencentes ao mesmo Estado. Ainda, a abordagem sociológica que consideraria a unidade estatal advinda do interesse comum dos indivíduos pertencentes a um mesmo Estado. Uma terceira interpretação sociológica do fenômeno da unidade estatal é que a mesma decorreria de uma observação do Estado como organismo natural, onde o todo teria valor superior em relação às partes. A interpretação da realidade social em termos de dominação é, por fim, outra vertente da teoria sociológica do Estado.

Na interpretação weberiana, o Estado surge como um complexo de ações, “um processo de conduta social efetiva”². Kelsen contesta dizendo que o Estado não se identifica com nenhuma das ações que formam o objeto da sociologia, nem com a soma de

¹ Ver neste sentido o excelente trabalho de André Lupi. LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Multilateralismo e regionalismo: ameaças à soberania?* Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. Dissertação de Mestrado.

² WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Apud KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 271.

todas elas. O Estado é sim, aquela ordem da conduta humana, chamada de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta, existindo um só conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada.³

O Estado é também descrito como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito. Tal descrição não é correta, já que sugere a existência de duas entidades diversas, onde existe apenas uma: a ordem jurídica.⁴

O Estado observado unicamente do ponto de vista jurídico, então, tomando-o apenas como fenômeno jurídico, é uma pessoa jurídica – sentido técnico mais restrito. Sua natureza se assemelha à definição de corporação. Importante lembrar que o conceito de pessoa – sentido jurídico – está intimamente relacionado aos conceitos de dever jurídico e direito jurídico. O conceito de pessoa – em sentido jurídico – quem por definição, é sujeito de deveres jurídicos e direitos jurídicos – vai ao encontro da necessidade de se imaginar um portador de direitos e deveres.⁵

Como o conceito da chamada “pessoa” física⁶ (natural) é apenas uma elaboração jurídica e, como tal, totalmente diferente do conceito de “homem”, a chamada pessoa “física” (natural) é, na verdade, uma pessoa “jurídica”. Se a chamada pessoa física (natural) é uma pessoa jurídica, não pode haver qualquer diferença essencial entre a pessoa física e o que é geralmente considerado de modo exclusivo como uma pessoa jurídica.⁷

³ Idem, p. 271-272.

⁴ Explica Kelsen que tal comportamento é normal e é resultado da tendência humana de personificar e então hipostazir as personificações. Na idéia do homem primitivo de que a natureza é animada, pode-se ter uma noção da freqüência do fenômeno; assim, por trás do rio há uma ninfa, por trás da lua, uma divindade lunar, por trás do sol, um deus sol; enfim, por trás do Direito, a sua personificação hipostatizada, o Estado, a divindade do Direito. Idem, p. 272-275.

⁵ Idem, p. 135.

⁶ Segundo Kelsen, o conceito de pessoa física nada mais significa que a personificação de um complexo de normas jurídicas. O homem individualmente determinado é apenas o elemento que constitui a unidade na pluralidade dessas normas. A afirmação de que uma pessoa tem deveres e direitos não tem sentido, é uma tautologia. Significa que um conjunto de deveres e direitos, cuja unidade é personificada “tem” deveres e direitos. Faz sentido dizer que o Direito impõe deveres e direitos aos seres humanos. Mas é tolice dizer que o Direito impõe deveres e confere direitos a pessoas. Idem, p. 138-139.

⁷ Idem, p. 139.

A pessoa física e a pessoa jurídica – sentido técnico mais restrito – são, portanto, pessoas jurídicas.

Não obstante, Kelsen chama atenção para a idéia de corporação que é uma manifestação típica da idéia de pessoa jurídica – no sentido técnico mais restrito –, podendo ser usualmente definida como: grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou ainda, como uma pessoa que tem direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõem.⁸

O problema do Estado como uma pessoa jurídica, isto é, como sujeito agente e sujeito de deveres e direitos é, no essencial, o mesmo problema que se põe para a corporação como pessoa jurídica. Também o Estado é uma corporação, isto é, uma comunidade que é constituída por uma ordem normativa que institui órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, órgãos esses que são providos na sua função mediata ou imediata.⁹

Para Kelsen, o elemento distintivo entre o Estado e outras corporações está na ordem normativa que constitui a corporação do Estado. Sendo portanto uma comunidade criada por uma ordem jurídica nacional – em contraposição a uma internacional –, é a personificação dessa comunidade.¹⁰

1.2. A organização política e a separação dos poderes do Estado

O Estado não é um corpo visível nem tangível, não sendo portanto, um objeto que possa ser apreendido pelos sentidos. Manifestando-se na vida social por intermédio de ações de seres humanos chamadas de “órgãos” de Estado. A imputação de uma ação humana ao Estado é possível desde que a ação esteja determinada por uma ordem

⁸ Idem, p. 140.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 321.

¹⁰ Em Pinto Ferreira: “A doutrina da escola de Viena mostrou a possibilidade teórica da supremacia do direito internacional público sobre o direito constitucional, sustentando a idéia da superioridade da ordem jurídica internacional sobre a vontade dos Estados componentes da comunidade internacional. Consignou em largas linhas o ponto de vista fundamental do primado do direito das gentes, e desse primado resultou inevitavelmente uma série de limitações ao poder de organização dos próprios Estados”. FERREIRA, Pinto. *Teoria Geral do Estado*. Tomo I. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 83.

normativa, essa ordem é a ordem jurídica. Os atos do Estado compreendem a execução da ordem jurídica, bem como a criação da ordem jurídica por atos legislativos.¹¹

A idéia de Estado em movimento compreende um conceito material de Estado, neste sentido, um conceito mais restrito, que designa o “aparato burocrático” formado pelos funcionários do Estado. A expressão aparato burocrático deve ser entendida em caráter extensivo, assim abarcando todas as funções que não se identificariam de forma imediata como sendo atividades desempenhadas por funcionários do Estado. É o caso de juízes, parlamentares, membros do júri, dentre outras funções.¹²

Esse conceito material de Estado é um conceito secundário, que pressupõe o conceito formal. Ao passo que o primeiro é restrito à comunidade mais limitada, abrangendo apenas os funcionários públicos, a engrenagem do Estado, por assim dizer, o segundo representa a comunidade mais ampla abrangendo também os indivíduos que, sem serem “órgãos” do Estado, estão sujeitos à ordem jurídica.¹³

Para ser um Estado, a ordem jurídica¹⁴ necessita ter o caráter de organização no sentido estrito da palavra. Necessita instituir órgãos funcionando para criar e aplicar as normas que formam a ordem jurídica¹⁵. Ocorre portanto, uma centralização da ordem jurídica nacional, distinta portanto, da ordem pré-estatal e da supra-estatal do Direito Internacional (DI)¹⁶. Nestas, as normas jurídicas gerais não são produzidas por um órgão legislativo central, mas pela via consuetudinária. Conseqüentemente, o processo de criação da ordem jurídica é descentralizado. Em ambos os casos, os indivíduos que criam consuetudinariamente o Direito, que aplicam e que executam as sanções, são órgãos jurídicos ou órgão da comunidade jurídica. “Não são, porém, órgãos centrais, funcionando

¹¹ KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 275-277.

¹² *Idem*, p. 277-280.

¹³ *Idem*, p. 280.

¹⁴ Nem toda ordem jurídica representa um Estado, a ordem jurídica internacional ou pré-estatal não o são.

¹⁵ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 317.

¹⁶ Neste trabalho, a terminologia “Direito Internacional Público” será evitada conforme orientação kelseniana, por trazer consigo adjetivo supérfluo, sendo utilizada a terminologia “Direito Internacional”; exceção feita às transcrições de idéias ou textos autores que a preferem.

segundo o princípio da divisão do trabalho como o governo, o órgão legislativo e os tribunais, instituídos pela ordem jurídica estadual.”¹⁷

A pressuposição de um governo traz consigo, de modo geral, a divisão dos poderes estatais exercidos por autoridades independentes e autônomas¹⁸. Esta pressuposição decorre da universalização da idéia da tripartição de poderes pela Revolução Francesa, sob a construção sugerida por Montesquieu.

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.¹⁹

Na unidade de poder são distinguidas as três funções do Estado, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário. Como lembra Kelsen, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. Sendo a função legislativa oposta tanto à função executiva quanto à judiciária, estas últimas estão obviamente relacionadas de uma maneira mais íntima entre si²⁰. A legislação (*legis latio* do Direito romano) é a criação de leis (*leges*). “Se falarmos de “execução”, devemos perguntar o que é executado. Não há nenhuma outra resposta que não a afirmação de que são executadas as normas gerais, a constituição e as leis criadas pelo poder legislativo”²¹. Que também é função do poder judiciário. “Esse poder não é distinguível do poder “executivo” pelo fato de que apenas os órgãos deste “executam” normas. Neste aspecto, a função de ambos é realmente a mesma.”²²

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível na internet: <http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/const88.htm>; 10.10.2000.

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

²⁰ KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 364-365

²¹ Idem, p. 365.

²² Idem, *ibidem*.

Logo, entende que a separação de poderes designa um princípio de organização política, distinguindo e coordenando três funções distintas do Estado, que em verdade são basicamente duas: criação e aplicação do Direito. Estabelece uma distinção simples entre executivo e judiciário, residindo no fato de que num caso a execução das normas gerais é confiada aos tribunais e no outro, aos órgãos “executivos” ou administrativos. Kelsen acaba demonstrando novamente que as funções do Estado são idênticas às funções do Direito, já que é a diferença entre criação e aplicação do Direito que se expressa na distinção entre os três poderes do Estado.²³

1.3. A justiça privada e a justiça pública: o surgimento da jurisdição estatal

No período em que o Estado ainda não detinha o monopólio da violência, a lei era uma manifestação da vontade divina confiada ao poder dos sacerdotes. Os problemas decorrentes deste sistema foram amenizados pelo surgimento da figura do árbitro, indivíduo que recebia das partes o encargo de decidir de modo imparcial os eventuais conflitos sob a proteção dos sacerdotes.²⁴

No estágio que antecedeu à representação da vontade divina pelos sacerdotes, é interessante lembrar que a força privada era a medida da obtenção de um ‘bem da vida’. A satisfação de uma pretensão era decorrente de qualidades outras que não a implementação de uma medida justa, sendo a fase de atuação privada das partes na busca da solução de seus conflitos.²⁵

²³ Idem, p. 365-366.

²⁴ “Essa interferência, em geral, confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados”. CINTRA, Antônio de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

²⁵ A legislação brasileira mantém alguns resquícios de tutela privada, e o Código Civil Brasileiro está permeado de situações onde está consignada tal possibilidade, v.g. quando permite a legítima defesa no âmbito civil: “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Quando do desforço imediato no esbulho possessório: “Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.” No caso de árvores limítrofes: “Art. 558. Art. As raízes e ramos de árvores, que ultrapassarem a extrema do prédio, poderão ser cortadas, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.” Quando da apreensão de objeto sujeito a penhor legal: “Art. 776. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas

O fenômeno jurídico nasce, na ótica de Girard, para limitar ou eliminar a vingança. Os homens obtiveram tanto mais êxito na eliminação da violência quanto mais este processo de eliminação não fora reconhecido como seu, mas sim como um imperativo absoluto, como a ordem de um deus, visando apaziguar as violências e impedir a explosão de conflitos.²⁶

Face ao sangue derramado, a única vingança satisfatória é o derramamento do sangue do criminoso. Não havendo diferença nítida entre o ato que a vingança pune e a própria vingança. Sendo esta concebida como uma represália que invoca outra. A vingança, portanto, constitui um processo infinito, interminável²⁷. Quando a violência surge em um ponto qualquer da comunidade, tende a se alastrar e a ganhar a totalidade do corpo social, ameaçando desencadear uma verdadeira reação em cadeia, com conseqüências fatais. Este círculo vicioso da vingança presente nas sociedades primitivas, é afastado pelo surgimento da instituição judiciária. A vingança não é suprimida, mas limita-se efetivamente a uma represália única, cujo exercício é confiado a uma autoridade soberana e especializada em seu domínio.²⁸

O homem em estado de natureza é livre, senhor absoluto de sua própria pessoa e posse, afirmou Locke. Então pergunta-se: porque o homem deveria abrir mão dessa liberdade, abandonando seu império, para sujeitar-se ao domínio e controle de outro poder? Observa Locke, que apesar do estado de natureza permitir aquelas liberdades – pessoa e posse –, a fruição das mesmas é muito incerta e estaria constantemente sendo exposta à invasão de terceiros, pelo fato de que todos seriam reis, tanto quanto o liberto possuidor.²⁹

respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.” Código Civil Brasileiro. Lei n.º 3.071/16. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

²⁶ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Trad. Martha Conceição Gambini. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990, p. 27-35.

²⁷ Por esse motivo a vingança é proibida. Pelo fato de considerarem a violência odiosa é que os homens consideram seu dever a vingança. É impossível não usar de violência quando se quer liquidá-la. Justamente por isto, ela é interminável. Todos querem proferir sua última palavra e assim vai-se de represália a represália, sem que nenhuma conclusão verdadeira jamais intervenha. Idem, *ibidem*.

²⁸ “Talvez todos os meios que os homens já mobilizaram para proteger-se de vingança interminável sejam aparentados. Poderíamos agrupá-los em três categorias: 1) Os meios preventivos, que podem ser definidos como desvios sacrificiais do espírito de vingança. 2) As regulações e os entraves à vingança, tais como as composições, os duelos judiciários, etc, cuja ação curativa é ainda precária. 3) O sistema judiciário, dotado de uma incomparável eficácia curativa.” Idem, p. 35.

²⁹ LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 88.

Estas circunstâncias obrigam-no a abandonar a condição que, embora livre está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de “propriedade”.³⁰

Sendo portanto, fundamental a união dos homens em comunidade, colocando-os sob governo que possua leis estabelecidas, firmadas, conhecidas e aceitas mediante consentimento comum; um juiz conhecido e indiferente, com autoridade para resolver quaisquer dimensões, de acordo com a lei estabelecida; e um poder que a apoie e sustente quando justa, executando-a. A ausência do refúgio da lei impõe inconvenientes que tornam o gozo da plena liberdade do estado de natureza impossível.

É isso que os leva a abandonarem de boa vontade o poder isolado que têm de castigar, para que passe a exercê-lo um só indivíduo, escolhido para isso entre eles; e mediante as regras que a comunidade ou os que forem por ela autorizados, concordem em estabelecer. E nisso se contém o direito original dos poderes legislativos e executivos bem como dos governos e das sociedades.³¹

É com o surgimento do Estado que ocorre a transferência das atribuições de distribuir justiça para um poder centralizado, que no decorrer do tempo torna-se o detentor único da realização desta função. É o denominado período da justiça pública.³²

Surge portanto, a idéia de “jurisdição”, que de uma maneira simplória poderia ser entendida como a atividade, mediante a qual juízes nomeados pelo Estado atuariam em substituição às partes, para com imparcialidade, buscarem pacificar os conflitos. Contudo, não se esgotam nestes os elementos e as características que objetivam definir a terminologia jurisdição.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Idem, p. 89.

³² “O Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses”. CINTRA, et al. Op cit. p. 23.

1.4: A atividade jurisdicional do Estado e a idéia de jurisdição

São contraditórias e divergentes as principais teorias que procuram explicar a natureza da atividade jurisdicional no ambiente territorial. São três as consideradas mais influentes, sendo seus expoentes Chiovenda, Allorio e Carnelutti.

Em Chiovenda, estão assentados significativos elementos de uma teoria da jurisdição. Importantes processualistas seguem idéias do autor, dentre eles, Calamandrei, Rocco, Segni, Zanzuchi. Para Chiovenda, o Estado moderno considera sua função essencial a administração da justiça, sendo o Estado o único com poder para aplicar a lei ao caso concreto, poder esse denominado jurisdição. A função jurisdicional é organizada em órgãos compostos de juizes, perante os quais se deve propor a demanda na busca de um direito. A tarefa dos juizes é afirmar e atuar a vontade da lei que eles próprios consideram existentes como vontade concreta em função dos fatos que eles consideram como realmente existentes. A característica da função jurisdicional é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública.³³

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva.³⁴

A soberania estatal pressupõe duas funções bem distintas, uma delas destinada a produzir, legislar o direito, a segunda destinada a atuá-lo. Na primeira, a administração age em conformidade com a lei, considerando a lei como norma de sua própria conduta, sendo uma atividade primária ou originária. Já os juizes agem atuando a lei, considerando a lei em si mesma, sendo esta atuação uma atividade secundária ou coordenada.

Lembra Ovídio Batista, que as críticas mais graves feitas à doutrina de Chiovenda centram-se na idéia deste de considerar a função de legislar e aplicar o direito com sendo antagônicas, considerando o ordenamento jurídico um dado prévio, restando ao

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 7-13.

juiz a pura aplicação da lei ao caso concreto; modernamente, considera-se a atividade de aplicação da lei como de função criadora, em face do caráter abstrato do preceito legal em sua formulação genérica. Recebeu também críticas no que tange à consideração de que a atividade específica da jurisdição seria a da realização ou aplicação do direito objetivo. Também particulares e demais poderes estatais desenvolvem atividade realizadora no ordenamento jurídico; se a função do Poder Judiciário fosse a de realizar o ordenamento jurídico, não se compreenderia que sua atividade necessitasse sempre de um impulso inicial dos particulares, pois não seria compreensível que o Estado organizasse um Poder especial com a função de realizar o direito objetivo e confiasse aos particulares a faculdade de fazê-lo atuar.³⁵

Sustentou Allorio que a essência do ato jurisdicional está na aptidão para produzir a coisa julgada. A forma do processo declaratório, mais a coisa julgada como seu resultado, definem a jurisdicionalidade do processo; não havendo coisa julgada, como na jurisdição voluntária, não há verdadeira jurisdição. Calamandrei e Liebman mostraram-se também defensores da idéia de que apenas a função declarativa é verdadeira jurisdição.³⁶

Para Frederico Marques, em consonância com os anteriores, os órgãos da administração pública que funcionam com atribuições julgadoras, mormente na esfera da atividade financeira e tributária do Estado, estão investidos tão-só de poderes quase-jurisdicionais. Suas decisões podem ser objeto de novo exame pelo Judiciário, em virtude do que dispõe o art. 141 § 4 da CF. Falta-lhes o que no direito americano se denomina de *final enforcing power*, que é privativo do Judiciário. Só este, numa lide ou situação contenciosa, diz a última palavra, ou profere decisão definitiva porque apenas a magistratura tem, em sua plenitude, o poder de julgar e de tornar efetiva a vontade concreta da lei.³⁷

As críticas levantadas contra tal doutrina são: i) considerando-se como ato jurisdicional apenas o processo chamado declarativo, onde haja a produção de coisa julgada, ficariam excluídos da jurisdição todo o processo executivo e a jurisdição

³⁴ Idem, p. 8.

³⁵ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. I. 2 ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

³⁶ Idem, p. 21-23.

³⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 262-263.

voluntária; ii) mesmo no processo declarativo ou de conhecimento, inúmeros são os exemplos onde a sentença não é apta para produzir coisa julgada, como no caso do processo cautelar.³⁸

Por fim Carnelutti, que entende ser a jurisdição a justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por intermédio da qual o juiz *dicit ius*, daí porque não haveria jurisdição no processo executivo. Logo, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e resistência de outrem. Jurisdição pressupõe lide.

O vício da doutrina carneluttiana reside em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve. A Jurisdição é uma das funções decorrentes da atividade executiva do poder judiciário e do poder executivo propriamente dito. Ambas procuram, de modo geral, elaborar norma com caráter individual ou individualizar a norma.³⁹

Com freqüência, tem-se atribuído a função jurisdicional ao poder judiciário primordialmente, o que se constitui em equívoco. Já que, na atividade executiva propriamente dita, os órgãos da administração praticam com freqüência atos jurisdicionais.

A separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo ocorre num grau comparativamente limitado; a função judiciária é constituída também pela execução de normas gerais. Não é sem razão, em face do uso excessivo dos tribunais para resolução de controvérsias, que os Estados Unidos da América (EUA) adotaram um programa de remoção de categorias inteiras de ações dos tribunais, com sua conseqüente transferência para a competência da autoridade administrativa. A transferência é justamente possível na medida em que as funções de ambas sejam idênticas⁴⁰. Outro elemento tênue de distinção é no que se refere aos executores das normas. Os juízes geralmente são independentes, estando sujeitos somente à observação das normas jurídicas. Além das ações vinculadas à lei, as autoridades administrativas não possuem tal grau de independência, em face de sua situação hierárquica.⁴¹

³⁸ SILVA. Op. cit., p. 22-23.

³⁹ Idem, p. 24.

⁴⁰ KELSEN. Teoria Geral do Direito e do Estado. p. 391-393.

⁴¹ Contudo, tal dificuldade pode ser facilmente contornada pela expedição de norma que estabeleça a independência do julgador em relação aos seus superiores hierárquicos. Neste sentido, um exemplo pertinente decorre da análise das funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), um dos órgãos

Conforme Kelsen:

Se a Constituição prescreve que nenhuma interferência no patrimônio, na liberdade e na vida do indivíduo pode ocorrer sem o “devido processo de Direito”, isso não acarreta necessariamente um monopólio da função judiciária pelos tribunais. O processo administrativo no qual é exercida uma função judiciária pode ser formado de tal modo que corresponda ao ideal de “devido processo de Direito”.⁴²

À guisa de ilustração, cabe ainda trazer à lume Dinamarco, que atribui grande importância ou preponderância metodológica à jurisdição – ao invés de preferir a ação ou o processo –; este comportamento decorre da preconizada visão publicista do sistema, ou seja, a jurisdição é entendida como um instrumento do Estado, usado para o cumprimento de seus objetivos.⁴³

Dinamarco lembra em suas conclusões que a jurisdição não é um poder, mas umas das expressões do poder estatal, que por sua vez é uno. Conseqüentemente, não se justificaria a busca obstinada de diferenças substanciais entre ela e as outras manifestações desse poder – administração, legislação –; as diferenças são funcionais e metodologicamente é muito mais útil à essência do conceito de poder e aos desdobramentos que daí decorrem; “[o] que distingue a jurisdição está nas suas características externas,

competentes para apreciar as infrações contra a ordem econômica – órgão administrativo com poder judicante, vinculado ao Ministério da Justiça. As autoridades administrativas, membros do CADE, são nomeadas pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado Federal. Contudo, gozam de total independência técnica, já que a lei antitruste veda uma série de condutas e situações que em tese tolheriam a independência dos conselheiros e do presidente, reforçada ainda a independência das decisões do Conselho em face da impossibilidade de que as mesmas sejam revisadas no âmbito do Poder Executivo. Assim, o art. 6º da Lei n.º 8.884/94: “Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II - exercer profissão liberal; III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; VI - exercer atividade político-partidária.” Também o art. 50 da Lei n.º 8.884/94: “As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível na internet: http://www.mj.gov.br/cade/legi_lei.htm. 06.10.2000.

⁴² KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 398.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 81.

representadas pelos objetivos em razão dos quais é exercida e pelo seu exercício sempre ligado a casos concretos: tal é a “perspectiva funcional da jurisdição”.⁴⁴

Ao cabo, a dedução de que jurisdição é o poder, função, atividade, praticada pela autoridade estatal, em substituição às partes, na condição de terceiro imparcial, aplicando a lei ao caso concreto.

1.5. Os limites da jurisdição doméstica: auto e heterolimitação

O Estado submete à sua Jurisdição todos os fatos que lhe são pertinentes. A pertinência de um fato não é um elemento necessariamente posto. Em algumas ocasiões, a legislação nacional explícita que determinadas situações devem estar submetidas a sua Jurisdição. Contudo, não proíbe que outras situações, que não postas pelo ordenamento jurídico, sejam objeto de legislação específica que as torne obrigatoriamente submetida ao jugo da função jurisdicional local.

Se por tresloucado ato, o legislador de um determinado Estado editasse norma com objetivo de reger as relações em um terceiro país, explicando em seus motivos que os elementos que incentivaram a edição da norma centram-se em determinados fatos considerados relevantes para este determinado Estado e observados os requisitos legais de validade, para aprovação, posterior promulgação e publicação da norma, nada obstará tal ação.⁴⁵

O adjetivo tresloucado representa bem a ação conduzida pelo legislador. Mesmo que teoricamente tal ação seja possível, não guarda razão em função da realidade e

⁴⁴ Idem, p. 315.

⁴⁵ Jocosos, Mann traz a lume, de modo exagerado, exemplos hipotéticos e não, de normas britânicas com pretensão de abarcar situações que normalmente estariam fora do alcance da jurisdição nacional. *“Britain enacts a statute according to which “all persons” are required to sell whisky at a certain minimum price. It is not to be doubted that, according to the principle, this statute applies to all persons in the United Kingdom and therefore subject to its sovereignty. But the question arises: who is within the United Kingdom? And who are “all persons” - all persons in the world or certain persons in the world outside the United Kingdom?”*. Ainda, *“Or so long as the Exchange Control Act 1947 was in force in Britain, i.e., until 1979, when this most unfortunate legislation was for all practical purposes neutralized rather than repealed, Section 5 provided: “No person shall ... in the United Kingdom ... make any payment to ... a person resident outside” the United Kingdom. On the face of it this meant that no American visitor could in Britain pay \$ 1 or £1 to another American visitor, - totally absurd, but in law probably inescapable conclusion”*. MANN, Frederick Alexander. *The doctrine of International Jurisdiction revisited after twenty years. Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, 1984, vol. 186. T. III, p. 21-22.

dos interesses do Estado. Um exercício simples, de considerações de ordem prática, pode demonstrar a completa ineficácia de uma ação jurisdicional extensiva. Não se olvide, por fim, do dever da não-interferência nos assuntos internos de outros Estados, consagrado no DI positivo, consuetudinário e jurisprudencial.

Para Liebman:

O mesmo interesse próprio bem entendido, adicionado a evidentes considerações de ordem prática, conduz o Brasil a desinteressar-se de todas as controvérsias não relevantes para a própria ordem jurídica, e a recusar-se, conseqüentemente, a atribuir a seus órgãos judiciários a tarefa de ter conhecimento das mesmas. Qualquer forma de autolimitação de cada país na extensão que atribui à própria jurisdição é o pressuposto da possibilidade de reconhecer o exercício das jurisdições estrangeiras. Daí admitir em certas condições, no seio do próprio ordenamento, a eficácia das sentenças pronunciadas pelos tribunais estrangeiros.⁴⁶

Incumbe ao Estado o estabelecimento da amplitude e das limitações do ordenamento jurídico nacional, tanto no âmbito espacial interno quanto no externo. O problema do limite da atuação jurisdicional de um determinado Estado pode ser solucionado de maneira expressa, por determinação direta, quando o ordenamento jurídico de um determinado país aponta quais as causas que a ele estão sujeitas. Ou de maneira contrária, por intermédio de um sistema de determinação indireta, onde é o trabalho de dedução hermenêutica que irá estabelecer a extensão jurisdicional.

O Estado é uma forma específica de organização da sociedade humana que tem seus fins que são políticos. Para realizar seus fins políticos, que são históricos, portanto, variáveis no tempo e no espaço, o Estado tem de cumprir determinadas tarefas. As funções do Estado são justamente essas tarefas ou atribuições básicas que tem de executar para realizar seus fins⁴⁷. Contudo, não está sozinho, inúmeras são as organizações conformadas em Estados com os mais diferentes fins políticos, restando, portanto, a possibilidade de

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 16.

⁴⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49.

existirem conflitos de interesses na atuação destes. A necessidade de convivência pacífica na ordem internacional impõe limites para atuação e execução dos fins de qualquer Estado.

Este limite é dado geralmente pela circunscrição territorial de um dado Estado. Porém, de modo absoluto, os limites são informados pela legislação interna de cada país. A jurisdição como ação estatal em substituição à ação privada das partes na distribuição da vontade concreta da lei, é uma das manifestações do poder estatal soberano, portanto, um fim do Estado. Assim, cada Estado fará atuar sua jurisdição nos limites de sua legislação interna.

Em suma, os limites jurisdicionais de atuação do Estado são dados por sua própria ação, positivada na regra jurídica. Esta, de modo geral, instituída em função dos interesses que tem o Estado em consideração aos seus pares – os demais Estados que compõem a comunidade internacional –, em razão de tratados e convenções internacionais, e na sua própria limitação para impor suas decisões.

Greco Filho enumera limitações de ordem política e técnica à atuação da jurisdição, são eles: i) casos de atuação anômala de órgãos não jurisdicionais; ii) casos de exclusão da jurisdição brasileira em virtude de imunidade diplomática; iii) os limites negativos de competência internacional; iv) os casos de contencioso administrativo; v) compromisso arbitral⁴⁸. De qualquer maneira, os limitadores citados por este processualista estão contemplados na classificação que distingue auto e heterolimitações.⁴⁹

Quando determinadas disposições legais do próprio sistema legal limitam a abrangência espacial da jurisdição estatal, ocorre a denominada autolimitação. Na hipótese do limite advir de um outro sistema legal situado fora do ordenamento jurídico de um determinado sistema legal, considerado a ele superior, ocorre a chamada heterolimitação.⁵⁰

A autolimitação pode apresentar-se sob duas formas: i) a primeira decorre de regras internas de conflitos que reconhecem a jurisdição estabelecida em outros países – são as chamadas regras sobre competência judiciária internacional –, ainda, ocorre autolimitação nos chamados sistemas jurídicos concorrentes com o sistema estatal – normas

⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 169.

⁴⁹ Para síntese em relação a heterolimitação e autolimitação ver fluxograma n.º 1.

⁵⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 18.

do sistema religioso, normas estaduais e municipais; ii) a segunda decorre de regras internas que permitem a escolha da jurisdição estatal – cláusula de eleição de foro estrangeiro – ou jurisdição construída pelas partes – cláusulas compromissórias e o compromisso.⁵¹

A heterolimitação da jurisdição estatal é decorrente das normas de DI que consagram elementos que tolgem a ação livre do poder soberano do Estado. Neste sentido são as fontes do DI moderno⁵² que podem informar eventuais formas de limitação da jurisdição estatal. Obviamente que as fontes consuetudinárias e convencionais são as mais destacadas formas de limitação da liberdade da jurisdição estatal. Esta pode ainda ser de natureza multilateral – v.g. Convênio de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961; Conferência de Viena de 1963 sobre responsabilidade civil por danos nucleares, que não exclui entidades governamentais que operem equipamentos atômicos sob o fundamento de imunidade de jurisdição – ou bilateral – Itaipu Binacional.⁵³

2. Competência internacional: os limites para atuação jurisdicional do Estado

No âmbito interno, a competência fixa critérios para distribuição das demandas aos diversos juízos. Todos os juízos possuem jurisdição, contudo, em medidas diferentes; “[c]omo função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da

⁵¹ *Idem*, *ibidem*.

⁵² Neste sentido o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. “*Article 38. 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.*” Statute of the International Court of Justice. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdocuments/basetext/istatute.htm#CHAPTER_II. 17.10.2000.

⁵³ SOARES. *Op. cit.*, p. 18-19.

jurisdição”⁵⁴. Neste sentido, a clássica conceituação de competência como sendo a medida da jurisdição.

Os inúmeros elementos relacionados em determinada demanda é que determinam a competência de um juízo. São exemplos: local do domicílio do réu, valor atribuído à demanda, matéria da demanda, lugar em que se encontra o imóvel. Teoricamente, como já foi afirmado, a jurisdição não encontraria limites territoriais. Contudo o princípio da efetividade, dentre outros elementos, torna a ação jurisdicional limitada à possibilidade de lograr seu objetivo.

O ordenamento jurídico nacional fixa os critérios de sua competência jurisdicional, enumerando as causas, das quais a autoridade judicial deva conhecer. Em algumas demandas, a jurisdição brasileira se considera competente, não excluindo a possibilidade de que outra jurisdição assim também o considere. Nesta hipótese, trata-se de competência internacional concorrente, arrolada no art. 88 do CPC⁵⁵. Se apreciada por outra jurisdição que não a brasileira, restará a necessidade de homologação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos termos do seu Regimento Interno e do art. 483 do CPC.

A competência exclusiva da justiça brasileira aparece no art. 89 do CPC⁵⁶, que exclui a de qualquer outro país. Se um Estado outro exercer suas funções jurisdicionais sobre o fato, o STF não homologará a sentença estrangeira. Sendo inadmitida por parte do ordenamento jurídico brasileiro a partição da competência.

Quando o CPC trata de competência internacional, está não apenas tratando de competência, mas também em limites de jurisdição interna, jamais em jurisdição internacional.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 153.

⁵⁵ –Art. 88 – É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil. Parágrafo único – Para o fim do disposto no n.º I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal. Código de Processo Civil Brasileiro. Lei n.º 5.869/73. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

⁵⁶ Código de Processo Civil. “Art. 89 – Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”. Código de Processo Civil Brasileiro. Lei n.º 5.869/73. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

2.1. Os elementos do Estado e o território como unidade jurídica

Constituindo-se em elemento integrante da soberania estatal, a jurisdição é geralmente exercida nos limites territoriais do país. Lembra Kelsen, que a doutrina tradicional⁵⁷ distingue três elementos do Estado: seu território, seu povo e seu poder, admitindo-se que seja da essência do Estado ele ocupar certo território delimitado.⁵⁸

A “Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados” firmada em 1933, na cidade de Montevideú, reconhece os elementos território determinado, população permanente, governo e capacidade para travar relações com os demais Estados, como sendo da essência do Estado.⁵⁹

Contudo, o território de um Estado não tem de consistir necessariamente em uma porção de terra. Tal território é designado como território “integrado”. Muitas vezes pertencem ao mesmo território de Estado, partes do espaço que não são fisicamente contíguas, mas separadas entre si por territórios pertencentes a outro Estado ou a nenhum Estado. O elemento que une estas áreas geograficamente separadas forma uma unidade, apenas na medida em que uma mesma ordem jurídica seja válida para todas elas. O território do Estado é o espaço jurisdicional dentro do qual os seus órgãos estão autorizados pelo DI a executar a ordem jurídica nacional.⁶⁰

O território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera limite de validade da ordem jurídica chamada Estado. Essas ordens normativas designadas Estados caracterizam-se precisamente pelo fato de suas esferas territoriais de validade serem

⁵⁷ Segundo Rezek, o fato de encontrar-se sobre certo território bem delimitado, uma população estável e sujeita à autoridade de um governo não basta para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de DI. Os estados da federação e municípios também possuem estes elementos. Para ele o “[n]ão subordinar-se a qualquer autoridade, considerando não existir poder maior de que dependa para o exercício da competência é o fator que dá conformidade a um estado soberano”. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 163-168.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 299-300.

⁵⁹ Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados. “Art. 1º. O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos: 1 – Povoação permanente. 2 – Território determinado. 3 – Governo. 4 – Capacidade de entrar em relações com os demais Estados”. MELLO, Rubens Ferreira de (coligidos e anot.) *Textos de Direito Internacional e de história diplomática de 1815 a 1949*. Rio de Janeiro: [sine nomine], 1950, p. 495.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 299-300.

limitadas. Isso as distingue das outras ordens sociais, tais como a moralidade e o DI, que se pretendem válidas onde quer que vivam seres humanos.⁶¹

No sentido restrito, o território do Estado é o espaço onde ele está autorizado a colocar em prática atos coercitivos, um espaço do qual estão excluídos todos os outros Estados. É o espaço para o qual apenas uma determinada ordem jurídica está autorizada a prescrever atos coercitivos estipulados por essa ordem, é o limite físico determinado pelas fronteiras do Estado. Em outras áreas onde todos os Estados têm permissão para executar atos coercitivos, com certas restrições, reconhece-se um sentido amplo para o território. Tais áreas são o alto-mar e os territórios que têm o caráter de terra de Estado algum por não pertencerem juridicamente a nenhum Estado⁶². São um espaço onde as esferas territoriais de validade das diversas ordens jurídicas internacionais se interpenetram.⁶³

Em princípio, os Estados são impenetráveis, ou seja, a ordem jurídica nacional tem validade exclusiva para o território em que é gestada, estando todos os indivíduos sujeitos ao poder coercitivo do Estado. Contudo, “[a] validade exclusiva de uma ordem jurídica nacional, segundo o Direito internacional, estende-se apenas até onde essa ordem é, como um todo, eficaz, ou seja, até onde os atos coercitivos previstos por essa ordem são efetivamente postos em prática”.⁶⁴

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² Este foi o sentido percebido pelos tribunais norte-americanos no caso *American Banana*; objeto de apreciação no segundo capítulo do trabalho: “No doubt in regions subject to no sovereign, like the high seas, or to no law that civilized countries would recognize as adequate, such countries may treat some relations between their citizens as governed by their own law, and keep, to some extent, the old notion of personal sovereignty alive. (...) They go further, at times, and declare that they will punish anyone, subject or not, who shall do certain things, if they can catch him, as in the case of pirates on the high seas. In cases immediately affecting national interests they may go further still and may make, and, if they get the chance, execute, similar threats as to acts done within another recognized jurisdiction. An illustration from our statutes is found with regard to criminal correspondence with foreign governments. (...) And the notion that English statutes bind British subjects everywhere has found expression in modern times and has had some startling applications. (...) But the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done. (...) This principle was carried to an extreme in *Milliken v. Pratt*, 125 Mass. 374, 28 Am. Rep. 241. For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other state concerned justly might resent”. U.S. Supreme Court: *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909. Disponível na internet: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>. 04.07.2000.

⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 304-305.

⁶⁴ Idem, p. 307.

Há muito, o princípio absolutista da competência por exclusão passou a ser repellido pelos Estados, sendo a eficácia um importante limitador para extensão da legislação interna a fatos ocorridos fora dos seus limites territoriais.

2.2. A jurisdição internacional

Em Direito Processual, a terminologia ‘Jurisdição’ remete à interpretação literal, “dizer, ditar o direito”; a expressão, quando transferida para o DI, amplia-se, significando o exercício exclusivo de todas as competências, executivas, legislativas⁶⁵ e judiciárias, dentro de um limite territorial dado. Jurisdição se refere ao poder que o DI confere ao Estado de legislar, administrar e julgar.

Ligada à idéia de território, a jurisdição contemporânea, para Pontes de Miranda, “[d]esborda dos limites que lhe traçariam (e lhe traçaram) as nacionalidades e dos que nasceriam (e existem) das desigualdades de tratamento jurisdicional dos homens, dentro do mesmo Estado”.⁶⁶

É ainda um elemento constitutivo da idéia de soberania, que é elemento constitutivo do Estado. Como tal, a soberania manifesta-se quando o Estado age na esfera internacional na presença de seus pares, e quando faz valer sua vontade no ambiente interno, sem que para tanto dependa de qualquer outra vontade.

A expressão “jurisdição internacional” não parece de todo adequada para definir a atuação do Estado frente a fatos que têm algum elemento de estraneidade, e que ao mesmo tempo possuam elementos de conexão que a legislação interna aponta como relevantes, mandando atuar a lei nacional. A jurisdição internacional parece circunscrita a determinados órgãos, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ), dentro de determinadas posturas dos Estados que aceitam e reconhecem o poder da mesma.

⁶⁵ “Do poder de soberania, atribuído indeclinavelmente ao Estado, resulta o poder normativo, isto é, o de ditar as leis necessárias ao ordenamento jurídico das referidas relações, desdobradas entre ele, seus cidadãos e estrangeiros”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2 ed. rev. aum. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, vol. I, 1959, p. 387.

⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, p. 83.

No prefácio à segunda edição portuguesa da obra de Brierly, “Direito Internacional”⁶⁷, o professor Afonso Rodrigues Queriró, alertado por um internacionalista brasileiro, assim refere-se à terminologia *jurisdiction* quando vertida para a língua portuguesa:

A tradutora e nós próprios hesitámos sobre se não seria de aproveitar a oportunidade de uma nova edição para se refazer o texto português do capítulo sexto, relativo à “Jurisdição do Estado”, passando a verter o termo inglês *jurisdiction*, ora por jurisdição ora por competência (conforme se tratasse da faculdade ou poder estadual de julgar ou executar os julgados ou da generalidade dos poderes em que se analisa, digamos sem rigor, a soberania estadual), atendendo, assim, sugestão que nos foi feita por um distinto internacionalista brasileiro. Resolveu-se manter a posição inicialmente tomada, pois não só se não encontra fixada uma terminologia portuguesa nessa orientação, nos dois lados do Atlântico, como se correria o risco de, aqui ou além, atraiçoar o sentido em que aquele termo é utilizado no original inglês. Ao leitor continua a deixar-se, por conseguinte, o cuidado de distinguir os passos em que o termo jurisdição se refere ao poder que ao Estado o direito internacional confere de legislar, administrar e julgar e aqueles outros em que ele alude restritamente ao poder estadual de julgar.⁶⁸

Tal constatação reforça um cuidado necessário ao tratar do tema. Quando, v.g. Mann faz alusão à *international jurisdiction* estaria referindo-se à jurisdição internacional propriamente dita ou à competência internacional? Dentro do contexto de seu trabalho, refere-se a competência internacional.⁶⁹

⁶⁷ BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Grucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

⁶⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Prefácio à 2ª edição portuguesa. In BRIERLY, Op. cit., p. viii.

⁶⁹ “*International jurisdiction is an aspect or an ingredient or a consequence of sovereignty (or of territoriality or of the principle of non-intervention, the difference is merely terminological): law extend so far as, but no further than the sovereignty of the State which puts them into force nor does any legislator normally intend to enact laws which apply to or cover persons, facts, events or conduct outside the limits of his State's sovereignty*”. MANN. *The doctrine of International Jurisdiction revisited after twenty years*. Op. cit., p. 20.

Em definitivo, “[a] jurisdição implica exclusividade e permanência”, como lembra Pontes de Miranda, “[s]alvo se o Estado permite outra jurisdição, ou foi, de fato ou de direito, privado de parte do seu território.”⁷⁰

Logo, não pode haver jurisdição internacional, atuada por parte de qualquer Estado, já que não se imagina um determinado Estado atuando de forma permanente e exclusiva frente a seus pares na órbita internacional. No jargão latino, *par in parem non habet iudicium*⁷¹.

De qualquer maneira, segue a idéia de que o Estado tem suas forças jurisdicionais limitadas; “[a]ssim, e isso é obvio, as leis de um País não possuem força ou valor jurídico, senão dentro do próprio território do Estado que as ditou, e nenhuma outra Nação ou súditos seus estão obrigados a obedecer outras leis que não as em face das quais se encontrem numa relação de dependência.”⁷²

Contudo, em algumas hipóteses, a jurisdição pode ser estendida além dos limites de um país, objetivando tutelar bens considerados importantes para um Estado. Nesta hipótese trata-se da competência internacional estatal, e não da jurisdição internacional; v.g., para que a jurisdição brasileira atue em determinada causa faz-se necessário primeiro subsumir os arts. 88 a 90 do CPC, que limitam a jurisdição brasileira diante do poder soberano de outros Estados. Se uma determinada causa não possuir nenhum elemento de conexão ligando-o com a jurisdição brasileira, nenhum tribunal brasileiro será competente para apreciar aquela determinada causa. A lei vai asseverar quais as lides, estabelecidas segundo critérios de efetividade e conveniência, estarão sujeitas ao poder jurisdicional nacional.

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de processo civil*. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.172.

⁷¹ Muito importante, neste sentido, é observar que na medida do tempo os tribunais nacionais dos diversos países construíram uma doutrina baseada na flexibilização da idéia de imunidade absoluta do Estado. Tal ocorreu com base na distinção entre atos emanados do Estado com características *iure gestionis* e atos manifestamente *iuri imperii*. Os primeiros seriam atos que, embora públicos no sentido de advirem do Estado, divergem dos atos de soberania típicos do Estado. São por exemplo as ações comerciais praticadas pelo Estado na órbita internacional. Enquanto os segundos manifestam o poder soberano do Estado em essência. Muitas alegações foram catalogados em inúmeras lides judiciais discutindo estes elementos. Os Estados estruturados sob o modelo de economia planificada, v.g. em inúmeras oportunidades manifestaram a opinião de que significativas diferenças nos objetivos estatais não permitiam estabelecer esta classificação. Neste sentido, a distinção perde um pouco da utilidade. De qualquer maneira, a tendência atual é de restringir a imunidade absoluta do Estado em relação aos seus pares. Em matéria trabalhista já é pacífica a doutrina e a jurisprudência nacional.

⁷² LOPES. Op. cit., p. 387.

Tem o Estado a possibilidade de regradar quaisquer atos que considere merecedores da tutela normativa estatal, assim, normas que visem tutelar os seus interesses, o que não outorga ao Estado a possibilidade de editar regras e posteriormente subsumi-las a esses determinados interesses, sem conseqüências graves para as relações entre os Estados. Neste sentido, a coerência restringe a atuação legislativa ao território do Estado.⁷³

2.3. Os direitos e deveres do Estado na órbita internacional: o dever de não-intervenção

O DI consagra uma série de direitos que são decorrentes da própria existência dos Estados como sujeitos do DI. Autopreservação, igualdade, liberdade, independência, supremacia territorial e pessoal, jurisdição, reputação, dentre outros, são apontados como direitos dos Estados. Alguns são considerados fundamentais ou inatos, outros são secundários ou conseqüentes.

Segundo as idéias adotadas nos séculos XVIII e XIX, sustentadas ainda hoje por muitos autores, os direitos e deveres fundamentais que o Estado possui não são estipulados pelo DI consuetudinário geral ou por tratados internacionais, como são os outros direitos e deveres dos Estados, mas originam-se da natureza do Estado ou da comunidade internacional. Esses direitos e deveres fundamentais possuiriam, segundo aquelas idéias, uma significação mais ampla e profunda que as regras positivas ordinárias do DI, do qual são, em boa parte, a base ou fonte última, e possuem uma força de obrigatoriedade maior.⁷⁴

Para Kelsen, a idéia de que os Estados têm direitos e deveres fundamentais é a aplicação da doutrina do Direito natural á relação entre Estados; sustentar a teoria dos direitos fundamentais argumentando que, em qualquer ordem jurídica, é preciso distinguir

⁷³ Reiterando, a noção de território como elemento do Estado, segundo orientação kelseniana, não consiste necessariamente em uma porção de terra em unidade geográfica natural. Se assim o fosse, não seria possível considerar "território", partes desmembradas do Estado, os enclaves, ou terras pertencentes a um Estado mas separadas pelo oceano. A unidade territorial é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural; "[p]orque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado". KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 229-300.

⁷⁴ *Idem*, p. 355.

os direitos estipulados por essa ordem dos princípios pressupostos por essa ordem, é apenas dar uma outra versão à doutrina do Direito Natural.⁷⁵

Os chamados direitos fundamentais do Estado⁷⁶, segundo Verdross, são princípios jurídicos que constituem as condições para que o DI seja possível; os princípios jurídicos sobre os quais é construído o DI. Em outros termos, os direitos fundamentais dos Estados podem ser deduzidos a partir da natureza do DI⁷⁷. Repetindo Kelsen, essa doutrina é a mesma que diz que os direitos fundamentais dos Estados são a base ou fonte última do DI positivo e que possuem, portanto, uma força de obrigatoriedade maior que as outras regras do DI.⁷⁸

Kelsen considera equivocados tanto o posicionamento defendido pela doutrina clássica – séculos XVIII e XIX – quanto o apresentado por Verdross, já que princípios jurídicos nunca podem ser pressupostos por uma ordem jurídica; eles apenas podem ser criados por essa ordem jurídica. Pois eles são “jurídicos” única e exclusivamente porque são estabelecidos por uma ordem jurídica positiva. O direito positivo e o costume seguem princípios gerais, são ordenados em função do contexto que os funda. Contudo, estes princípios são morais ou políticos, e não jurídicos. Os princípios jurídicos não são fonte ou base da ordem jurídica, pelo contrário, a ordem jurídica positiva é sua fonte ou base.⁷⁹

Em resumo, os direitos e deveres fundamentais do Estado são fundamentais somente se estipulados pelo DI. O direito à “igualdade”, v.g., assinalado como um importante direito fundamental dos Estados, na ótica de Kelsen, deve ser lido como se todos os Estados tivessem igual capacidade para serem responsabilizados por obrigações e para serem aquisitores de direitos; não significando “[i]gualdade de direitos e deveres, mas antes igualdade de capacidade para deveres e direitos”. A igualdade é o princípio segundo o qual, para aquele autor, Estados possuem idênticos deveres e direitos, sob as mesmas condições. Equivalendo ao princípio da legalidade, ou seja, o princípio de que as regras de Direito devam ser aplicadas em todos os casos em que, segundo o seu conteúdo, devam ser

⁷⁵ Idem, ibidem.

⁷⁶ Para síntese em relação a direitos fundamentais do Estado ver fluxograma n.º 2.

⁷⁷ “Por el contrario, los Estados poseen sus derechos fundamentales (...) ya que sin ellos sería imposible una convivencia internacional pacífica. La supresión de estos derechos equivaldría a la supresión del próprio D.I.” VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. 5. ed. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1973, p. 167.

⁷⁸ KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 355-356.

aplicadas; “[o]s Estados são “iguais” perante o Direito internacional, já que estão igualmente sujeitos ao Direito internacional, e o Direito internacional é aplicável igualmente aos Estados”.⁸⁰

O princípio da não-intervenção, indicado como inerente ao princípio da igualdade, é também considerado como fundamental dentro do DI e conseqüentemente nas relações internacionais levadas a efeito pelos sujeitos membros desta esfera. O ditame proibitório da intervenção não nasce isoladamente dentro do estado de natureza que faticamente se apresentava nas relações internacionais; decorre e interliga-se com os princípios da igualdade soberana dos estados, e da não utilização da força nas relações internacionais, sendo que todos os três, em conjunto, teriam o escopo de assegurar uma tranquilidade para os Estados.

É primeiramente referido no direito internacional clássico impulsionado por concepções jusnaturalistas: Grócio (*De iur Belli ac Pacis*, 1625) considerava o princípio ligado ao da soberania, sendo admissível a intervenção na hipótese de que a guerra pudesse ser tida como justa; Pufendorf (*De Iure Naturae et Gentium*) excepcionava a intervenção por razões de humanidade; Wolff (*Institutiones Iuris Naturae et Gentium*) identificava a proibição da intervenção, como pilar das Relações Internacionais, sendo inadmissível a intervenção, que só legitimaria a força. Vattel (*Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758) concebeu uma teoria mais pragmática do princípio da não-intervenção, já que a guerra era considerada lícita dentro de condições formais a serem preenchidas, condescendendo a ingerência por aspectos de humanidade, e sobretudo para a preservação de crenças religiosas.⁸¹

Kant (*Zum Ewigen Frieden*, 1795) enumerou seis leis que considera significativas na obtenção da paz perpétua, algumas *leges prohibitivae* outras *leges strictae* – estas últimas não são exceções às primeiras, mas considerações quando da aplicação das leis proibitivas. A não-intervenção surge como a quinta lei enumerada por Kant onde

⁷⁹ *Idem*, p. 356.

⁸⁰ *Idem*, p. 361-2.

⁸¹ *Apud*, CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da Comunidade Internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, Vol. LXXI, p. 291-292.

“[n]enhum Estado deve imiscuir-se com o emprego da força na constituição e no governo de outro Estado”⁸². A exceção ao princípio pauta-se no fato de existirem litígios internos dentro de um Estado:

A isso não se poderia concluir se um Estado se desmembrasse em duas partes por desunião interna, em que cada uma representasse para si um Estado particular que reivindicasse o todo, onde não se poderia ser considerado uma intromissão na constituição do outro prestar a um deles assistência por um Estado externo (pois há então a anarquia).⁸³

A doutrina, bem como a jurisprudência, identifica três regras de natureza consuetudinárias, formadoras do princípio. A primeira é a que proíbe um Estado de intervir nos assuntos internos de outro; a segunda proíbe um Estado de apoiar dentro do seu território atividades prejudiciais a outro Estado; e a última proíbe um Estado, na hipótese de conflito civil em outro Estado, o apoio aos insurretos.

Um dos mais significativos casos neste sentido é julgamento do *case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua – Nicaragua v. United States of América*, de 27 de junho de 1986.

Nesta ação movida pela República da Nicarágua ante a CIJ, reconheceram os juízes a inconsistência das alegações de legítima defesa coletiva sustentada pelos EUA em relação às atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua; entenderam os julgadores que os EUA treinaram, armaram, equiparam, financiaram e suprimam ou de qualquer outra maneira encorajaram as forças militares e paramilitares a atacar a República da Nicarágua, violando a obrigação imposta pelo DI consuetudinário de não intervir nos assuntos de outro Estado; reconheceram que indubitavelmente os EUA efetuaram ataques no território da Nicarágua nos anos de 1983 e 1984, violando a obrigação imposta pelo DI consuetudinário de não usar a força contra outro Estado, de não violar a soberania de outro

⁸² KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad. Marcos Antônio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 29-31.

⁸³ Idem, p. 29.

Estado, de não intervir nos negócios de outro Estado interrompendo a tranquilidade do comércio marítimo, dentre outras violações do DI.⁸⁴

Além disso, antes mesmo da jurisprudência – obviamente não foi a primeira a fazê-lo, contudo destaca-se em face da notoriedade⁸⁵ – reconhecer a existência de um dever de não intervir ou de um direito de não sofrer intervenção, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) já havia consagrado em seu art. 2º § 7 o princípio, no mesmo sentido a carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em seu art. 19º.⁸⁶

Certamente que as duas conflagrações mundiais, a ameaça nuclear, a Guerra Fria, as incontáveis violações do princípio da não intervenção⁸⁷, inculcaram um aparente terror entre as nações⁸⁸, que viveram longo período sob a égide do medo da guerra total.

⁸⁴ International Court of Justice. Case summaries. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America) (Merits). Judgment of 27 June 1986. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/inussummary860627.htm>, 10.09.2000.

⁸⁵ Em verdade o caso que traz a lume o primeiro julgamento invocando o princípio foi o caso do Estreito de Corfu. Neste a CIJ deu aplicabilidade ao princípio, condenando Albânia em favor da Inglaterra.

⁸⁶ Carta das Nações Unidas. “Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”. Carta de las Naciones Unidas. Disponível na internet: http://www.onunet.org.uy/igen_carta.htm#Cap1, 25.10.2000.

Carta da Organização dos Estados Americanos. “Artículo 19. Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.” Carta de la Organización de los Estados Americanos. Disponível na internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html>, 19.10.2000.

⁸⁷ Pode-se arrolar algumas das intervenções ocorridas desde a criação das Nações Unidas, que predominantemente se utilizaram da força militar de forma direta ou indireta, ou que tiveram repercussão mundial; assim, URSS com seu intervencionismo genérico, na Hungria (1956), Checoslováquia (1968), Afeganistão (1980), além do envolvimento nos conflitos do Vietnã, Etiópia, Cuba e Angola; os EUA na Guatemala (1952), Cuba (1961), República Dominicana (1956), Chile (1973), Argentina/Malvinas (1982), Granada (1983), Panamá (1989, com o pretexto de que o ex-presidente e Comandante Chefe do Exército General Noriega estava utilizando o Estado para canalizar drogas para os EUA), Nicarágua (por mais de dez anos, com ataques diretos nos anos de 1983 e 1984), Líbano (1958), Congo (1964), Zaire (1978), Vietnã (1965 até 1973 diretamente, depois até 1975 subvencionando as forças vietnamitas do sul), Camboja (1974), Irã (1980, pretendendo libertar seus diplomatas seqüestrados de um avião); ainda, ação anglo-francesa no Egito (1956); ação da Bélgica no Congo (1960-1964), e no Zaire (1978); Índia no Bangladesh (1971) na Sri-lanka (1987) e em Maldivas (1988); Turquia no Chipre (1974); Vietnã no Kampuchea (1978), Israel no Líbano (1982) em Uganda-Entebe (1976), França nos Comores (1995), no Zaire (1978). CASTRO. Op. cit., p. 310. MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 150-151.

⁸⁸ A “aparência de terror”, é destacada em função das teses de Aron. Para este autor, EUA e URSS, sempre se prostraram contra a guerra total ou mesmo o holocausto atômico, “[o]s reputam inimigos, apesar do seu parentesco, opinião que não é falsa mas que tende a ignorar o aspecto de solidariedade inconsciente ou

Este terror contribuiu para o estabelecimento de parâmetros mais sólidos para manutenção da estabilidade internacional. Neste sentido, a Assembléia Geral da ONU, utilizando-se de Resoluções⁸⁹, deu novos aportes que ampliavam, explicavam e tornavam mais lúcidos os elementos integrados ao princípio da não-intervenção contido na Carta da ONU, que ganhou contornos claros e significativos.

Apesar da precariedade da comunidade internacional⁹⁰ – do ponto de vista da ausência de uma centralização em sua organização e de uma autoridade superior, e da impossibilidade de assegurar eficácia nas sanções contra os Estados – a existência do princípio da não-intervenção, assegurou e assegura um mínimo de equilíbrio para as relações internacionais, que de outra forma estariam submetidas à completa barbárie, ao darwinismo. Pode parecer ingênuo a afirmação em face das constantes e perenes agressões praticadas no seio da comunidade internacional, caracterizando o completo desrespeito aos princípios positivo-consuetudinários que a regem. Contudo, a rede institucional formada pelas organizações internacionais, notadamente sistema ONU, servem de arrimo aos Estados.

A via institucionalista surge justamente como crítica ao neo-realismo – indigitada como responsável pelo suporte teórico que conduz as ações dos Estados centrais, na “produção” da desordem mundial –, enquanto esta aposta na sobrevivência do Estado por seus próprios meios, nas políticas de segurança, na dificuldade cooperativa entre os Estados e na propositada diminuição da capacidade de sobrevivência dos demais; aquela, acredita nas instituições como forma de tornar as relações interestatais mais precisas,

implícita que qualifica a hostilidade”. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 657.

⁸⁹ *Resolução n.º 2113(XX)* de dezembro de 1965, declara a inadmissibilidade da intervenção nos assuntos domésticos de Estados e a proteção da sua soberania; *Resolução n.º 2565(XXV)* de outubro de 1970, relativa às relações e cooperação entre Estados, considera intervenção, qualquer forma de ingerência ou ameaça atentatória a personalidade do Estado, ou de seus elementos políticos, econômicos e culturais, vedado o uso de medidas econômicas, coatoras, e a organização, fomento, instigação de atividades armadas terroristas com objetivo de alterar o regime de outro Estado; *Resolução n.º 36/103* de dezembro de 1981, que veda a interferência nos sistemas de informações e meios de comunicações, veda o reforço dos blocos militares existentes, bem como a criação de novas alianças militares, além de não usar o poderio econômico, na forma de assistência ou bloqueio, com objetivo de coagir.

⁹⁰ O DI, como ordem coercitiva que é, tem o mesmo caráter do Direito interno. Difere dele, porém, e assemelha-se com o Direito das sociedades primitivas, em razão de não instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas; encontrando-se numa fase embrionária da evolução. KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 358-9.

implementando cooperação e administrando os conflitos, oferecendo ganhos relativos para todos, minimizando os efeitos da desordem mundial.⁹¹

Parte destes valores – que têm pretensão de serem universais e superiores aos Estados⁹² – aparecem em recentes Resoluções da ONU, manifestados como “nova ordem humanitária internacional”, “corredores de urgência humanitária”, “direito de passagem sanitária”.⁹³

Enfim, independente da digressão mais avançada do princípio, trata-se de um princípio jurídico do DI – na ótica kelseniana –, já que reconhecido tanto consuetudinária, jurisprudencial e convencionalmente pelos sujeitos do DI. Logo seu desrespeito implica sanções.

⁹¹ A elaboração de regras coletivas, com penalidades para seus transgressores, implica a observação dos ditames estruturais da comunidade internacional e no conseqüente fortalecimento dos países “desarmados” de poder. “Estas regras, além disso, poderiam ser invocadas, inclusive, contra os mais fortes, trazendo para os diferentes foros impasses de cooperação que em termos acadêmicos seriam no mínimo interessantes, testando, caso a caso, os preceitos da teoria institucionalista, desmascarando relações de poder da perspectiva realista e, finalmente, introduzindo extrema riqueza na dupla dialética da relações internacionais” CANÍSIO, Márcia Jabôr. A dupla dialética das Relações Internacionais: Elementos para a elaboração de uma visão do Sul. *Revista Brasileira Política Internacional*. Rio de Janeiro: 1958-1992; Brasília: 1993-. Ano 39, n.º 2, 1996, p. 76-89.

⁹² Nos anos recentes observou-se uma flexibilização do conceito de não-intervenção, uma nova roupagem construída em torno dos Direitos Humanos. A chamada “Ingerência Humanitária” que poderia ser definida como um ato por intermédio do qual um Estado ou grupo Estados impõe sua autoridade para conduzir algum tema humanitário de caráter interno de outro Estado, com objetivo de auxiliar determinada população onde as autoridades locais são débeis para responder a situação manifestamente inferior ao mínimo humanitário. JAUDENES, José Antonio. La injerencia, una nueva forma de intervención: aspectos jurídicos y filosóficos. In. *A ingerência e o Direito Internacional*. Revista Nação e Defesa. Lisboa: Europress, 1996, p 36. Ainda, Canotilho que pergunta-se, se seria razoável decretar o fim do legado *westfaliano* e do sistema internacional concebido como um sistema horizontal interestatal baseado na igualdade soberana dos Estados. Os defensores deste novo *standard* acreditam que sim, que já se pode ter um constitucionalismo global, assentado sobre os direitos humanos, sugerem a adoção de novos padrões de conduta dos Estados, que constituem valores universais, e que são conseqüentemente limitadores da soberania. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Nova ordem mundial e ingerência humanitária: claros-escuros de um novo paradigma internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, Vol. LXXI, p. 5-6.

⁹³ As Resoluções n.º 43/131 e 45/100 da Assembléia Geral da ONU consagram importantes entendimentos no que tange ao princípio do livre acesso às vítimas de catástrofes naturais ou colocadas noutras situações de igual calamidade, quando o Estado a que pertencem as vítimas não obtém por suas próprias forças soluções

2.4. A ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional

Apesar de existirem elementos bastante significativos dentro do DI que limitariam ou mesmo impediriam um Estado de conduzir-se de modo a interferir nos negócios de outro Estado, no sistema atual, sob a qual está estruturada a comunidade internacional, não parece haver limitação para que um Estado legisle de modo a criar normas com a pretensão de serem observadas por outros Estados nos seus negócios internos.

Depreende-se dos fatos que não existem restrições de qualquer natureza que limitem a atuação de determinado Estado no que tange à produção de norma. Não há também, restrições para que determinado Estado submeta à sua jurisdição qualquer ato ou fato que entenda pertinente e passível de julgamento.

Neste sentido, o julgamento da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) do ano de 1927 e o referido caso *Lotus*. Kelsen lembra⁹⁴, que no caso *Lotus* ficou estabelecido que não existe nenhuma regra de DI que proíba um Estado de exercer jurisdição sobre um estrangeiro no que diz respeito a uma infração cometida fora de seu território.⁹⁵

No ano assinalado, um paquete francês de nome *Lotus* colidiu em alto-mar com o cargueiro turco *Boz-Kourt*, na rota de Istambul. Este acabou naufragando e provocando a morte de oito passageiros. A requerimento da promotoria de Istambul os comandantes de ambos os navios foram presos. O acusado francês argumentou que os turcos não eram competentes para julgar o caso, o que foi refutado em todas as instâncias, sendo ambos os

para os problemas. A 45/100 de 1990 indica a possibilidade dos países utilizarem-se de passagem sanitária ou corredores de urgência humanitária para atenderem vítimas de calamidades humanitárias.

⁹⁴ KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 303.

⁹⁵ "Lowe entende, que esta visão não integra o entedimento britânico sobre jurisdição: *"It is therefore clear that Britain did not subscribe to the view, advanced in the Lotus case, that international law allows states complete freedom in determining the ambit of their legislation except where a specific rule of international law circumscribes that freedom."* LOWE, A. V. Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British protection of trading interests act, 1980. *The American Journal of International Law*. Vol. 75, n. 2, April 1981, p.262-263.

comandantes condenados por homicídio culposo. Um acordo diplomático acabou por remeter à CPJI o julgamento do feito, com objetivo de dirimir o conflito de jurisdição.⁹⁶

A França advogava ante a CPJI 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 DI reconhecia a seu favor. O Estado turco, de modo contrário, defendia a idéia de que poderia exercer sua competência até onde esta não conflitasse com um princípio de DI.⁹⁷

Munida dos argumentos de ambas as partes, a CPJI começou lembrando que: i) as restrições à soberania não se presumem; ii) os Estados estavam obrigados a respeitar a soberania uns dos outros, não podendo exercer atos de jurisdição sobre o território alheio; iii) quanto ao exercício jurisdicional 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; iv) a jurisdição somente estaria limitada se existisse uma norma de DIP que lhes restringisse tal competência como regra geral⁹⁸; “[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.”⁹⁹

De modo diverso ocorre em relação à execução de qualquer ato proferido no âmbito interno de um Estado que tem pretensão de ver o fato positivado, sendo acatado em outro Estado; tal situação de modo geral é inviável. Primeiramente, em face da necessidade de colaboração institucional, legal e instrumental para que determinada prestação jurisdicional seja realizada além do limite territorial ordinário. Segundo, como argumento mais relevante, o DI demarca as órbitas territoriais de validade das diversas ordens jurídicas nacionais, considerando ilegal a intervenção de qualquer natureza nos interesses de um Estado soberano, conforme acima descrito. Trata-se, como argumento derradeiro, do direito que possui o Estado de não ter sua esfera de validade jurisdicional invadida pela vontade executória de um terceiro Estado.

⁹⁶ FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação Extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 105, p. 19-46, jan./mar. 1990, p. 23.

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁹⁸ Idem, *ibidem*.

⁹⁹ Idem, *ibidem*.

Assim, as palavras de Kelsen:

A limitação da esfera de validade da ordem coercitiva chamada Estado a um território definido significa que as medidas coercitivas, as sanções, estabelecidas pela ordem, têm de ser instituídas apenas para esse território e executadas apenas dentro dele. Na verdade, não é impossível que uma norma geral ou individual da ordem jurídica de um determinado país prescreva que um ato coercitivo deva ser efetuado dentro do território de outro Estado, e que um órgão desse primeiro Estado deva executar essa norma. Mas se tal norma fosse decretada ou executada, a decretação da norma e a sua execução, ou seja, o cumprimento do ato coercitivo dentro do território de outro Estado, seriam antijurídicas.¹⁰⁰

Neste sentido, os Estados teriam liberdade para legislar sobre qualquer assunto, assim estendendo sua jurisdição para aplicar a qualquer fato ou ato que entendessem pertinentes. As limitações à atividade legislativa decorrem da própria vontade estatal, que pode se auto-limitar com base nos interesses que possui, com base em tratados ou convenções ratificadas, ou mesmo em função da observação pragmática da realidade que limita a atuação legiferante do Estado. A esta pretensa tentativa de editar regras que valham além dos limites jurisdicionais de atuação do Estado, atribui-se, ocasionalmente, o nome de “extraterritorialidade” ou “exterritorialidade”.

A competência executiva que autoriza a prática de atos de execução, ou seja, atos materiais, concretos, tendentes a garantir a eficácia do direito, de modo geral, é regida pela regra territorial, sendo proibida a ação de um Estado dentro dos limites de atuação jurisdicional de outro. No que tange à competência legislativa e judiciária, não restam dúvidas sobre a liberdade do Estado para editar e até mesmo julgar norma que em seu conteúdo possuam elementos que impliquem contato com fatos alienígenas.

Por conseguinte, mesmo que o Estado edite norma com determinado intuito, e aplique esta norma, não poderá ultrapassar seu limite territorial para fazer concreta a norma individualizada. Neste sentido a ação consuetudinária internacional, os tratados internacionais e a legislação interna da maioria dos países que reconhecem elementos de cooperação internacional dentre eles: a extradição, as cartas rogatórias e o reconhecimento

de sentenças estrangeiras, dando azo a uma pretensa justiça universal, idéia mais adiantada no âmbito penal.

Contudo, como visto, a efetivação das decisões – leia-se execução – não se faz facilmente, tornando-se inócuas se ausentes os elementos de cooperação intergovernamental ou supranacional.

3. A ficção jurídica da extraterritorialidade: a profusão conceitual de um argumento ultrapassado

A tentativa de encontrar um fundamento histórico para extraterritorialidade ou mesmo uma explicação doutrinária para a mesma encontra percalços significativos. O desconcerto no que tange à origem do termo e sua utilidade são alguns destes percalços.

Aparece a terminologia, associada ao Direito Internacional Privado (DIPR), ou mesmo como sendo equivalente a este. Pode ainda ser igualado ao conflito de leis no espaço ou ser entendida, numa visão mais vetusta, como uma cortesia decorrente da reciprocidade no tratamento que os Estados dispensam uns aos outros e aos seus representantes diplomáticos. Contudo, a expressão é moderna, não tendo sido aludida pelos autores clássicos, que nem por isso deixaram de fazer alusão a elementos do instituto.¹⁰¹

3.1. A glosa criadora da ficção da extraterritorialidade

No encaixe de um fundamento histórico para o instituto da extraterritorialidade, um marco adequado poderia ser imaginado somente no medievo feudal, já que neste período a grande centralização de poderes nas mãos de um senhor dentro de um limite murado estabelecia a idéia de limites territoriais. Logo, a idéia de distinção entre os que estavam sob o poder, sob o mando do senhor e aqueles provenientes de outros feudos, submetidos a diferentes regras, vivendo sob o poder de outro senhor.

¹⁰⁰ KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 300.

¹⁰¹ “Le mot d’extraterritorialité est une expression toute moderne, qui ne se trouve pas dans les anciens auteurs; mais ceux-ci n’en avaient pas moins discuté et admis le principe. Aujourd’hui la doctrine a fini par prévaloir et faire des usages de toutes les nations civilisées”. CALVO, M. Charles. *Le droit international: théorie et pratique*. T. I. 2 ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1870, p. 648.

A coexistência de princípios contraditórios, surgidos das mais diversas tradições, e a necessidade de se adaptarem às características de uma sociedade flutuante, tornavam o período relativamente confuso¹⁰². O direito de julgar – todo o senhor desejava ser um juiz – permitia manter de forma eficaz o controle daqueles que viviam sob a tutela do senhor, evitando que se submetessem às resoluções de tribunais estranhos; constituindo-se no meio mais eficaz para proteger e dominar os seus servos.¹⁰³

O regime feudal se desenvolvia e consolidava, solapando a noção de personalidade para fazê-la substituir pela idéia oposta de territorialidade do direito¹⁰⁴. A própria estrutura feudal era de molde a estimular esta conceituação territorial do direito, de vez que a dissociação do Estado, o enfraquecimento do poder central, a instituição de um escalonamento gradativo de poderes ligados um ao outro pelo juramento de vassalagem, até os mais humildes súditos que em troca de proteção recebiam e prestavam ao suserano obediência e fidelidade.¹⁰⁵

Neste período feudal e autoritário, o sistema político preponderante repousava num conceito elevado de soberania, que refletia o poder do senhor; *leges non valent ultra territorium*. Um princípio rígido, que foi necessariamente forçado a inclinar-se ante os interesses dos povos vizinhos, e que acabou criando uma doutrina de cortesia e reciprocidade.¹⁰⁶

¹⁰² “Por encima de la multitud de señoríos, de las comunidades familiares o campesinas y de los grupos de vasallaje, se elevaban, en la Europa feudal, diversos poderes, cuyo horizonte más extendido tuvo como precio una acción mucho menos eficaz, pero cuyo destino, sin embargo, fue mantener en esta sociedad fragmentada ciertos principios de orden y de unidad. En la cima, reinos e Imperio sostenían su fuerza o sus ambiciones de larga historia. Más abajo, tipos de dominio más recientes se escalonaban, en una gradación casi insensible, desde el principado territorial hasta la simple baronía o castellanía”. BLOCH, Marc. *La sociedad feudal: las clases y el gobierno de los hombres*. Trad. Eduardo Ripoll Perello. México: Uteha, 1958, p. 113.

¹⁰³ *Idem*, p. 94-95.

¹⁰⁴ Nem sempre tal afirmação poderia ser constatada: entre os germanos, por exemplo, não existiam feudos mas sim o sistema da vassalagem; e “[n]ão havia feudos porque os príncipes não tinham terras para doar; ou melhor, os feudos eram cavalos de batalha, armas, refeições”. MONTESQUIEU. *Op. cit.*, p. 619.

“O príncipe só sustentava suas liberalidades com guerras e rapina. É mais difícil persuadi-los a lavrar a terra e a esperar o ano do que a provocar o inimigo e a receber ferimentos; eles não vão adquirir com suor o que podem obter com sangue”. TÁCITO. *De moribus Germanus*. Cap. xiii e xiv. *Apud* MONTESQUIEU, p. 619.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 160-161.

¹⁰⁶ LOPES. *Op. cit.*, p. 388.

Dentro de outro contexto – na interpretação de Caio Mário da Silva Pereira – os romanos que construíram muitos dos ramos da ciência jurídica não forneceram bases para o DIPR¹⁰⁷. Neste sentido, teriam sido inúteis os esforços dos que procuram filiar à *jurisdictio* do *praetor peregrinus* e ao *ius gentium* a origem de tal disciplina. Lembra que o direito era obra dos cidadãos – *cives* –, e a condição para gozá-lo era a qualidade inerente ao homem membro da comunidade – *civitas*. Com o alargamento territorial, ampliou-se a idéia de reconhecimento de direitos aos não romanos, mas, como a estes não se poderia levar o direito da cidade, instituiu-se uma jurisdição especial. A adoção de tal medida fez surgir junto do direito da cidade – *ius civile* – o *ius gentium*, invocável pelos não-romanos e aplicado as suas pendências.¹⁰⁸

De fato, os romanos não poderiam ter concebido uma noção do instituto da extraterritorialidade pelo motivo óbvio decorrente da forma como estruturavam suas castas sociais; o Direito Romano era eminentemente civil, ou seja só se destinava ao cidadãos romanos – denominavam *status civitatis* a dependência de um indivíduo à uma comunidade juridicamente organizada¹⁰⁹. Ou seja, não havia um “ambiente legal” favorável ao desenvolvimento de direito internacional, pelo simples fatos que era inadmissível por parte dos romanos considerar outros povos, como pessoas. A *Lex Roscia* estendeu sua cidadania a outros povos – residentes na península itálica. Contudo, nunca eram reconhecidos como sendo iguais aos romanos.¹¹⁰

Observando que os povos conquistados possuíam suas regras jurídicas próprias, permitia-se a certos estrangeiros manterem direitos especiais.¹¹¹

¹⁰⁷ Para este autor, o DIPR é formado pelo conjunto de princípios, devidamente deduzidos e sistematizados, destinados a determinar quando e em que casos, e de que maneira pode ser invocado e aplicado o *ius extraneum* ou aplicação exterritorial da lei. PEREIRA. Op. cit., p.160-161.

¹⁰⁸ Idem, p. 162.

¹⁰⁹ “Peoples that had no regular state organisation were called bandits or brigands (*latrones aut predones*), and dealt with as such.” KLEFFENS, Eelco Nicolaas van. *Sovereignty in International Law. Recueil des Cours*, t. 1, v. 82. A. W. Sijthoff, 1953, p. 16.

¹¹⁰ “The legal climate - if this expression is permitted - of Rome was not favourable to the development of international law, the reason being a constant tendency of the part of Rome to consider other peoples as people beyond the pale, people with whom you can have dealings, but essentially on a footing of superior versus inferior. Rome was Rome (though its citizenship was extended to Italians by the *Lex Roscia*), and none was acknowledged as being its equal. The rest of the Roman orbit was no, it is true, considered as conquered territory to be annexed to such as Rome already possessed, but as the land of other people, bound to Rome by ties of more or less close and in any case permanent dependence”. Idem, p. 14-15.

¹¹¹ “As with international law in general, so with sovereignty. As sovereign states around Rome grew fewer in number until those left were no longer of any great consequence, there simply was no need, and hardly any

Foi no ano de 242 a.C., que se estabeleceu em Roma a magistratura privativa do *praetor peregrinus*, ou juiz de estrangeiros, incumbido de julgar os litígios entre cidadãos e peregrinos, ou entres estes. Os peregrinos faziam parte do Império Romano, eram súditos, e a eles se destinava o *ius gentium*. O *Praetor* exercia autoridade suprema; investido em suas atribuições encarnava a soberania do povo romano. Não só julgava, mas criava e transformava o direito. Deste modo, ao lado do *ius civile* foi-se formando o *ius gentium*. Este era a negação do DIPR, já que destinava à direta apreciação de relações estabelecidas entre peregrinos, uns com os outros, ou entre romanos e peregrinos. Não tendo portanto, os romanos concebido princípios com a finalidade de solucionar os pretensos conflitos de leis no espaço, mesmo porque sua dogmática não podia concebê-los.

As formas básicas de vida das sociedades romano-germânicas da Alta Idade Média e os três grandes poderes ordenadores que a antigüidade tardia tinha deixado, quais sejam, os restos da organização do império romano do ocidente, a Igreja Romana e tradição escolar da antigüidade tardia, trouxeram à cultura jurídica européia contributos importantes. Assim, não deixa de ser curioso observar que as anotações ou interpretações a um determinado conjunto normativo romano deram nascimento, segundo a interpretação de alguns autores, à idéia da extraterritorialidade.

A história do direito privado moderno inicia-se na Europa com a redescoberta do *Corpus Iuris Justinianeu*¹¹². Uma ciência jurídica européia surgiu, quando, pelos inícios da Alta Idade Média, as formas de comentários e de ensino do *trivium*¹¹³, herdadas da antigüidade foram aplicadas ao estudo do *Corpus Iuris Justinianeu*.¹¹⁴

place, for a doctrine of sovereignty. I have already mentioned that the Romans knew the idea of sovereign states outside their own: the "liberi populi externi", in addition to Rome itself the forerunners, in a way, of modern sovereign states. But as to analysis of definition there is, so far as I know, only on single quotation to be mentioned. That is a quotation well worth remembering, being the starting-point of important developments in the Middle Ages which will occupy our attention hereafter". Idem, p. 16.

¹¹² Em 527 d.C. é levado ao trono em Constantinopla Justiniano, este cuidou de reunir todas as constituições imperiais vigentes. No ano de 529 estava prônta a *Novus Iustinianus Codex*. Ainda, compilou mais de dois mil livros que reunidos formaram o *Digesto* ou *Pandectas*, as *Institutas* que formavam um manual introdutório para o estudo da norma compendiada no *Digesto*, e as *Novelas* que reuniam as constituições promulgadas por Justiniano. Este conjunto de quatro obras o romanista francês Dionísio Godofredo, em 1538, denominou *Corpus Iuris Civilis*, designação essa que é hoje universalmente adotada. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. T. I. 4 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 60-62.

¹¹³ Pensamento pedagógico grego da Paideia que sobrevivia nas escolas romano-helenísticas e no ensino elementar, constituído pelo *trivium* da gramática, da lógica (dialética) e da retórica. Durante a Alta Idade Média a formação jurídica foi incluída ao *trivium*; já que escolas especificamente jurídicas só existiam no oriente bizantino. Desde Constantino, o ensino trivial constituía a base de formação para os funcionários da

Durante a segunda metade do século XII, desde o ano de 1152 até o ano 1190, imperou Frederico I de Hohenstaufen. Seu reinado foi marcado pela luta contínua contra as cidades italianas – Milão, Bolonha, Florença, Módena, Pisa, Pavia, Perusa, Veneza – consideradas parte do império. Estas, desde o século anterior manifestavam o desejo de autonomia, e contra a insegurança geral resultante da ausência do imperador, adotaram seu próprio regime administrativo e judiciário. No ano de 1158, pela *Dieta de Roncaglia* e um conseqüente acordo, ficou estabelecido que somente seriam reconhecidos privilégios de autonomia que tivessem sido concedidos pelo imperador.¹¹⁵

O acordo de Roncaglia não havia sido observado, e Frederico I retomou as ofensivas destruindo completamente a cidade de Milão no ano de 1162. Em 1167, dezenove cidades italianas formaram a Liga Lombarda e acabaram por derrotar o imperador na batalha de Legnano de 1176. Em 1177, firmou o Tratado de Veneza com a Liga Lombarda estabelecendo uma trégua até o ano de 1183, quando o imperador reconheceu a autonomia para as cidades integradas à liga. Na medida do tempo os laços com o imperador foram enfraquecendo – pagamento de reparações, concessões do imperador, unilateral afirmação das cidades – alcançando por fim a liberdade.¹¹⁶

As cidades libertas possuíam seu próprio sistema jurídico, denominado *statuta*, em oposição ao direito romano que era a *lex*, que passou a ser considerado direito comum aplicável sempre que a *statuta* se mostrasse omissa; acrescido a estes dois ordenamentos, o direito estrangeiro. O surgimento de conflitos entre as três esferas normativas fez com que os juristas recorressem às glosas para solucionar os problemas porventura existentes na aplicação das normas.

justiça. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2. ed. Trad. António Manuel de Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 18-19 e 30.

¹¹⁴ Idem, p. 11.

¹¹⁵ “In those Italian communities there set in a reaction against the general insecurity resulting from oppression by feudal lords and the lack of effective power, in the those distant parts, on the side of the emperor”. KLEFFENS. Op. cit., p. 25.

¹¹⁶ “But the sap of freedom was running too strong, and the settlement of Roncaglia soon set at naught. Warfare ensued. At first the emperor had the upper hand. Milan was utterly destroyed (1162) because of the lead it had taken in the emancipation movement. But the fortunes of war turned: the cities banded together in the Lombard League, and in the battle of Legnano (1176) a decisive victory was won by the communities. As a result, peace was signed at Constance in 1183. But although all privileges of the cities were admitted, the link which kept them under the empire was upheld. Gradually, however, this link came to be severed by means of grants, or against payment, or simply by unilateral affirmation by the communities, and in the end they were what we would call fully sovereign states.” Idem, *ibidem*.

Em Pisa, no ano 600, encontrava-se um magnífico exemplar do Digesto ou Pandectas, denominado *Digesto Pisano*. Quando os florentinos derrotaram os pisanos no ano de 1406 o documento foi transferido de Pisa para Florença recebendo a denominação de *Pandectas Florentinas*.

O *Digesto Pisano* ficou esquecido por mais de quinhentos anos¹¹⁷. Somente na segunda metade do século XI é que a Condessa de Toscana obteve consentimento dos poderes públicos para ser ensinado o direito romano. Em Bolonha no ano 1100 é que Irnerius introduziu o ensino da disciplina separando-a da gramática e da retórica, passando a glosar o Digesto Pisano, mediante explicações, breves notas interlineares ou marginais, abarcando todo o *Corpus Iuris*.

Ora, esses glosadores, juristas filiados à escola de Bolonha, foram na Itália os primeiros a tratar de apreciar especificamente os fatos anormais; e assim se explica porque as primeiras regras italianas de apreciação desses fatos fossem alcançados pelos glosadores à margem dos textos do *Corpus Iuris Civilis*, como supostos esclarecimentos ao sentido destes, quando é certo que em direito romano não se encontra nem uma regra referente ao assunto.¹¹⁸

A *summae* demonstrava e representava a expressão típica do trabalho sintético e sistemático do jurista bolonhês, apresentava claramente a habilidade para dominar o texto, condensando de modo significativo a substância inteira de um título, livro ou assunto. Na forma mais robusta deles, as *summae* dos glosadores mostraram parte do direito compilado por Justiniano, com atenção ao *Codex*. Algumas das destacadas sumas podem ser apontadas, assim, a célebre *Summa Trecensis* (atribuída por Fitting, de acordo com uma hipótese rejeitada hoje, ao líder Irnerius), o *Summae codicis* dos juristas Rogério e Piacentino e, o *Summa codicis di Azzone* permanecendo modelo não superado por mais de quatro séculos.¹¹⁹

¹¹⁷ Wieacker traz a lume interessantes considerações sobre o surgimento, interrupção e recomeço da influência do Direito Romano na Alta Idade Média, apresentando a tese de Fitting sobre permanente influência em determinadas escolas, dentre outras. WIEACKER. Op. cit., ver p. 29-35.

¹¹⁸ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 137.

¹¹⁹ “Le *summae*, che rappresentano l'espressione più tipica del lavoro sintetico e sistematico dei giurista bolognesi, vale a dire la loro capacità di dominare il testo 'dall'alto'. Si tratta di opere in cui viene

A mais relevante, para o DIPR, das glosas feitas refere-se à terceira parte do *Corpus Juris Civilis*, conhecida como *Codex*, que contém uma constituição dos imperadores Gratianus, Valentinianu e Theodosius chamada de *Summa Trinitate et Fide Catholica*. Nesta lê-se: “Queremos que todos os povos, os quais o poder de nossa Clemência rege, sejam versados em religião semelhante àquela que o Divino Apóstolo Pedro transmitiu aos Romanos...”¹²⁰

A glosa acrescentada ao texto tem o seguinte conteúdo: “Porém, se um bolonhês for acionado em Módena, não deve ser julgado segundo os estatutos de Módena, aos quais não está submetido, conquanto se diga que a eles rege o poder de nossa Clemência.”¹²¹

Castro não afirma que nesta glosa estaria a gênese da idéia de extraterritorialidade. Para ele, a constituição da *Summa Trinitate et Fide Catholica* não continha qualquer alusão à prática de atos anormais, tampouco no Direito Romano havia qualquer referência ao DIPR. Contudo, a glosa acabou por ler entre as linhas do enunciado um das primeiras regras desta natureza.

Osiris Rocha¹²², contudo, afirma que é justamente de tal fato que surge a idéia da extraterritorialidade das leis, logo, originada no século XI, na Itália medieval, da interpretação da constituição da *Summa Trinitate et Fide Catholica* que indicava que os povos não regidos pela leis locais deveriam sê-lo por suas próprias regras jurídicas. Regras jurídicas reais eram, contudo, consideradas territoriais enquanto que as regras jurídicas pessoais teriam por conseqüências eficácia extraterritorial.¹²³

*condensata in modo pregnante la intera sostanza di un titolo, di un libro o di un argomento. Nella loro forma più robusta le summae dei Glossatori imbrigliano addirittura una parte della compilazione giustiniana, di preferenza il Codice. In particolare, in questa operazione, il Codex presta una intelaiatura preconstituita nella quale viene però racchiusa una vera e propria trattazione generale che deriva dalla messa a frutto dell'intero corpus iuris. Celebri sono la Summa Trecensis (attribuita dal Fitting, secondo un'ipotesi oggi respinta, al caposcuola Irnerio), le Summae codicis dei giuristi Rogerio e Piacentino e, sopra ogni altra, la Summa codicis di Azzone (inizio secolo XIII) rimasta modello insuperato per più di quattro secoli.” CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giurido*. T. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1982, p. 111.*

¹²⁰ CASTRO. Op. cit., p. 138.

¹²¹ Segundo Pontes de Miranda o célebre trecho se crê pertencer a Acursio: “*Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest*”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, p. 52.

¹²² Rocha é o atualizador e revisor da obra de Castro.

¹²³ ROCHA, Osiris. Extraterritorialidade. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Vol. 36. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 1.

Os sistemas jurídicos próprios das cidades italianas denominavam-se *estatutos*. E a doutrina que procurou disciplinar sua incidência nas relações privadas internacionais, chamada doutrina estatutária, neles passou a distinguir os *estatutos pessoais* ou atinentes às pessoas, dos *estatutos reais* ou relativos de qualquer modo aos bens.

Os estatutos pessoais, admitia-se, seguiam as pessoas e as acompanhavam onde quer que fossem, fora dos respectivos territórios, regulando-lhes por modo uniforme o estado e a capacidade. Os estatutos reais tinham, ao contrário, um caráter estritamente territorial.¹²⁴

3.2. As cidades comerciais italianas e ficção da extraterritorialidade

Uma segunda hipótese aventada para a origem da expressão decorre de um período da Idade Média, quando de fato a expressão ganha uma amplitude bem mais significativa. Decorrente do poderio e grandeza das cidades comerciais, era comum que se concedesse aos mercadores estrangeiros um privilégio especial, que consistia na possibilidade de residir em setores independentes de determinadas cidades onde suas próprias leis tinham aplicação. Somente o desenvolvimento do princípio da soberania territorial acabou por extinguir o privilégio.

As repúblicas marítimas italianas de Pisa, Gênova e Veneza tinham a concessão de tais porções territoriais em Estados bizantinos-ortodoxos da Idade Média; eram bairros comerciais com jurisdição consular extraterritorial. O Estado de Veneza fora um dos mais hábeis negociadores impondo suas leis comerciais onde quer que estivessem, contudo, não o faziam pela força militar ou por pressões políticas diretas, mas sim pela própria forma flexível como que conduziam sua política comercial. Apesar de súdita de Bizâncio, conforme estabelecido pelo Tratado franco-bizantino de 812, não tardou a obter sua independência; no ano 1000 já havia convertido todo Mar Adriático em sua propriedade, convertendo-se na primeira potência marítima do Mediterrâneo.¹²⁵

Os bairros apresentavam uma estrutura interessante e o tamanho e a importância decorriam dos fluxos comerciais. Cada um deles mantinha um *bailliage*, um

¹²⁴ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. Vol. 1. T. II. São Paulo: Max Limonad, 1960, p 506-507.

edifício oficial onde estava a sede do *bailio* – nome que recebia o agente “diplomático comercial” –, um depósito, um tribunal e uma igreja. Alguns bairros eram murados e possuíam fortalezas próprias. Além da extraterritorialidade dos bairros mercantis, os tratados firmados entre o Estado de Veneza e Bizâncio, bem como com Estados islâmicos e “Estados cruzados do oriente”, asseguravam imunidade dos representantes diplomáticos, livre exercício da religião, jurisdição consular, proteção jurídica da personalidade e sucessão hereditária, liberdade de comércio, navegação, tráfico e estabelecimento; iguais direitos reconhecidos nos posteriores tratados de capitulação.¹²⁶

As cruzadas abriram caminho para o comércio e os venezianos ergueram bairros comerciais autônomos¹²⁷ no litoral da Palestina e Síria, em Creta, em Acre e Tiro, em Trípoli, Armênia, Negroponte, Koron e Modon, em Ragusa, Zara, Clugia, Parenzo, Trieste, Constantinopla, Morea, Chipre e Candia, dentre outros. Cada um dos bairros era considerado parte do Estado de Veneza fora do seu território.¹²⁸

–Tal hipótese não se contradita com a idéia das glosas, trata-se de uma outra teoria que identifica neste processo comercial o surgimento de regras com validade, verdadeiramente, extraterritoriais, já que o Estado estenderia sua jurisdição sobre um limite territorial onde normalmente outro Estado deveria exercê-lo.

3.3. O regime das capitulações e a exceção à territorialidade da norma local

Um outro enfoque dado à extraterritorialidade surge no âmbito da ascensão de regras universais de respeito aos estrangeiros. Assim, a imposição de regras especiais para estrangeiros residentes ou em passagem por países reconhecidos como “não civilizados”.

¹²⁵ STADTMÜLLER, Georg. *Historia del Derecho Internacional Publico*. Parte I. Trad. Francisco F. Jardon Santa Eulalia. Madrid: Aguilar, 1961, p.100-102.

¹²⁶ Idem, p. 107-109.

¹²⁷ Semelhante processo ocorreu quando do estabelecimento de colônias alemãs nas terras orientais da Europa Central. Os Reis de Boêmia, Hungria-Croácia e Polônia-Lituânia chamaram os colonos alemães e lhes concederam autonomia administrativa às cidades comerciais, acampamentos de garimpeiros e colônias agrícolas. Eram chamados de hóspedes do rei – *hospites regis* – e de modo geral viviam submetidos às leis dos Estados de onde provinham.

¹²⁸ Idem, p. 107-100.

A Turquia permaneceu reconhecendo e respeitando leis estrangeiras para os seus “hóspedes”, em face do caráter das leis maometanas. Existiam pois, motivos para permitir aos residentes estrangeiros continuarem submetidos às leis dos seus próprios países. Ao caducar, o sistema foi substituído pelo de “jurisdição extraterritorial”, baseado em parte sobre o costume e em parte sobre tratados e obrigações unilaterais conhecidos com “capitulações”. Neste sistema de capitulações, os cidadãos estrangeiros deveriam ser julgados por tribunais diplomáticos ou consulares que atuavam de acordo com a lei de distintos estados.¹²⁹

Iniciada a Primeira Grande Guerra, a Turquia denunciou o acordo do sistema de capitulações que considerava ofensivo e significava uma restrição a sua soberania. Os EUA não aceitaram a posição turca e ao término da Primeira Guerra o regime foi restabelecido. Com o Tratado de Lusana de 1923, acabaram as partes acordando com o fim do sistema que somente foi aceito pelos EUA no ano de 1931 em outro Tratado.¹³⁰

No transcurso do século XIX, o sistema se estendeu a outros países não cristãos – Abissínia, Bulgária, China, Egito, Irã, Iraque, Japão, Marrocos, Palestina, Sião e Síria – cujos costumes e sistemas legais diferiam radicalmente dos europeus. Em 1899, o Japão conseguiu libertar-se das limitações impostas à sua soberania ao excepcionar os estrangeiros de sua jurisdição local.

No Egito, em 1876, estabeleceu-se um sistema especial de tribunais mistos¹³¹ que se ocupavam de casos civis e comerciais. Para cumprir com suas disposições, o governo egípcio deveria designar um corpo de juizes, integrado em parte por nativos e parte por estrangeiros; estes eram nomeados pelos respectivos governos que integravam o regime de capitulação. Em 1937, estabeleceu-se a Convenção de Montreux, que estabelecia o fim

¹²⁹ FENWICK, Charle G. *Derecho Internacional*. Trad. Maria Eugenia I. de Fischman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 310.

¹³⁰ Idem, *ibidem*.

¹³¹ Os tribunais consulares ou mistos, são um exemplo de exercício jurisdicional sobre o território alheio, hoje inteiramente abolidos. De modo geral eram impostos aos Estados estrangeiros cujo direito era considerado não civilizado nem adequado para as questões de comércio e o julgamento de criminosos europeus. KAPLAN, Morton A e KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do Direito Internacional*. Trad. Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 185.

completo de todas capitulações, dentro de um período de dez anos – o prazo decorria de uma necessidade de adaptação.¹³²

Durante muito tempo – desde o Tratado de Nanquim, de 1842 – a China reclamou dos abusos cometidos no gozo de direito extraterritoriais por parte de estrangeiros. Contudo, somente no ano de 1943, é que se libertou, por intermédio de tratados, das amarras jurisdicionais de EUA e Grã-Bretanha.

O Brasil obteve o privilégio da capitulação na Turquia, por efeito de tratado assinado em 1858¹³³, que acabou denunciado pelo governo otomano no ano de 1911. Na China do mesmo modo, foi beneficiado por tratado desde 1881¹³⁴, tendo sido suprimido o privilégio no ano de 1943.

Comenta o assunto Pontes de Miranda, em noutro contexto:

A competência para legislar, julgar e executar é supra-estatalmente distribuída pelos Estados que existem na Terra, separados eles como tanques, só excepcionalmente comunicáveis, de atividade legislativa, executiva e judiciária. Conforme é maior a influência de direito ou de fato entre eles, são independentes de direito, ou dependentes de direito, como ocorre com as colônias, e independentes de fato ou dependentes de fato, conforme a pressão que sobre eles exerçam os outros Estados. Algumas formas de dependência de direito criam no interior dos Estados corpos julgadores, ou isenções de jurisdição, a que se chama *exterritorialidade*. Toda essa teratologia jurídica provém do excesso despótico dos séculos dos descobrimentos e dos séculos posteriores do capitalismo, na sua fase expansiva.¹³⁵

Vale ainda lembrar uma limitação que aproxima muito do regime das capitulações, que foi sofrida pelo Brasil, em relação à nacionalidade das partes em

¹³² FENWICK. Op. cit. p. 310.

¹³³ Decreto n.º 2268 de 2 de outubro de 1858. Tratado de amizade, comércio e navegação, assinado em Londres em 05 de Fevereiro de 1858. Trocaram-se as ratificações, na mesma cidade a 18 de maio, sendo a do Brasil de 10 de abril do mesmo ano. OLIVEIRA, José Manoel Cardoso. *Actos diplomaticos do Brasil: Tratados do periodo colonial e varios documentos desde 1493*. Vol. I. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1912, p.255. (ed. fac-simile, Brasília: Senado Federal, 1997)

¹³⁴ Decreto n.º 8651 de 24 de agosto de 1882. Tratado de amizade, comércio e navegação, assinado na cidade de Tien-tsin em 03 de Outubro de 1881. Trocara-se ratificações, em Shangai a 3 de junho de 1882, sendo a do Brasil de 4 de março do mesmo ano. Idem, Vol. II. p. 108.

determinadas demandas. A mais significativa neste sentido é a do “juiz conservador da nação britânica”.¹³⁶

O privilégio do juiz conservador – magistrado que conservava, fazia guardar os privilégios de corporações e nacionais do país que representava¹³⁷ – fora adquirida pela Inglaterra em Portugal, desde a Carta Régia de 29 de outubro de 1450, confirmado novamente pelo Tratado de Westminster assinado entre Portugal e Inglaterra em julho de 1654. Contudo, desde agosto de 1400, os ingleses já gozavam dos mesmos privilégios concedidos aos mercadores estrangeiros. O privilégio foi estabelecido no Brasil pelo art. 10 do Tratado de Comércio e Navegação de 19 de fevereiro de 1810. Não se tratava de um juiz inglês, mas de juiz nacional escolhido pelos súditos ingleses residentes no local da jurisdição. Aprovada a escolha pelo representante de relações exteriores da Grã Bretanha, teria seu nome submetido à apreciação do rei local, que poderia vetá-lo procedendo nova escolha. Na data de 9 de novembro de 1844, o cargo de juiz conservador da Nação Britânica foi abolido.¹³⁸

A cidadania das partes, modernamente, é elemento irrelevante para a determinação da competência jurisdicional, como já assegurava o art. 151 do CPC de 1939¹³⁹. O art. 88 do CPC vigente assegura à autoridade brasileira competência para julgamento, qualquer que seja a nacionalidade da parte. “Em tempos idos, todavia, elementos de ordem personalíssima das partes eram influentes na fixação da competência, tais como o *status* dos

¹³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de processo civil*. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 171.

¹³⁶ “A justiça, pelo menos para os ingleses, não dependia em nada dos brasileiros. O tratado de 1810 garantia que todos os súditos britânicos jamais seriam submetidos à humilhação de receber tratamento diferente do que estavam acostumados em casa: mesmo no Brasil, eles só podiam ser julgados por um tribunal inglês, e de acordo com suas próprias leis, inclusive nas causas comerciais. O tratado de reconhecimento da independência de 1826, renovou o privilégio. Então já era famosa na cidade uma segunda instituição inglesa, a onipresente figura do juiz conservador. Quase tão eficiente quanto os cônsules para reclamar, nunca deixava um bom inglês no desamparo. Se havia desembarque complicado na Alfândega, ele estava lá para brigar com os fiscais: determinava a seu bel-prazer o valor das mercadorias para o recolhimento do imposto, invocando seu poder para lesar o fisco. Em certos casos, por exemplo quando um comerciante português precisava cobrar débitos de um inglês, fazia o atrevido passar por um calvário – e este não podia recorrer às autoridades nem às leis de seu próprio país. Até mesmo os marinheiros que a polícia prendia cantando bêbados na porta das igrejas, em pleno domingo, muitas vezes acabavam soltos: o juiz conservador ia até a delegacia para dizer que só ele podia julgar os delitos daqueles cidadãos”. CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 110.

¹³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 126.

¹³⁸ PEREIRA, Pinto. *Coll. de Leis*. Vol. II, p. 282. *Apud* OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 146.

litigantes (nobre, eclesiástico) ou sua nacionalidade (v.g. a prevalência de juízo de exceção estrangeiro sobre o juízo territorial, em causa de interesse em países sob estatuto colonial ou semicolonial.”¹⁴⁰

3.4. Imunidade de jurisdição local e extraterritorialidade

A doutrina da igualdade dos Estados deu mais força para as teses defensivas em torno da autonomia estatal, tendo sido introduzida no DI por autores jusnaturalistas. Segundo Oppenheim, a doutrina da igualdade resultaria em: i) Estados com o mesmo número de votos e mesmo valor, na hipótese de resolução de problemas por acordo comum; ii) nenhum Estado poderia ter pretensão jurisdicional sobre outro; iii) os tribunais de um Estado não poderiam questionar a validade dos atos oficiais de outro Estado desde que se destinassem a valer apenas no domínio da sua jurisdição.¹⁴¹

Pragmaticamente, o raciocínio jusnaturalista não encontra razão nos fatos. Os Estados são manifestamente diferentes: força, riqueza, tamanho, população, grau da civilização são componentes que atestam esta condição. São ainda diferentes quando, por intermédio de tratados, acordam restrições a seus direitos fundamentais.¹⁴²

São muitos os exemplos de situações que restringem os direitos fundamentais do Estado. Os principais são: i) a imunidade de jurisdição local; ii) as capitulações; iii) certas restrições ao direito de propriedade; iv) neutralidade permanente; v) proteção das minorias¹⁴³. Em verdade, não são restrições consideradas ilícitas, já que muitas são reconhecidas pelo DI ou são decorrentes de tratado. Dentre as cinco restrições, somente a primeira e a segunda interessam para o desenvolvimento do tema. A segunda já foi objeto de estudos; segue o trabalho com a primeira.

¹³⁹ Art. 151. Não influirão na competência do juízo as transformações posteriores à propositura da demanda e relativas ao domicílio, à cidadania das partes, ao objeto da causa ou ao seu valor.

¹⁴⁰ CARNEIRO. Op. cit., p. 126-129.

¹⁴¹ OPPENHEIM L. *Internacional Law*. Apud. BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Grucho de Almeida. 4ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 128.

¹⁴² Princípios consagrados pelos Arts. 10º e 11º da Carta da Organização dos Estados Americanos. “Artículo 11. Todo Estado americano tiene el deber de respetar los derechos de que disfrutaban los demás Estados de acuerdo con el derecho internacional. Artículo 12. Los derechos fundamentales de los Estados no son susceptibles de menoscabo en forma alguna”. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Disponível na internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html>. 19.10.2000.

A “imunidade de jurisdição local” é uma construção teórica que garante a determinadas pessoas estrangeiras, diante de função exercida ou da situação em que se encontram, a faculdade de não se submeterem a jurisdição do local onde por hipótese estão, também recebe a denominação de extraterritorialidade ou exterritorialidade.

Para Beviláqua, “[o] conjunto das imunidades e prerrogativas que colocam o ministro fora de ação da justiça e da administração local costuma ser designado pela palavra extraterritorialidade”, tratando-se pois, de uma ficção inadmissível perante a moderna ciência do direito internacional.¹⁴⁴

Apesar de consagrada, a ficção da extraterritorialidade¹⁴⁵ é falsa e inútil. Falsa já que o fato de existir uma representação do Estado fora do seu território não significa que a sede desta representação seja parte do território do Estado. Se assim o fosse, por exemplo, o cometimento de delito por pessoa estranha à legação diplomática dentro da sede da representação acarretaria a impossibilidade do país receptor de processar e julgar o delito. E inútil, já que seu objetivo – assegurar a liberdade e independência, ao enviado diplomático, a fim de que possa bem desempenhar a sua missão – é facilmente cumprido por outra instituição amplamente reconhecida pela comunidade internacional, qual seja, o da imunidade.¹⁴⁶

Outra não é a opinião de Brierly. Para este autor, quando o DI subtrai no todo ou em parte à jurisdição de um Estado, uma pessoa ou uma coisa que materialmente se encontra dentro do seu território, costuma chamar-se “extraterritorialidade” a esta situação,

¹⁴³ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. Atual. por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 116.

¹⁴⁴ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito Público Internacional: a synthese dos principios e a contribuição do Brazil*. T. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910, p. 423-425.

¹⁴⁵ Ver fluxograma n.º 3.

¹⁴⁶ “Le droit de jurisdiction, conséquence et attribut du droit de souveraineté intérieure, est restreint par l'exterritorialité. On désigne par ce mot certaine immunité de droit public, qui exempte certaines personnes du pouvoir de juridiction de l'Etat sur le territoire duquel elles se trouvent. L'expression exterritorialité est consacrée: mais elle est mauvaise. Elle paraît impliquer une fiction, d'après laquelle ces personnes sont réputées, censées n'avoir pas quitté le territoire dont elles sont sujettes. Or cette fiction, commodité dangereuse, doit être rejetée: elle aurait un caractère trop absolu et engendrerait des conséquences inadmissibles. Par exemple. les actes passés par une personne exemptée seraient régis quant à la forme par la loi de son domicile; on ne pourrait leur appliquer le règle de Droit international privé: locus regit actum: conséquence repoussée par tout le monde. L'expression immunité de jurisdiction est donc plus correcte et plus exacte. Elle indique un privilège basé sur la nécessité de sauvegarder la liberté de parole et d'acte de certaines personnes, sur le respect de l'indépendance de l'Etat auquel se rattachent ou duquel dépendent ces personnes.” BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public: droit des gens*. 4. ed., revis. Paul Fauchille. Paris: Arthur Rousseau, 1905, p. 178.

mas trata-se de uma designação infeliz, por várias razões: i) cria uma ficção, uma vez que a pessoa ou coisa está dentro e não fora do território; ii) sugere que a jurisdição e território são conceitos sempre coincidentes; iii) a expressão pode induzir em erro, levando a extrair dela, tomando-a à letra, conseqüências jurídicas falsas, esquecendo que se trata apenas de uma metáfora.¹⁴⁷

3.4.1. A extraterritorialidade e os agentes diplomáticos

Os privilégios diplomáticos têm nascimento em períodos remotos, pois os representantes dos Estados, em todos os tempos, mereceram respeito e consideração. Num passado distante, o exercício dos privilégios estava assegurado pela proteção divina¹⁴⁸. Num período posterior, quando da identificação do soberano como representante da vontade divina no poder secular, o agente era identificado com o soberano – Grotius foi o primeiro a identificar tal ficção¹⁴⁹ –, sendo a ofensa ao agente uma ofensa ao soberano. Neste período os representantes dos Estados gozavam de privilégios quase que absolutos.

Com o costume firmado desde os fins da Idade Média de enviar representantes e erigir missões permanentes em outros Estados, passou o DI a reconhecer e a tratar os agentes diplomáticos do Estado como órgãos nacionais dedicados às relações internacionais com outros Estados. Assim, os atos realizados pelos agentes ou órgãos de um Estado estrangeiro passaram a ser imputados pelo DI, não mais aos agentes instrumento de realização dos atos, mas sim aos Estados de que eram originários, por este motivo, excluídos da jurisdição estrangeira.

Durante a Idade Moderna, com o surgimento dos grandes Estados, iniciou-se uma época de rivalidades que obstaculizavam o livre exercício da diplomacia. Para proteger

¹⁴⁷ “A palavra extraterritorialidade diz-nos, quando muito, que determinadas pessoas e coisas gozam de “certa” imunidade relativamente à jurisdição local, sem nos ajudar na questão que realmente importa de estabelecer os limites dessa imunidade”. BRIERLY. *Op. cit.*, p. 219-220.

¹⁴⁸ - Em Grotius a referência a inúmeros autores que percebiam nos representantes diplomáticos figuras sagradas: “[v]aunts the sanctity of ambassadors, who he says, have a name in common with the angeles, the messengers of God”, em Josephus; “The persons of ambassadors are sacred”, em Varro; “For so I think that the right of ambassadors have not only been fortified by the protection of men, but also guarded by divine law”, em Cicero. *Apud*. GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac pacis – libri tres*. Vol II. Trad. Francis W. Kelsey. Oxford: Clarendon. London: Humphrey Milford, 1925, p. 438-439.

¹⁴⁹ “Grotius est un de premiers qui aiente avancé que l’ambassadeur, représentat son souverain, conservait son domicile dasn son pays” CALVO. *Op. cit.*, p. 648.

os diplomatas, os juristas recorreram à ficção da extraterritorialidade, que tinha a virtude de contornar os problemas relacionados com a soberania.

Para explicar tal situação – prerrogativas das missões diplomáticas – surge um outro enfoque de observação do fenômeno da extraterritorialidade. Não é a única explicação; ao seu lado figuram outras duas teorias, como a teoria da representação e da necessidade da função. Do ponto de vista do período de surgimento, a teoria da representação é a mais antiga, tendo posteriormente surgido a da extraterritorialidade, e mais recentemente da necessidade da função.

As prerrogativas – imunidade, privilégios, tratamento especial, inviolabilidade, facilidades, – que integram o estatuto diplomático, são fruto de uma lenta evolução. A desconfiança dos Estados em relação à atividade dos agentes que atuavam em seus territórios era significativa. Contudo, deviam permitir em face das imposições do comércio internacional. O interesse recíproco dos Estados em manter representações fora do seu território deu ensejo ao aumento do número de prerrogativas.

A teoria da representação foi a primeira que juridicamente tentou fundamentar a existência de prerrogativas. Surgiu na Idade Média, coincidindo com o surgimento dos Estados nacionais formados em torno da figura do monarca absoluto. Um soberano não poderia aplicar sua lei contra outro soberano, porque não havia outro poder como o do soberano, que advinha de Deus. Neste período, era próprio considerar que o monarca concentrava a titularidade do poder público, logo depositário da soberania. As relações internacionais eram feitas por monarcas, não por Estados, e os agentes diplomáticos representavam os monarcas e não os Estados. Conseqüentemente, se o agente representava o monarca, quando saía ao exterior deveria ser tratado como se trataria o próprio soberano.¹⁵⁰

A teoria da extraterritorialidade apareceu no século XVII e se estendeu até o final do século XIX. A justificativa para concessão de um estatuto privilegiado decorria de uma ficção jurídica que considerava a sede da missão diplomática como parte do território do Estado acreditante e os agentes como se continuassem radicados em seu território e não

¹⁵⁰ VIGNALI, Heber Arbut. *Lecciones de derecho diplomático y consular*. Tomo II. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1993, p. 29.

no do Estado receptor¹⁵¹. O resultado de tal ficção era a impossibilidade da autoridade do Estado receptor de exercer sua soberania sobre as missões e os agentes estrangeiros, considerando tais fora do seu âmbito territorial de competência. Muitas vezes, o estado explicava sua inação em determinadas situações, que exigiriam uma atitude positiva, referindo-se ao local onde estaria sediada a missão como sendo território de um Estado estrangeiro.¹⁵²

A teoria foi abandonada por criar situações insustentáveis e contrárias à prática internacional. Considerar, por exemplo, que todo fato ocorrido dentro de uma determinada missão diplomática devesse ser considerada como ocorrida no estrangeiro¹⁵³, devendo suportar os efeitos do ordenamento jurídico do país da missão, é aceitar a sede da representação como um enclave territorial dentro do território do Estado acreditante¹⁵⁴. Ainda, se por hipótese algum criminoso que tivesse praticado um delito no território do Estado receptor e posteriormente ingressasse no prédio-sede da representação diplomática de um Estado acreditante, somente por intermédio do pedido de extradição seria possível reavê-lo para posterior julgamento; o que não ocorre na prática.¹⁵⁵

Levada a extremos, a teoria permitiria que a missão não tomasse nenhum cuidado com o respeito às leis locais onde desempenham sua função, o que atualmente iria contrariar o art. 41 da Convenção de Viena de 1961 e o art. 47 da Convenção de Nova Iorque de 1969.

A teoria da necessidade da função é uma idéia antiga, sua origem é atribuída a Vattel, que rechaçava as idéias contidas na teoria da extraterritorialidade, reafirmando que o

¹⁵¹ Para visualizar o alcance do princípio da extraterritorialidade no Direito Diplomático ver fluxograma n.º 4.

¹⁵² *Idem*, p. 31-2.

¹⁵³ "L'acte juridique qui est accompli à l'intérieur d'une ambassade ou d'une légation est réputé être accompli sur le territoire national de l'Etat de résidence et non en territoire étranger. Il en a été ainsi jugé: a) pour un mariage contracté dans une chapelle de l'église grecque annexée à la légation de Grèce à Paris; b) pour un acte d'adoption reçu à l'ambassade des Etats-Unis à Paris." ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris: Recueil Sirey, 1953, p. 348.

¹⁵⁴ "L'expression, qui fait image, remonte à Grotius, qui disait de l'agente diplomatique: "fingitur extra territorium". Dans cette conception, le représentant diplomatique était considéré, pendant son séjour dans l'Etat qui le recevait, comme se trouvant hors du territoire de ce dernier et les batiments occupés para la mission comme constituant une portion de territoire étranger enclavée dans l'Etat de résidence." DELBEZ, Louis. *Les principes généraux du Droit International Public: droit de la paix; droit préventif de la guerre; droit de la guerre*. 3 ed. revis. Paris: Librairie Generale de Droit, 1964, p. 303.

¹⁵⁵ "Prise à la lettre, la fiction d'extraterritorialité impliquerait pour l'Etat territorial l'obligation de recourir à la procédure d'extradition pour obtenir la livraison d'un criminel réfugié dans l'hotel de l'ambassade.

âmbito físico da missão diplomática não constitui parte do Estado acreditante, e que tanto a missão quanto o agente estão realmente situados dentro do âmbito de jurisdição territorial do Estado receptor. Sendo assim, obrigados a respeitar leis e regulamentos do local onde estão desempenhando suas funções.¹⁵⁶

Contudo, é no início do século XX que se situa o surgimento dos fundamentos das prerrogativas para o cumprimento das funções diplomáticas. Com elas, a teoria da necessidade da função que supõe a necessidade, para que o agente possa bem representar o seu Estado e para que possa cumprir seus encargos, de um marco de segurança que estabeleça normas jurídicas de exceção às normas jurídicas do Estado receptor e que facilite o desenvolvimento de suas tarefas livremente¹⁵⁷. Atualmente, o fundamento jurídico das prerrogativas diplomáticas se situa na teoria da necessidade da função.¹⁵⁸

Para Cançado Trindade, a extraterritorialidade é uma ficção antiga, aplicada aos edifícios de embaixadas, residências de chefes de missões e mesmo aos próprios agentes diplomáticos, que as Convenções de Viena de 1961 e 1963 sobre Relações Diplomáticas acabaram por enterrar, criando o instituto da imunidade.¹⁵⁹

Semelhante entendimento é proferido por Pontes de Miranda:

Extraterritorialidade é noção criticável, que serviu e serve para designar fenômenos que não são de extraterritorialidade e sim de isenção, imunidade. Considerar o território das embaixadas e legações “território estrangeiro” constitui ficção cujo primitivismo ressalta.¹⁶⁰

Verdross, indiferente às críticas à terminologia, utiliza-a como sendo um sinônimo de imunidade dos agentes diplomáticos. No desempenho da atividade, o agente possui prerrogativas, tais como: i) inviolabilidade; ii) imunidade ou extraterritorialidade.

Cen'est pas ce se passe en pratique, l'arrestation du criminel par la police local étant simplement subordonné à l'autorisation du chef de poste. ROUSSEAU. Op. cit., p. 347-348.

¹⁵⁶ VATTEL. *Apud*, VIGNALI. Op. cit., p. 33

¹⁵⁷ VIGNALI. p. 33

¹⁵⁸ “*En réalité, le seul fondement admissible des immunités diplomatiques – et c'est aujourd'hui l'explication dominante en jurisprudence – est tiré de la nécessité d'assurer l'indépendance de l'agent dans l'exercice de son activité fonctionnelle. Cette considération, qui sert de base aux privilèges ainsi revendiqués, en détermine du même coup la portée et les limites.*” ROUSSEAU. Op. cit., p. 348.

¹⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apontamentos sobre o uso de ficções no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 67, jul./set. 1980, p. 67.

Para este, a extraterritorialidade tem como objeto uma abstenção – *non facere* – do Estado ante o qual o agente está acreditado, protege o agente contra procedimentos dos órgãos estatais. A inviolabilidade impõe ao estado onde o agente está acreditado uma ação – *facere* –, uma proteção especial contra ataques ilícitos, contra condutas puníveis.¹⁶¹

A inviolabilidade, dentro do direito diplomático, possuía uma importância de maior alcance em uma época em que estava pouco desenvolvido o respeito aos estrangeiros. O Estado deve proteger os estrangeiros, cuidando de uma maior proteção aos agentes diplomáticos. Alguns países, por exemplo, atribuem penas maiores a agressões cometidas contra agentes diplomáticos.¹⁶²

Hoje, admite-se que os agentes também estejam submetidos às normas gerais do Estado onde estão acreditados. Porém, acham-se excetuados da sua jurisdição e poder coercitivo e não se podem realizar contra eles atos de jurisdição. O princípio foi flexibilizado na medida do tempo; alguns tribunais têm apresentado distintas classe de atos, sendo que somente partes destes pode ser abarcado pela prerrogativas diplomáticas. Desde modo, as prerrogativas alcançariam atos que os agentes realizassem no cumprimento de suas funções oficiais.

A extraterritorialidade é uma ficção que perdeu o sentido para a comunidade internacional. É uma doutrina prejudicial, porque em se admitindo o princípio, devem admitir-se suas conseqüências, que conduzem a privilégios exorbitantes.¹⁶³

Em Montesquieu, há uma importante reflexão final sobre a os poderes advindos da imunidade:

O direito das gentes quis que os príncipes enviassem embaixadores uns aos outros, e a razão, tirada da natureza da coisa, não permitiu que esses embaixadores dependessem do soberano para o qual são enviados nem de seus tribunais. Eles são a palavra do príncipe que os envia, e esta palavra deve ser

¹⁶⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Internacional Privado*, p. 517.

¹⁶¹ VERDROSS. *Op. cit.*, p. 259.

¹⁶² *Idem*, 259-260.

¹⁶³ Os privilégios diplomáticos foram diversamente classificados: alguns autores consideram que não há mais que uma prerrogativa, a da extraterritorialidade, da qual as demais derivariam. Fala-se também em imunidade de jurisdição e inviolabilidade. Ainda, em inviolabilidade, extraterritorialidade e imunidade. Segundo Antokoletz, a classificação mais apropriada é a que divide as imunidades em inviolabilidade, independência e prerrogativas de cortesia. ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional Publico: en tiempo de paz y en tiempo de guerra*. V. II. 3. ed. Buenos Aires: La facultad, 1938, p. 411-415.

livre. Nenhum obstáculo deve impedi-los de agir. Eles podem muitas vezes ser desagradáveis, porque falam por um homem independente. Poderiam acusá-los de crimes, se pudessem ser castigados por crimes; poderiam supor que tivessem dívidas, se pudessem ser presos por dívidas. Um príncipe que tem um orgulho natural estaria falando pela boca de um homem que teria tudo a temer. Logo, é preciso seguir, quanto aos embaixadores, as razões tiradas do direito das gentes e não aquelas que derivam do direito público. Se abusarem de seu ser representativo, fazemos com que parem mandando-os de volta para casa; podemos até mesmo acusá-los perante seu senhor, que com isso se torna seu juiz ou seu cúmplice.¹⁶⁴

3.5. Considerações conclusivas

Apresentados os inúmeros elementos que compõem a função soberana do Estado na prestação jurisdicional, resta em caráter conclusivo tecer breves considerações críticas sobre a extraterritorialidade. Inicialmente, não restam dúvidas de que o arcaico fenômeno não merece maiores atenções dentro do sistema atual sob o qual a sociedade internacional se estrutura. Como afirmado, a expressão conduz a ficções insustentáveis modernamente. Porém, persiste a utilização da terminologia, fato que mereceria novas investigações.

O Estado tem toda a liberdade para editar normas com pretensão de reger relações que estejam fora do seu alcance jurisdicional ordinário. Sem que para isso, dependa da observação de quaisquer “[p]rincípios internacionais que organizem a jurisdição legislativa e judiciária dos Estados”.¹⁶⁵

Estes seriam pois, elementos que o Estado deveria observar quando da edição e aplicação de regras com competência internacional. Logo, deveres a serem tomados como limitadores da ação legiferante/judicial do Estado. A mesma conclusão neste título, com Kelsen, que a expressa quando da discussão acerca dos direitos fundamentais do Estado. Deste modo, os princípios jurídicos nunca podem ser pressupostos por uma ordem jurídica;

¹⁶⁴ MONTESQUIEU. Op. cit., p. 521-522.

¹⁶⁵ Como por exemplo, sugere Eduardo Roncolato. RONCOLATTO, Eduardo Lameirão. *Os limites da jurisdição brasileira: a extraterritorialidade e seus princípios informativos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997. Dissertação de Mestrado, p. 39.

eles apenas podem ser criados por essa ordem jurídica; pois são jurídicos, única e exclusivamente, porque são estabelecidos por uma ordem jurídica positiva.

Assim, no âmbito externo, nacionalidade, segurança nacional, universalidade, personalidade passiva ou proteção, territorialidade subjetiva e objetiva, impacto territorial, são limites, ou princípios, se estiverem consuetudinária ou convencionalmente estabelecidos. No âmbito interno, o ordenamento jurídico irá indicar quais são os limites ou princípios que estabelecerão a competência internacional do Estado.

Contudo, pouco importa que a liberdade neste particular domine a tônica na postura dos Estados. Indiferente a estes elementos, é flagrante a constatação da impossibilidade de que o Estado faça sua vontade ser observada além dos limites jurisdicionais que ordinariamente possui. Em outros termos, ainda que possua liberdade para submeter à sua apreciação jurisdicional qualquer fato que entenda pertinente aos seus interesses, não obterá colaboração dos demais Estados para execução da decisão da apreciação judicial, sem que a postura unilateral seja precedida de negociações, acordos, ou uma preexistente legislação que reconheça o poder jurisdicional de um terceiro Estado, na sua esfera jurisdicional interna.

Curiosamente a terminologia extraterritorialidade permaneceu. Não mais nas atividades estatais, em que normalmente faria sentido, mas em novas, como é o caso do direito antitruste¹⁶⁶. Neste ramo, influenciados pelo comportamento jurisdicional norte-americano no que diz respeito a matéria, muitos países passaram a adotar fórmulas legislativas/jurisprudenciais semelhantes às adotadas nos EUA. O resultado foi um revigoramento da expressão – revigoramento apenas pelo fato de ser novamente invocado. Tal constatação é singela e não pode ser afirmada sem um estudo mais profundo, que repita o caminho percorrido pela expressão desde a Idade Média até os tempos atuais, o que obviamente foge das possibilidades desta pesquisa, e quiçá de qualquer uma.

As críticas também permanecem, e como poderá ser observado, os resultados da utilização da ficção da extraterritorialidade causaram graves problemas nas relações político-diplomáticas entre alguns Estados, e talvez possam continuar a produzir conflitos.

¹⁶⁶ As terminologias antitruste, concorrência, anticompetitivo, anticoncorrencial e práticas restritivas, serão utilizadas no curso do trabalho indistintamente.

Assim, estabelecidos os elementos introdutórios no que tange a competência internacional do Estado, segue o trabalho ingressando na seara do direito antitruste.

CAPÍTULO II – A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA NORMA DE DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRA E A FICÇÃO DA EXTRATERRITORIALIDADE NO MODELO NORTE-AMERICANO

1. A aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos e a extraterritorialidade

1.1. O surgimento da legislação antitruste nos Estados Unidos: breves considerações

Não restam dúvidas sobre a importância de capitalizar atenção para os elementos que dão gênese, bem como estruturam a política antitruste norte-americana. Inicialmente, por ser o país fundador da moderna idéia em torno da legitimidade do processo concorrencial e da necessidade de limitar a livre atuação dos agentes econômicos no mercado. Não menos importante é lembrar que a base da legislação brasileira mais recente recebe fortes aportes teóricos do direito norte-americano, além de se apropriar dos instrumentos procedimentais utilizados por aquele ordenamento jurídico.¹

Nos EUA, a legislação antitruste surgiu como uma resposta aos grandes monopólios que dificultavam a vida econômica do país. Aqueles formavam verdadeiros centros paralelos de poder, causavam inflação ou estagnação econômica, ao mesmo tempo em que impediam que o curso normal da economia produzisse desenvolvimento social.

Lembra Salomão Filho, que na segunda metade do século XIX, três fatores influenciavam a vida econômica-social norte-americana.²

O primeiro deles era consequência direta da guerra civil norte-americana, que ocasionara um grande fortalecimento e concentração do parque industrial, sobretudo no nordeste dos EUA. Os esforços de guerra autorizavam o governo a implementar um sistema fazendário expropriador. Os altos impostos estimulavam os industriais a concentrar suas atividades, sendo esta uma fórmula que permitia a continuidade das atividades. Os setores de telégrafos e de estradas de ferro, pertencentes à iniciativa privada, eram os mais

¹ Ver neste sentido: SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997, p. 9.

concentrados. A famosa empresa de telégrafos *Western Union*, em 1866, já havia adquirido a quase totalidade do controle daquele setor de prestação de serviços.

O segundo fator, aponta Salomão Filho, dizia respeito ao setor agrário. O norte/nordeste, industrializado, acabara sendo vitorioso na guerra travada contra o sul, contudo as animosidades regionais persistiam. A motivação das animosidades econômicas decorria do controle por parte do norte das manufaturas e das estradas de ferro. Estas eram construídas por grandes empresas privadas com financiamento estatal e com parte da venda de ações que os agricultores compravam. Contudo, a má-administração destes empreendimentos resultava no aumento de impostos, com objetivo de refinanciamento dos empreendimentos férreos. Os agricultores verificavam que os monopólios ferroviários, por eles direta ou indiretamente financiados, não protegiam seus interesses. De modo contrário, ainda os prejudicavam.

O terceiro fator decorre da rápida transformação sofrida pela economia norte-americana ocorrida a partir de 1865. De uma economia baseada na pequena empresa e no espírito empresarial individual, transforma-se numa economia em que a concentração de capitais era cada vez mais necessária, requerendo, portanto, investimentos fixos muito elevados, que limitavam o número de novas empresas no mercado.

Estes três fatores conduziram em 1890, a promulgação de uma norma cuja preocupação principal era evitar o poder dos monopolistas exercido sobre os consumidores, criando um ambiente institucional de defesa da concorrência. Este conjunto normativo recebeu o nome de *Sherman Antitrust Act*. Posteriormente, novas regras foram editadas com o mesmo intuito, qual seja, aprimorar os instrumentos de controle presentes na legislação antitruste; assim tem origem em 1914, o *Clayton Antitrust Act* e o *Federal Trade Commission Act*.

O *Sherman Act* não se constituía em reação contra o liberalismo econômico, já que visava justamente à correção das distorções criadas pelo próprio sistema liberal e almejava o incremento da concorrência.³

O conjunto de crenças e valores conferidos em torno da pluralidade no mercado e da descentralização de poder, como garantias da liberdade individual – empresa e

² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 49-58.

³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 65-66.

propriedade —, são na opinião de Salgado, fundamentos da adoção de uma política antitruste, identificando-a como de interesse de ordem pública⁴. De qualquer maneira, relata inúmeras teses sobre os elementos motivadores da criação legislação antitruste, que não elementos de discórdia entre os estudiosos.⁵

1.2. A evolução da idéia de extraterritorialidade em relação ao direito antitruste

As atividades transnacionais das empresas multinacionais levavam os Estados a buscar fórmulas jurídicas capazes de lhes dar suporte às suas pretensões de controle e submissão do complexo empresarial, muitas vezes multinacional. A aplicação extraterritorial da legislação antitruste dos EUA foi o mais significativo esforço naquele sentido.⁶

A modificação nas práticas mercantis e a dinâmica empresarial, responsáveis pelo aparecimento de diferentes modelos de associações e exploração industrial ou comercial, impeliam às decisões dos tribunais norte-americanos sobre atividades monopolísticas grande flexibilidade, permitindo aos julgadores e às autoridades encarregadas de zelar pela aplicação das leis antitruste usarem de grande elasticidade em suas interpretações do conjunto legal; “[o] objetivo primordial da legislação antitruste e de sua interpretação dinâmica pelas autoridades e tribunais americanos é o de preservar o sistema competitivo em sua pureza, como proscrição permanente de práticas desleais de concorrência”⁷, mantendo a livre competição, que é premissa básica da economia norte-americana.⁸

Não obstante objetivasse proteger valores dentro do território dos EUA, a legislação antitruste passou a ter efeitos extraterritoriais ao alcançar acordos fora dos EUA, envolvendo empresas americanas e não americanas. Ao persistir nesta postura, as autoridades norte-americanas, invadindo competências alheias, deram nascimento a

⁴ SALGADO. Op. cit., p.11.

⁵ Idem, p.12-19.

⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 85, jan./mar. 1985, p. 185.

⁷ Idem, p. 186-187.

⁸ Idem, ibidem.

conflitos de competências com outros países. Tradicionalmente apegados ao princípio da jurisdição territorial, consequência possível de seu antigo isolamento geográfico, os EUA passaram a aplicar sua lei antitruste a eventos ocorridos no exterior, envolvendo participantes não norte-americanos, mas cujos efeitos, diretos e indiretos, ocorressem dentro de seu território.⁹

Para Elliott, a postura dos tribunais norte-americanos em considerar a aplicação extraterritorial da lei antitruste essencial, decorre do entendimento de que a ausência da aplicação extraterritorial da lei, encorajaria corporações multinacionais, com advogados criativos, a achar modos de evitar a legislação, realizando transações anticompetitivas fora do território dos EUA.¹⁰

De qualquer maneira, na esfera dos tribunais norte-americanos, surgiram casos que pela sua importância são considerados paradigmáticos no que tange à aplicação extraterritorial da legislação antitruste. A extensão de sua jurisdição a situações ocorridas em territórios terceiros deu nascimento a uma série de problemas relacionados à convivência entre os países na órbita internacional. E trouxe a lume uma importante constatação: a fragilidade das jurisdições nacionais no controle das condutas anticompetitivas.

Tal fato não ocorreu de pronto. Na medida do tempo, os tribunais foram alterando suas interpretações sobre situações que afetavam seu comércio interno, diante de posturas adotadas fora do seu limite de atuação jurisdicional. A construção de argumentos teóricos diversos manifestava em cada período histórico um entendimento dos tribunais em relação à ingerência na esfera jurisdicional alheia.

⁹ Idem, p. 187.

¹⁰ "The United States has long held the position that extraterritorial application of U.S. antitrust law is essential, primarily because failure to apply antitrust law extraterritorially will encourage multinational corporations with creative lawyers to find ways to circumvent the law by ensuring that all anticompetitive transactions occur outside the territorial borders of the United States." ELLIOTT, G. Porter. Antitrust at 35,000 feet: The extraterritorial application of United States and European community competition law in the

1.2.1. O caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*

Um dos primeiros casos notabilizado, em que se analisou a compatibilidade de extensão de uma lei interna com um fato ocorrido no exterior, relacionado ao direito da concorrência, ocorreu em 1909, no *American Banana Co. v. United Fruit Co.*

Neste caso, a *American Banana Company* alegava que a *United Fruit Company* – ambas empresas norte-americanas –, aliada a uma milícia costarriquenha estava monopolizando a produção e a exportação de bananas da América Central para os EUA.¹¹

As alegações não se limitaram àquela situação. Segundo consta, a companhia demandada havia praticado atos para evitar concorrência, controlando e monopolizando o comércio de bananas, quando adquiriu a propriedade e os negócios de alguns de seus mais importantes concorrentes, responsáveis pela regulação dos preços, e adquiriu ações controladoras de outras companhias, mantendo preços desarrazoados para o produto. Ainda, havia compelido produtores a aderir as suas condições de mercado, impedindo o demandante de comprar produtos para exportação e venda.

No ano de 1903, a companhia demandante havia adquirido uma plantação de bananas no Panamá, e também uma estrada de ferro em construção – que seria o único meio de escoamento da exportação. Todos os dois investimentos foram realizados de acordo com as leis dos Estados Unidos da Colômbia, a quem pertencia então o território do Panamá.

Porém, a demandada manifestou seu descontentamento solicitando aos Estados Unidos da Colômbia o fim das atividades da demandante no Panamá. Não obtendo êxito em sua solicitação, instigou soldados e funcionários costarriquenhos para tomarem a plantação e parte da carga de materiais, impedindo a continuidade da construção da estrada de ferro. Em período posterior, um terceiro obteve julgamento em tribunal costarriquenho que reconhecia a sua propriedade sobre a plantação; decorrido algum período, este vendeu as terras para a demandada.

air transport sector. *The George Washington Journal of International Law and Economics*. Washington: 1997/1998; Vol. 31, nota de fim n. 88.

¹¹ U.S. Supreme Court: *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909.

Disponível na internet: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>. 04.07.2000.

O demandante tentou convencer o governo de Costa Rica a retirar seus soldados, e também tentou persuadir o governo dos Estados Unidos a interferir, não obtendo sucesso em nenhuma das tentativas. Optando assim, por ingressar com procedimento judicial nos EUA.

Das condutas realizadas pela demandada resultaram prejuízos significativos para o demandante. No processo judicial, a demandante obteve como resposta que não restavam dúvidas que, em regiões sujeitas a nenhum soberano, como o alto-mar, poderia ser invocada o ordenamento jurídico nacional para aplicação¹², e que em determinadas circunstâncias, em que os interesses nacionais fossem afetados, a jurisdição poderia ir além de seus limites; lembrando que esta era a noção que alguns estatutos ingleses tinham consagrado, tendo como resultado aplicações surpreendentes¹³. Que, contudo, como explicitava a decisão, a regra geral é de que o caráter de um ato como legal ou ilegal deva ser determinado pela lei do país onde o ato é concluído, sendo toda a legislação *prima facie* territorial. De modo contrário, seria uma interferência na autoridade soberana de outro Estado. Uma conspiração em determinado país para praticar atos em outra jurisdição não os faz ilícitos, se os atos são permitidos pela lei local.

Uma aplicação restrita da legislação antitruste determinava o posicionamento dos tribunais naquele período, sendo o julgado um importante indicativo do posicionamento dos tribunais.¹⁴

¹² "No doubt in regions subject to no sovereign, like the high seas, or to no law that civilized countries would recognize as [213 U.S.347, 356] adequate, such countries may treat some relations between their citizens as governed by their own law, and keep, to some extent, the old notion of personal sovereignty alive. See *The Hamilton (Old Dominion S. S. Co. v. Gilmore)* 207 U.S. 398, 403, 52 S. L. ed. 264, 269, 28 Sup. Ct. Rep. 133; *Hart v. Gumpach*, L. R. 4 P. C. 463, 464; *British South Africa Co. v. Companhia de Mocambique*, [213 U.S. 347, 1893] A. C. 602. They go further, at times, and declare that they will punish anyone, subject or not, who shall do certain things, if they can catch him, as in the case of pirates on the high seas." *Idem, ibidem*.

¹³ "In cases immediately affecting national interests they may go further still and may make, and, if they get the chance, execute, similar threats as to acts done within another recognized jurisdiction. An illustration from our statutes is found with regard to criminal correspondence with foreign governments." *Idem, ibidem*.

¹⁴ É a conclusão de ALFORD. "The clear inference of *American Banana* was that U.S. antitrust laws could not be applied to conduct occurring outside the United States." ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. *Virginia Journal of International Law*, v. 33, n. 1, 1992, p.7.

1.2.2. O caso *United States v. Sisal Sales Corp.*

O segundo julgado apontado como paradigmático dentro da interpretação dos tribunais norte-americanos sobre a extraterritorialidade no que diz respeito à jurisdição antitruste é do ano de 1927. Trata-se do caso *United States v. Sisal Sales Corp.*, onde se alegava que empresas norte-americanas sediadas no México haviam estabelecido monopólio do comércio do sisal¹⁵. A Suprema Corte neste caso, considerou que as cortes norte-americanas tinham jurisdição para analisar a suposta conspiração aplicando o *Sherman Act*.¹⁶

Os demandados eram três corporações bancárias que atuavam em Nova Iorque e Nova Orleans; duas empresas organizadas para negociar sisal de Delaware, *Eric e a Sisal Sales Corp*; uma corporação mexicana, responsável pela compra de sisal de produtores, a *Comisión Exportadora de Yucatan*; alguns funcionários e agentes das corporações já referidas; além dos sócios da *Hanson & Orth* corretores.

Os demandados firmaram contratos que garantiam um monopólio de comércio de sisal, onde a *Comisión Exportadora de Yucatan* tornou-se a compradora exclusiva de sisal dos produtores mexicanos, e a *Sisal Sales Corp.*, importadora exclusiva nos EUA. Tais contratos puseram fim à concorrência no comércio de sisal e como consequência os demandados fixaram preços abusivos para os produtos.

Os bancos foram acusados de emprestar grandes somas para que os envolvidos empreendessem a monopolização da importação e venda de sisal nos Estados Unidos. A falta de pagamento dos valores financiados resultou na execução das “hipotecas” garantidoras dos valores e consequentemente no recebimento por parte dos bancos de uma quantidade muito grande fardos de sisal armazenados nos EUA.

O sisal recebido pelos bancos durante o ano de 1919 foi vendido também por valores abusivos, sendo que os conspiradores perceberam grandes somas às custas de

¹⁵ O sisal é uma fibra obtida da planta de nome henequém, nativa do México, muito utilizada na fabricação de fios para sacas de armazenagem de grãos. As exigências anuais dos Estados Unidos no período eram muito significativas, somente Yucatan poderia fornecer quantidades adequadas, onde a planta era cultivada extensivamente. U.S. Supreme Court: *United States v. Sisal Sales Corporation*, 274 U.S. 268 (1927). Argued March 9, 1927. Decided May 16, 1927. Disponível na internet: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/us/274/268.html>. 04.07.2000

manufatureiros e fazendeiros que empregavam a matéria prima na confecção de sacos para armazenagem de grãos.

As corporações por suas próprias expensas, favorecidas pela égide de leis benéficas, tuteladas pelos governos do México e de Yucatan, e com a disponibilização de grandes somas providas pelos bancos; tornaram-se dominadoras do comércio de sisal. As partes tornaram efetivo o próspero plano para destruir a concorrência e monopolizar a compra, importação e venda de sisal.

O julgado reconhece que as circunstâncias da controvérsia são radicalmente diferentes das apresentadas no *American Banana Co. v. United Fruit Co.* Naquele caso as reivindicações do demandante eram sobre atos praticados fora dos EUA e não considerados ilícitos pela lei local. Neste havia um contrato, combinação ou conspiração efetiva pelas partes dentro dos EUA. Neste sentido, a Corte reclama a competência dos EUA pela violação de suas leis, dentro do seu próprio território – princípio da territorialidade – por partes sujeitas à sua jurisdição, não de algo realizado por outro governo decorrente da instigação de partes privadas. Os acusados provocaram resultados perversos dentro dos EUA, em sua jurisdição, e foram julgados pelas ofensas às leis norte-americanas.

1.2.3. O caso *United States v. Aluminum Co. of America*

No ano de 1947, surge um novo marco teórico na aplicação extraterritorial da legislação antitruste norte-americana, conhecida como teoria dos efeitos – *effects doctrine* – decorrente do desenvolvimento teórico que fundamentou a decisão do caso *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*.

Neste caso, o Departamento de Justiça dos EUA apresentou ação contra *Alcoa* – empresa norte americana –, contra a empresa canadense *Alcoa Limited (Limited)* – controladora da empresa norte-americana –, e outras seis manufaturas estrangeiras que monopolizavam a venda de lingotes de alumínio nos EUA. A empresa *Limited* havia formado com várias outras manufaturas estrangeiras uma corporação – de nacionalidade

¹⁶ Idem. ibidem.

suíça – que servia de base operacional para um cartel internacional, que alocava cotas de produção entre os membros e fixava os preços internacionais.¹⁷

A empresa norte-americana *Alcoa*, subsidiária da *Limited*, não participava diretamente do cartel, nem como parte do acordo, nem como acionista da corporação suíça. Ignorando qualquer nexo de ligação entre as acusadas, a Corte aplicou a legislação antitruste norte-americana contra os acusados, incluindo os membros do cartel internacional de nacionalidade suíça.

O caso *Alcoa* expandiu o conceito de território, antes de abandonar as bases territoriais de asserção jurisdicional, acabando por consequência com os limites nacionais para casos potencialmente mais abrangentes, e invariavelmente afetando interesses estrangeiros.

Na decisão proferida pela Corte, o Juiz Hand habilmente transferiu o enfoque da questão constitucional para um enfoque não menos interessante, contudo, mais facilmente contornável, relacionado a conflito de leis. Concluiu que, sob determinadas situações, poderia um Estado impor obrigações para pessoas além de suas fronteiras por condutas que causassem consequências dentro das fronteiras do Estado.¹⁸

A teoria dos efeitos poderia ser definida como uma ficção jurídica, criada pelo Estado, na qual o mesmo passa a submeter fatos ocorridos fora do seu território a sua jurisdição, justificando tal asserção em função dos efeitos danosos causados ao próprio Estado; tais efeitos autorizariam um crescer na competência internacional.

Na ótica de Snell, sob os auspícios do precedente do caso *American Banana*, diferentes tribunais de diversos países utilizavam inúmeras e curiosas exceções para aplicar as suas jurisdições, porém, o entendimento em torno da territorialidade da normas domésticas evitava uma tensão internacional enquanto universalmente aceito. Entretanto,

¹⁷ SNELL, Steven L. Controlling restrictive business practices in global markets: reflections on the concepts of sovereignty, fairness, and comity. *Stanford Journal of International Law*. Vol. 33, Summer 1997, p. 246.

¹⁸ “[W]e are concerned only with whether Congress chose to attach liability to the conduct outside the United States of persons not in allegiance to it. That being so, the only question open is whether Congress intended to impose the liability, and whether our own Constitution is permitted to do so: [A]s a court of the United States, we cannot look beyond our own law. Nevertheless, it is true that we are not to read general words, such as those in this Act, without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers’ limitations which generally correspond to those fixed by the “Conflict of Laws[.]” We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States.”. *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*. 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945). Apud. SNELL. Op. cit., p. 247.

num mundo em interdependente expansão econômica, a regra da territorialidade exclusiva permitiu um crescimento das práticas anticompetitivas, na medida que os agentes econômicos privadas – ocasionalmente encorajadas pelos seus próprios Estados – eram livres para fazer uso de práticas restritivas quando os efeitos ocorriam fora do seu território, ainda que as condutas fossem ilegais em seus próprios países. A sobreposição da jurisdição originada do caso *Alcoa* força um repensar na tradicional noção de soberania.¹⁹

No período posterior ao caso *Alcoa*, os potenciais acusados de práticas restritivas estavam obrigados a avaliar as conseqüências legais de suas atividades não somente nos locais onde suas atividades eram normalmente desenvolvidas, mas também nos locais onde suas atividades poderiam causar impactos. Já os julgadores norte-americanos estavam obrigados a afirmar sua jurisdição sobre partes estrangeiras, potencializando assim conflitos com países estrangeiros.²⁰

A doutrina da teoria dos efeitos teve grande aceitação dentro dos EUA. Encontra, porém, forte desaprovação por parte dos países estrangeiros, em face da potencial interferência que promovia na soberania dos países estrangeiros²¹. Não obstante, tal conseqüência deu ensejo a um aluvião legislativo em diversos países, incorporando a teoria dos efeitos, ao mesmo tempo que estimulou a criação de regras de bloqueio, dificultado a efetivação das legislações dos países com aquelas cargas jurisdicionais, como se verá posteriormente. Os resultados danosos promovidos pela aplicação da doutrina da teoria dos efeitos tiveram como conseqüência a incorporação de uma nova doutrina: a “*jurisdictional rule of reason*”, invocada em nome da proteção da comunidade internacional e de terceiros países.

¹⁹ SNELL. Op. cit., p. 247-8.

²⁰ A discussão em torno da ampliação dos limites jurisdicionais dentro dos tribunais norte-americanos acabou por engendrar interessantes fundamentos utilizados para manifestar a necessidade de limites jurisdicionais. Um destes interessantes argumentos está sediado na esfera da separação dos poderes. Sendo da competência originária do Poder Executivo a representação do Estado para regular relações com outros Estados, seria indevido o imiscuir do Poder Judiciário. Ver: U.S. Supreme Court. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. 376 U.S. 398 (1964). No. 16. Argued October 22-23, 1963. Decided March 23, 1964. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/376/398.html>. 3.11.2000.

²¹ “It was frequently criticized by foreign governments and scholars for its failure to consider international comity concerns and the potential interference with foreign sovereignty interests.” ALFORD. Op. cit., p. 9.

1.2.4. Os casos *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America e Mannington Mills, Inc v. Congoleum Corp.*

A proteção da comunidade internacional e de terceiros países é a argumentação que aparece no caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* no ano de 1976. Neste caso, a demandante *Timberlane Lumber Co.*, acusou o demandado *Bank of America* de realizar ações, conjuntamente a outras empresas, que impediam ou dificultavam a exploração de madeira nas florestas hondurenhas. Tais ações recebiam apoio direto de funcionários e autoridade do Estado hondurenho, resultando o demandante excluído do mercado hondurenho e limitando suas exportações de Honduras para os EUA.²²

Um exame preliminar não tornava os tribunais norte-americanos competentes para apreciação do caso. Contudo, entendeu a Corte do Nono Circuito tratar-se de assunto relacionado à extraterritorialidade. Perguntou-se na ocasião o juiz Choy se: i) a restrição alegada afetara ou tinha pretendido afetar o comércio exterior dos Estados Unidos; ii) ainda, se tal afetação era de magnitude tal que poderia ser conhecida como uma violação do *Sherman Act*; iii) e por fim, em se tratando de um assunto de cunho internacional, se a jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos deveria ser afirmada sobre tal situação.²³

A opinião do Nono Circuito expressava preocupações com os efeitos do caso *Alcoa*, que não havia atentado, adequadamente para os interesses de outras nações. Guiado pela seção 40 do *Restatement (Second) of Foreign Relations Law* de 1965, onde a Suprema Corte explicitamente reconheceu os interesses da comunidade internacional²⁴, questionava

²² "C'est l'affaire Timberlane qui consacra le principe de la pondération des intérêts en présence. Les faits ressemblaient à ceux de l'affaire American Banana. La société nord-américaine Timberlane voulait prendre place sur le marché du bois brut du Honduras et importer du bois vers le Etats-Unis. A cette fin, Timberlane racheta une société du Honduras, à la grande contrariété des concurrents dans le pays. Les concurrentes essayèrent de chasser la nouvelle entreprise Timberlane du marché du Honduras et trouvèrent, dans la poursuite de ce but, le soutien de ses bailleurs de crédits, dont la défenderesse, la Bank of America. Ils paralysèrent l'entreprise Timberlane du Honduras en se servant des garanties et sûretés que le prédécesseur de Timberlane leur avait octroyées. Ils obtinrent en justice de faire placer la société sous séquestre et même de faire emprisonner certains de ses employés." BASEDOW, Jürgen. Lois contre les restrictions de la concurrence. *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff. 1997, t. 264, p.141.

²³ "Does the alleged restraint affect, or was it intended to affect the foreign commerce of the United States? Is it of such a type and magnitude so as to be cognizable as a violation of the Sherman Act? As a matter of international fairness, should the extraterritorial jurisdiction of the United States be asserted to cover it?" *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*. 549 F. 2d 597 (9th. Cir. 1976). Apud. SNELL. Op. cit. p. 249.

²⁴ "Subsequently, in its influential *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* opinion, the Ninth Circuit expressed concerns that the *Alcoa* effects test failed to account adequately for other nations' interests. The

a magnitude dos efeitos no comércio norte-americano e se tais eram suficientemente fortes para justificar a asserção extraterritorial de sua autoridade.²⁵

As três perguntas formuladas pelo juiz Choy – depois de percorridas inúmeras fases processuais, com o resgate do tema pelas diversas instâncias jurisdicionais – estabeleceram o chamado *tripartite jurisdictional rule of reason test*. Utilizado no caso *Timberlane*, este teste afastava a competência dos tribunais norte-americanos.

Houve novo recurso, e uma vez mais o tribunal distrital entendeu descabida a pretensão da demandante; chegando o pedido novamente para a Corte de Apelação, esta também entendeu desmedido o objetivo da demandante. Procurando clarificar o teste tripartite da *jurisdictional rule of reason*, o juiz Sneed elencou diversos fatores considerados de necessária avaliação quando realizada a terceira pergunta do teste sugerido pelo juiz Choy – em se tratando de um assunto de cunho internacional, se a jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos deveria ser afirmada sobre tal situação –, são os seguintes fatores: i) o grau de conflito com lei ou política estrangeira; ii) a nacionalidade ou submissão das partes e os locais ou principais lugares de negócio de corporações; iii) até que ponto pode ser esperada a execução, anuência, cooperação por qualquer Estado da hipotética decisão; iv) efeitos relativamente marcantes nos Estados Unidos em comparação a outro lugar; v) até que ponto, explicitamente, pretende prejudicar ou afetar comércio norte-americano; vi) a previsibilidade da afetação; vii) a importância da violação da conduta dentro dos Estados Unidos comparada com a violação no exterior.²⁶

Timberlane Court considered whether the Sherman Act could be applied properly to activity that had taken place in Honduras. Guided by section of the Restatement (Second) of Foreign Relations Law, the Supreme Court explicitly recognized international comity concerns. MEHRA, Salil K Extraterritorial Antitrust enforcement and the myth of international consensus. *Duke Journal of Comparative & International Law*. n. 10, p. 205.

²⁵ ... "[w]hether the interests of, and links to, the United States-including the magnitude of the effect on American foreign commerce-are sufficiently strong, vis-a-vis those of other nations, to justify an assertion of extraterritorial authority". *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*. 549 F. 2d 597 (9th. Cir. 1976). Apud. MEHRA. Op. cit., p. 205, nota de rodapé n. 92.

²⁶ "Although the Court concluded that the acts fell within the jurisdiction of U.S. antitrust law, it did so by applying a set of factors, known as the "jurisdictional rule of reason" which included: the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad". MEHRA. Op. cit., p. 205.

A aplicação do teste sugerido, bem como de suas novas ponderações, acabaram encontrando respostas não satisfatórias para dois dos sete critérios estabelecidos, retirando a competência da jurisdição norte-americana.

Seguindo o caso *Timberlane*, outros tribunais também adotaram a regra da razão para discutir a competência jurisdicional dos tribunais norte-americanos. Em *Mannington Mills, -Inc v. Congoleum Corp.*, a corte do Terceiro Circuito adotou os fundamentos sugeridos em *Timberlane*, perguntando-se primeiramente, se era jurisdicionalmente competente. A resposta a esta pergunta foi positiva, sendo necessário, pois, perguntar se deveria ser exercido o legítimo interesse norte-americano de regular as atividades anticompetitivas, à luz dos interesses individuais e da política de outros países. E a resposta a esta pergunta apareceu na forma de dez relevantes fatores que deveriam ser observados, antes da extensão jurisdicional do sistema norte-americano de apreciação de condutas anticompetitivas.²⁷

Os fatores, de modo geral, guardam algumas semelhanças como os elencados pelo juiz Choy, quando da tentativa de esclarecer a regra jurisdicional da razão para o caso *Timberlane*. São eles: i) grau de conflito com lei ou política estrangeira; ii) nacionalidade das partes; iii) importância relativa da alegada violação de conduta, nos Estados Unidos, comparada com a ocorrida no estrangeiro; iv) disponibilidade de um remédio legal em terceiros países, inclusive para litígios pendentes; v) existência de intenção para prejudicar ou afetar comércio americano e se isso era previsível; vi) possível efeito sobre as relações internacionais, se o tribunal exercitasse a jurisdição; vii) se uma parte será forçada a executar um ato ilegal dentro de outro país ou estar debaixo de exigências irreconciliáveis; viii) se o tribunal pode efetivar sua decisão; ix) se uma decisão seria aceitável neste país, se feita pela nação estrangeira debaixo de circunstâncias semelhantes; x) se um tratado com o Estado afetado se refere a tal assunto.²⁸

²⁷ "The court in *Mannington Mills* asked first whether jurisdiction exists. Having found that it did, the Court then considered whether such jurisdiction should be exercised in light of the individual interests and policies of the foreign nations and the US' legitimate interest in regulating anticompetitive activity." ALFORD. *Op cit.*, p. 11.

²⁸ "(1) Degree of conflict with foreign law or policy; (2) Nationality of the parties; (3) Relative importance of the alleged violation of conduct [in the United States] compared to that abroad; (4) Availability of a remedy abroad including the pendency of litigation there; (5) Existence of intent to harm or affect American commerce and its foreseeability; (6) Possible effect upon foreign relations if the court exercises jurisdiction and grants relief; (7) Whether a party will be ... forced to perform an act illegal in either country or be under

1.2.5. O caso *Laker Airways*

A regra jurisdicional da razão – *jurisdictional rule of reason* – recebeu inicialmente, uma afetuosa recepção por estudiosos e foi adotada por muitos tribunais. Não obstante a recepção afetuosa, os tribunais norte-americanos na maioria dos casos se inclinaram a favor de afirmar jurisdição sobre entidades estrangeiras, com exceção dos casos em que o tribunal não encontrava nenhum impacto adverso em seu sistema de concorrência. Porém, a desejável aproximação das regras de equilíbrio à aplicação extraterritorial de leis antitruste, e a formulação da regras de aproximação, estiveram sujeitas a críticas relevantes.

A mais importante foi a decisão do *D.C. Circuit*, que rejeitou a utilização das regras de equilíbrio no caso *Laker Airways*, por considerar os tribunais norte-americanos incapazes de determinar se os interesses nacionais vitais do EUA ou de outras nações deveriam predominar.

O tribunal enfatizou que decisões políticas que procuram equilibrar os interesses domésticos e estrangeiros eram da prerrogativa do poder executivo e não dos tribunais. Tal crítica ecoava na advertência da Suprema Corte de que, enquanto questões que impliquem determinações de política externa estivessem completamente fora da esfera de conhecimento judicial²⁹, os tribunais deveriam ser relutantes em revisar tais assuntos, já que decisões com tal conteúdo freqüentemente emitem mudanças nos padrões que concernem ao exercício de uma discricção ligada ao poder executivo ou ao legislativo. Além

conflicting requirements ... if relief is granted; (8) Whether the court can make its order effective; (9) Whether an order for relief would be acceptable in this country if made by the foreign nation under similar circumstances; and (10) Whether a treaty with the affected nation has addressed the issue.” *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3d Cir. 1979) 1297-98. *Apud.* ALFORD. *Op. cit.* p. 12.

²⁹ “Such a jurisdictional rule of reason initially received a warm reception by scholars and was adopted by several Courts of Appeals. Yet, despite the prevalence of the jurisdictional balancing test, U.S. courts in virtually every case found the balance tipped in favor of asserting jurisdiction over the foreign entity except where the court found no cognizable adverse impact on U.S. competition interests whatsoever. However desirable a balancing approach may be to the extraterritorial application of antitrust laws, the present formulations of such an approach have been subject to significant criticisms. Most importantly, the *D.C. Circuit* rejected the balancing approach in *Laker Airways*. *Laker Airways* rejected the jurisdictional rule of reason approach because it considered U.S. courts ill-equipped to determine whether the vital national interests of the United States or those of other nations should predominate. The court emphasized that political decisions balancing domestic and foreign interests were the prerogative of the executive branch, not the courts. Such criticism echoes the Supreme Court’s admonition that while questions implicating foreign

disso, o caso *Laker Airways* demonstrou limitações práticas e teóricas na teoria do equilíbrio jurisdicional, tendo requerido ainda uma investigação mais prolongada e pedidos submetidos ao poder político; o tribunal lembrou que o DI não impede jurisdição concorrente ou obriga uma jurisdição a ser mais razoável que outra.³⁰

A regra jurisdicional da razão também foi muito criticada por ser vaga e inexecutável. Tendo sido apontados alguns problemas quando da utilização do teste: i) os elementos listados não apresentam prioridades, assim, desconsideram as situações peculiares de cada caso; ii) a imprecisa formulação destes fatores pertinentes, não só aumentava a probabilidade de que a regra jurisdicional da razão não se desenvolvesse de modo coerente e constantemente, como também; iii) legitimaria qualquer reformulação dos fatores relevantes, por parte dos tribunais, para forçar a afirmação da jurisdição; iv) a utilização do teste jurisdicional da razão coloca sob a responsabilidade dos tribunais preocupações políticas e diplomáticas sensíveis, que tradicionalmente são consideradas como não jurisdicionáveis.³¹

Para Alford, as duras críticas feitas contra o teste são injustificadas, principalmente pelos seguintes argumentos: i) em primeiro lugar, como afirmou a Suprema Corte dos EUA, o fato de ser assunto pertinente a relações exteriores, *ipso facto*, não impede a apreciação jurisdicional do assunto, sendo, portanto, um erro supor que todos os casos ou controvérsias que tocam relações exteriores estão além da competência e possibilidade de conhecimento dos tribunais³²; ii) segundo, mesmo que a regra jurisdicional

policy determinations are not completely beyond the scope of judicial cognizance...” ALFORD. Op cit., p. 12-13.

³⁰ “Foreign relations: There are sweeping statements to the effect that all questions touching foreign relations are political questions. Not only does resolution of such issues frequently turn on standards that defy judicial application, or involve the exercise of a discretion demonstrably committed to the executive or legislature; but many such questions uniquely demand single-voiced statement of the Government's views.” U.S. Supreme Court .Baker et al. v. Carr et al., 369 U.S. 186 (1962). Appeal from the United States District Court for the Middle District of Tennessee. No. 6. Argued April 19-20, 1961. Set for reargument May 1, 1961. Reargued October 9, 1961. Decided March 26, 1962. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186.04.07.2000>.

³¹ ALFORD. Op cit., p.13-14.

³² Assim, o reconhecimento da Suprema Corte dos EUA: “Yet it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance. Our cases in this field seem invariably to show a discriminating analysis of the particular question posed, in terms of the history of its management by the political branches, of its susceptibility to judicial handling in the light of its nature and posture in the specific case, and of the possible consequences of judicial action”. U.S. Supreme Court .Baker et al. v. Carr et al., 369 U.S. 186 (1962). Op. cit.

da razão oferte formulações imprecisas de critérios, o elemento comum que transpassa todos os critérios é o da razoabilidade, que é um padrão judicial muito comum; iii) as dificuldades práticas, notadas no caso *Laker Airways*, de tribunais que buscam obter provas e realizar investigações em outros Estados, conseqüentemente ferindo seus interesses soberanos, poderiam ser contornadas com a adoção da *Hague Evidence Convention* que estabelece uma estrutura para produção de provas entre os Estados contratantes; iv) por fim, a regra jurisdicional da razão ou qualquer outra regra que estabeleça uma tentativa de sopesar os diversos interesses na órbita internacional, não é necessariamente uma regra de DI³³, sendo portanto, apesar das debilidades, uma tentativa de relevar os diversos interesses da comunidade internacional.³⁴

1.2.6. A promulgação do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982*

Em face dos problemas decorrentes da extensão da aplicação, por parte dos tribunais norte-americanos da legislação antitruste, uma solução legislativa buscou pacificar o assunto. Com este intuito, foi promulgado o *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982* (FTAIA), que estabeleceu um teste uniforme para determinar o alcance extraterritorial do *Sherman Act*. O FTAIA modificou o alcance jurisdicional do *Sherman Act* para torná-lo inaplicável em transações que envolvessem comércio estrangeiro, exceção feita às condutas que tivessem produzido efeito direto, significativo, e razoavelmente previsível – *such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect* – no mercado doméstico; ou, no caso de importação e exportação, o negócio tenha sido contratado nos EUA.³⁵

³³ Opinião contrária é do juiz Fitzmaurice no caso *Barcelona Traction*, conforme referido por Alford: “Thus, in *Barcelona Traction* Judge Fitzmaurice’s separate opinion urged municipal courts to show discretion in exercising extraterritorial jurisdiction in the interests of international comity. He noted that international law does not impose rigid rules on states delimiting spheres of national jurisdiction in such matters as antitrust legislation. Nevertheless, he reasoned that international law does presume the existence of limits and obligates every state to “exercise moderation and restraint as to the extent of its jurisdiction” in case having a foreign element so as “to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to,” or exercised by, another state.”. *Barcelona Traction*, 1970 I.C.J. at 105 (Fitzmaurice, J., separate opinion). *Apud*. ALFORD, p.6.

³⁴ ALFORD, p. 13-16.

³⁵ “Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless - (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect - (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign

O FTAIA modificou significativamente a doutrina dos efeitos, apesar de expressamente não se aplicar na hipótese de importações. Assim, o teste sugerido pelo FTAIA não poderia, por exemplo, ser utilizado para coibir as ações de cartéis de exportação formados em outros países, com objetivo de atuar dentro dos EUA. Deste modo, consumidores estrangeiros e concorrentes estrangeiros prejudicados pela atividade anticompetitiva em nações estrangeiras, não poderiam invocar a legislação antitruste norte-americana. Esta posição foi adota pela Suprema Corte dos EUA no caso *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.* Neste caso a Corte declarou que os interessados não poderiam buscar reparação por danos decorrente da atividade anticompetitiva, fundando o pedido numa alegada cartelização no mercado japonês, já que as leis antitruste norte-americanas não teriam a pretensão de regular as condições competitivas das economias em outras nações.³⁶

No caso *Eurim-Pharma GmbH v. Pfizer, Inc.*, uma corte distrital norte-americana declinou da sua jurisdição para apreciar uma ação de danos movida por um distribuidor alemão (*Eurim-Pharm*) contra uma empresa norte-americana (*Pfizer*) e suas subsidiárias européias em face do seu método de atuação no mercado europeu. Expressou a Corte que o intuito do FTAIA era claro, ao isentar os EUA da aplicação de seu conjunto normativo concorrencial às condutas que não produziam efeitos domésticos, mesmo que a conduta tivesse sido originada nos EUA ou envolvesse empresas dos EUA que atuam no exterior. Conforme referido por Alford, a limitação imposta pelo FTAIA reduzia a extensão da jurisdição extraterritorial além da tradicionalmente requerida pelo DI. E isto porque o DI

nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section. If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.” United States Codes -Title 15 - Commerce and Trade - Chapter 1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade - Section 6a. Conduct Involving Trade or Commerce with Foreign Nations. Disponível na internet: http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/15/chapters/1/sections/section_6a.html. 06.10.2000.

³⁶ -“*We begin by emphasizing what respondents' claim is not. Respondents cannot recover antitrust damages based solely on an alleged cartelization of the Japanese market, because American antitrust laws do not regulate the competitive conditions of other nations' economies. United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 443 (CA2 1945) (L. Hand, J.); 1 P. Areeda & D. Turner, Antitrust Law 236d (1978)*”. U.S. Supreme Court. *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. et al. v. Zenith Radio Corp. et al.* 475 U.S. 574 (1986) 475 U.S. 574. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 83-2004. Argued November 12, 1985. Decided March 26, 1986. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=casc&court=us&vol=475&page=574>. 04.07.2000.

reconheceria o princípio de nacionalidade, que possibilitaria aos EUA – ou qualquer outro país, desde que assim sua legislação interna reconhecesse – afirmar sua jurisdição contra empreendimentos norte-americanos localizado no exterior. Em face do FTAIA, os EUA optaram por não exercitar o direito que possuíam, justamente por não pretenderem – a legislação antitrustes norte-americana – promover a concorrência em todo o mundo ou regular mercados estrangeiros, mas sim se proteger contra atividades anticompetitivas que afetassem adversamente o seu mercado doméstico.³⁷

O teste sugerido pelo FTAIA, recebeu muitas críticas. Principalmente por não considerar, em última análise, o interesse da comunidade internacional, mas sim o interesse econômico norte-americano. Tal constatação originou dúvidas no que tange à possibilidade de que o teste criado pelo FTAIA substituísse ou fosse incorporado à regra jurisdicional da razão.

Na ótica de Hank, a aplicação do teste – observação de resultados anticompetitivos *diretos, significativos, e razoavelmente previsíveis* no mercado doméstico – implica reconhecimento implícito dos interesses de outros países através de um exame crítico e cético do *Sherman Act*. Apesar de minimizar os conflitos com nações estrangeiras, ainda manifesta-se como um veículo imperfeito para reconhecimento ou não da competência internacional³⁸. De qualquer maneira, o teste sugerido pelo FTAIA focaliza exclusivamente uma ligação com a jurisdição dos EUA, desconsiderando os interesses da comunidade internacional.

Restava aos tribunais a possibilidade de optar entre dois testes para aplicação da jurisdição norte-americana a fatos ocorridos no estrangeiro em matéria antitruste. Um padrão normativo, buscando *efeito direto, significativo, e razoavelmente previsível* no mercado doméstico. E outro, com base no *common law*, levando em conta as preocupações da comunidade internacional.

³⁷ “Significantly, this limitation curtails the scope of extraterritorial jurisdiction beyond that traditionally required by international law. Under the nationality principle, international law clearly recognizes the right of the United States to assert jurisdiction over American enterprises located abroad. However, by virtue of the FTAIA the United States chose not to exercise that right, presumably because USA antitrust laws were not intended to promote world competition or to regulate foreign markets, but rather to protect against anticompetitive activities adversely affecting the domestic market”. ALFORD. Op. cit. p. 17-18.

1.2.7. O *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* do Departamento de Justiça

Em abril de 1995, o *U.S. Department of Justice* e o *Federal Trade Commission* (FTC) editaram o *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. Este documento traz em seu bojo os diversos conjuntos normativos e os diversos momentos em que a legislação antitruste norte-americana se depara com problemas de aplicação extraterritorial.

Durante mais de um século, como lembra o documento, a legislação antitruste norte-americana foi o principal protetor do processo competitivo que é o motivador da economia de livre mercado. Embora a legislação antitruste sempre tenha sido aplicada ao comércio internacional, hoje esta particularidade é muito importante. Em todo o mundo, o direito da concorrência – como forma de assegurar liberdade e abertura de mercados, proteger consumidores, e evitar condutas anticompetitivas – ganha notoriedade.³⁹

As agências federais norte-americanas de controle de concorrência carregaram a responsabilidade de aplicar a legislação antitruste, e deram prioridade às operações consideradas internacionais, além de cooperar com as autoridades estrangeiras. Por tal motivo as agências tiveram de atualizar as *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* de 1988.⁴⁰

As novas diretrizes pretendem prover as agências com uma orientação antitruste em negócios contratados em operações internacionais, e nas questões que especificamente relacionam-se à política de execução internacional das agências norte-americanas. Não se tratando de uma declaração completa de orientações, mas de guia para as entidades responsáveis pelo controle da concorrência⁴¹, no que tange às condutas internacionais dos agentes econômicos.⁴²

³⁸ HANK, Barry E. *United State, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*. Apud. ALFORD. Op. cit. p. 18-19.

³⁹ *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. Issued by: The U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, April, 1995, Introduction. Disponível na internet: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>, 07.07.2000.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁴¹ “As is the case with all guidelines, users should rely on qualified counsel to assist them in evaluating the antitrust risk associated with any contemplated transaction or activity. No set of guidelines can possibly indicate how the Agencies will assess the particular facts of every case. Persons seeking more specific

As diretrizes informadas em 1988, pelo Departamento de Justiça endossavam o teste do ‘efeito direto, significativo, e razoavelmente previsível’ para procedimentos em condutas anticompetitivas. Tal teste possibilitava ao Departamento de Justiça a realização de suas metas e demonstrava sensibilidade com a comunidade internacional na efetivação da legislação antitruste. O Departamento de Justiça considerava se seriam afetados interesses significativos de qualquer soberania estrangeira, e só afirmava jurisdição quando seria razoável fazê-lo. Tal postura se aproximava da adotada pela jurisprudência tradicional dos EUA, incorporando assim preocupações com a comunidade internacional.

1.2.8. Restatement (Third) of Foreign Relations Law

Por fim, uma rápida menção ao *Restatement (Third) of Foreign Relations Law (Restament)*, contribuição dos estudiosos, que não serve como fonte formal de lei, mas que procura situar a lei já existente e o seu impacto judicial e diplomático.

Para Alford, o elemento principal presente quando da aplicação de jurisdição extraterritorial, é a razoabilidade. A territorialidade e nacionalidade permanecem as bases principais para aplicar a jurisdição; ocorre que há uma substituição de conceitos rígidos por critérios mais amplos, que abarcam princípios de racionalidade e de justiça, acomodando os conflitos de interesses dos Estados, e os interesses dos agentes econômicos privados.⁴³

As seções 402 e 403 do *Restatement* objetivam disciplinar asserção internacional da jurisdição norte-americana; já a seção 415 refere-se exclusivamente à asserção internacional da legislação antitruste. Nestas primeiras seções são adotados critérios tais como territorialidade, nacionalidade, dando relevo para a teoria dos efeitos.

A seção 402 é limitada pela 403, que tolhe a asserção excessiva. Reconhecendo que cada Estado tem a obrigação de avaliar seu próprio interesse, e deixar de exercê-lo quando o interesse do outro Estado for notavelmente mais significativo. A seção 415 utiliza os elementos das seções 402 e 403 para regular as condutas anticompetitivas realizadas fora

advance statements of enforcement intentions with respect to the matters treated in these Guidelines should use the Department's Business Review procedure,³ the Commission's Advisory Opinion procedure,⁴ or one of the more specific procedures described below for particular types of transactions.”, Idem ibidem.

⁴² Idem, ibidem.

⁴³ ALFORD, p. 25-26.

do limite jurisdicional ordinário norte-americano, que estejam em contradição com a sua legislação. A idéia de razoabilidade permeia também esta seção. Sendo considerado razoável o exercício da jurisdição, quando o acordo é feito ou aplicado nos EUA, quando o propósito principal da conduta ou acordo é interferir no comércio de EUA produzindo algum efeito nele, quando apesar da intenção de prejudicar o comércio nos EUA não é notório, mas a conduta produz um efeito considerável.

A diferença entre o FTAIA e o *Restatement* – lembradas as diferenças decorrentes de uma sugestão de estudiosos e uma norma editada pelo legislativo, bem como os seus diferentes graus de legitimidade – é que aquele exigia um efeito direto, significativo, e razoavelmente previsível no mercado doméstico – *showing of direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on US commerce* –, já este último algum efeito – *had some effect*.⁴⁴

Em suma, os tribunais dos EUA alcançaram um consenso no teste adequado para a afirmação extraterritorial das suas leis antitruste: além do princípio da territorialidade, a doutrina do efeito direto, significativo, e razoavelmente previsível fornece uma base para afirmar a jurisdição. Porém, a importância dada para os interesses da comunidade internacional e os critérios precisos a serem utilizados na análise dos diversos interesses estão menos definidos e estão sujeitos a debate e discordância nos vários tribunais.⁴⁵

⁴⁴ *Idem*, p. 26.

⁴⁵ “*In sum, U.S. courts have reached a consensus on the appropriate test for the extraterritorial assertion of US antitrust laws: in addition to the territorial principle, the direct, substantial, and reasonably foreseeable effect doctrine provides a basis for asserting jurisdiction in the absence of overriding comity concerns. The importance, however, to given these comity concerns and the precise criteria to be utilized in analyzing these competing interests are less defined and are subject to debate and disagreement in the various courts of appeals.*” *Idem*, p. 27.

2. A política brasileira de defesa da concorrência

2.1. A constitucionalização da ordem econômica e a legislação antitruste no Brasil

A Constituição Federal de 1934 trazia em seu texto as primeiras preocupações relacionadas à liberdade econômica⁴⁶. O despertar da intervenção do Estado na economia decorre, em parte, do período posterior à crise de 1929 e os seus desdobramentos durante toda a década de 30, quando o “[E]stado brasileiro intensifica, sua atuação sobre e no domínio econômico, para não apenas corrigir as disfunções trazidas pelo sistema vigente, mas também (e principalmente) conduzir esse sistema, regulamentando a atividade dos agentes econômicos”⁴⁷. Neste período, contudo, não houve promulgação de lei destinada a regular a competição no mercado, exceção feita ao Código de Propriedade Industrial que apontava elementos destinados a evitar vantagem competitiva de um agente econômico sobre outro, quando a vantagem não era obtida de forma natural.⁴⁸

A Constituição de 1937, em seu art. 141, asseverava a necessidade de punir os crimes contra economia popular⁴⁹. Ainda, assegurava a liberdade de iniciativa individual dentro dos limites reconhecidos pelo Estado conforme orientação do art. 135 e a punição dos delitos contra economia popular, processados e julgados por tribunal especial, conforme art. 122.

Da regulamentação requerida pelo art. 141, surge o primeiro conjunto normativo com conteúdo concorrencial: foi o Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, “[i]nspirado do Projeto do novo Código Penal argentino (de J. Coll e E. Gómez), nas propostas da atual comissão de reforma do Direito Penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norteamericanas, achou de bom aviso incriminar somente aqueles fatos que,

⁴⁶ Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses ditames, é garantida a liberdade econômica.

⁴⁷ FORGIONI. Op. cit. p. 102.

⁴⁸ Idem. p. 103-104.

⁴⁹ Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a Lei cominar-lhe penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados a sua pronta e segura punição.

segundo a experiência do passado, se apresentam maiusculamente como lesão ou perigo de lesão à economia popular”.⁵⁰

O decreto-lei n. 869 teve repercussão no campo de regulamentação dos preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste. A nosso ver um fator que contribui sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do decreto-lei n.869.⁵¹

Para Francisco Campos, Ministro da Justiça no período, as figuras delituosas estabelecidas pelo Decreto-Lei, já constavam, na sua maior parte, em documentos anteriores. A nova lei, contudo, tornou mais nítidos os contornos dos delitos, desenvolvendo e apenando de forma mais gravosa os crimes contra a economia popular. Entendia que uma das grandes inovações, era a atribuição de competência ao Tribunal de Segurança Nacional, “[p]assam da alçada da justiça comum – Juizes e Tribunais em todo o País – para a do órgão de justiça especial de defesa do Estado”.⁵²

No ano de 1942, o Decreto-Lei n.º 4.407, cria a Comissão de Defesa Econômica (CDE) com amplos poderes. Em 1945, é substituído pelo Decreto-Lei n.º 7.666, ideada pelo então Ministro da Justiça Agamemnon Magalhães⁵³. O Decreto-Lei n.º 7.666, visava reprimir atos contrários à moral e ao ordenamento econômico, criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE). A Lei “Malaia”, como ficou conhecida,

⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1939, p. 17.

⁵¹ “Malgrado a amplitude destes dispositivos, eles não foram executados. Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da *Standard Oil Company of Brasil*. No parecer, o então Consultor-Geral da República, Dr. Anibal Freir, opinou que algumas cláusulas no contrato que a *Standard Oil* celebrou como proprietários de postos de gasolina foram ilícitos.” SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6.

⁵² CAMPOS, Francisco. A lei de proteção à economia popular: entrevista do Sr. Ministro da Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, dez. 1938, p. 175.

⁵³ Para um resumo histórico ver: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Sumário histórico dos antecedentes legislativos da chamada “Lei antitruste” brasileira (Lei n. 4.137 de setembro de 1962). In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo (orgs.) *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 7-16.

representava um avanço incomparável. Tinha caráter nitidamente administrativo, reconhecendo os atos atentatórios à economia nacional e não mais os crimes contra a economia popular. O Decreto-Lei foi revogado com a destituição do governo Vargas. Logo sua existência foi efêmera.⁵⁴

A disciplina constitucional da repressão ao abuso do poder econômico surge de forma expressa com a Constituição Federal de 1946. Esta disciplinava a matéria em seu art. 148⁵⁵, e permaneceu sem regulamentação até o ano de 1962, quando foi sancionada a Lei n.º 4.137/62, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), seguido do Decreto n.º 52.025/63, que regulamentou a Lei n.º 4.137/62, e o Decreto n.º 53.670/64, que aprovou regimento interno do CADE. Sob a égide da Constituição Federal de 1946, destacou-se o personagem de Agamemnon Magalhães, que lutava contra os trustes estrangeiros em favor da indústria nacional.⁵⁶

A economia liberal, caracterizada pela livre disposição dos meios de produção e pela liberdade de iniciativa simbolizava o período; com a livre concorrência constituindo-se na base da economia liberal. Haveria, pois, a necessidade de instrumentos eficazes de controle dos agentes econômicos.

Comentando seu projeto, Agamemnon Magalhães lembrava que o art. 148 da Constituição de 1946 trazia um conteúdo absolutamente inédito em seu texto, e que tal decorria da evolução industrial do país acelerada no período pós-guerra. Comentava ainda, que no período Colônia e Imperial, o Brasil não soube defender-se contra o mercantilismo que “[l]evou o ouro do açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra”⁵⁷. As companhias de comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII, arrematou Magalhães,

⁵⁴ FORGIONI. Op. cit., p. 111-114.

⁵⁵ Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do Poder Econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

⁵⁶ Conta-se que Agamemnon Magalhães teria sido influenciado pelo fato ocorrido com Delmiro Gouveia, empresário na localidade de Pedra, região do Rio São Francisco. Gouveia havia construído um fábrica de fios de algodão, interferindo nos negócios da empresa britânica *Machine Cotton* e suas subsidiárias, resistiu as pressões da empresa para que vendesse a propriedade. Acabou morto e seu corpo foi jogado no Rio São Francisco. Os filhos permaneceram no negócio obtendo a elevação nas tarifas de importação do material têxtil. Contudo a pressão da diplomacia inglesa acabou induzindo a revogação do decreto que elevava as tarifas de importação. A fábrica de Pedras foi desativada e os equipamentos atirados no Rio São Francisco. FORGIONI. Op. cit., p. 109-110.

⁵⁷ MAGALHÃES, Agamemnon. Abuso do poder econômico. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 124, ago. 1949, p. 601.

dominaram os mares e as trocas no mundo, os trustes e cartéis controlam hoje a produção e distribuição industrial em todos os mercados. Os comentários de Magalhães eram eminentemente nacionalistas; contudo, não poupava os cartéis nacionais das críticas, responsabilizando-os pelos aumentos excessivos nos preços.⁵⁸

No que tange ao projeto enviado ao Congresso Nacional assevera:

O projeto n.º 122, que apresentamos em 15 de abril de 1948, na Câmara dos Deputados, adota as diretrizes da legislação dos Estados Unidos com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas. O projeto é a regulamentação do art. 148 da Constituição, que manda reprimir toda e qualquer forma de abuso de poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresa, que tenham por fim dominar os mercados nacionais eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.⁵⁹

Outras regras foram promulgadas no mesmo período, com intuito de reprimir os crimes contra economia popular e abusos do poder econômico. Assim; Decreto-Lei n.º 9.840/46, Lei n.º 1.521/51 e Lei n.º 1.522/51, Lei Delegada n.º 4/62, e o Decreto-Lei n.º 422/66, que alterou esta última Lei⁶⁰. A Lei n.º 4.137/62, neste conjunto de normas, é o mais importante texto legal, fruto de um longo e tumultuado trâmite no Congresso Nacional, que resultou na Lei Antitruste. Durante o *iter* legislativo, o projeto da Lei Antitruste recebeu muitas críticas que decorriam do excesso de poderes atribuídos ao CADE, e centravam-se, principalmente, em torno das considerações sobre a eficiência dos cartéis e trustes dentro da economia capitalista; até mesmo sobre a dispensabilidade da promulgação de um novo estatuto, quando já existiam outros com as mesmas funções. Promulgada a Lei n.º 4.137/62, a inoperância manifestou-se de uma maneira bastante significativa, no dizer de Forgioni: “[v]inte e nove anos de vigência desprovida de eficácia material”⁶¹. Até o início dos anos 90, a Lei não havia demonstrado nenhuma efetividade, já

⁵⁸ Idem, p. 602-603.

⁵⁹ Idem, p. 604.

⁶⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 118.

⁶¹ FORGIONI. Op. cit., p. 117-120.

que vigorava há 27 anos e somente havia ocorrido 16 condenações por infrações contra a ordem econômica, tendo sido instaurados 117 processos dos 337 procedimentos iniciados.⁶²

Com o advento da Constituição Federal de 1967, foi mantida a repressão contra as condutas abusivas do poder econômico⁶³, no art. 157, VI, §§ 8º e 9º⁶⁴. A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, repetiu a mesma preocupação em seus arts. 160, V e 163 § único.⁶⁵

2.2. A política antitruste brasileira nos anos oitenta e nos anos noventa

Na década de 1980, o Brasil teve de enfrentar uma conjunção significativa de choques adversos: i) em 1979, nova crise do petróleo; ii) política ortodoxa do *Federal Reserve* e aumento do déficit orçamentário do governo Reagan, causando a crise da dívida externa latino-americana; iii) pressões internacionais obrigavam o Brasil a eliminar ou reduzir drasticamente os subsídios às exportações. Como conseqüências destas medidas: i)

⁶² SALGADO. Op. cit., p. 176.

⁶³ As infrações contra a ordem econômica concentravam-se no art. 178 do Decreto-lei n.º 7.903/45 e nos arts. 4º e 7º da Lei n.º 8.137/90. A Lei n.º 8.158/91 criou o conceito de “infração contra a ordem econômica” para identificar algumas práticas também sujeitas a repressão administrativa. O conceito de “abuso do poder econômico”, no entanto, foi mantido, o que representava alguma dificuldade para a aplicação da lei, pela pluralidade de conceitos com semelhante conteúdo. Problemas que a edição da Lei n.º 8.884/94 acabou contornando. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n.º 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-4.

⁶⁴ Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios: (...) VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados e eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (...) § 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. § 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

⁶⁵ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar o setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. § único – para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

políticas restritivas fiscais e monetárias domésticas e; ii) maior restrição às importações, com o intuito de se obter superávits comerciais para pagamento da dívida externa.⁶⁶

Em 1988, iniciou o Brasil um amplo processo de liberalização comercial chamada de “Nova Política Industrial”. Tinha o objetivo de modernizar e ampliar o parque industrial brasileiro, por intermédio de incentivos fiscais e tributários. A partir de 1990, com o governo Fernando Collor, adotam-se ações mais drásticas no que tange à liberalização da política comercial. Com o “Plano Collor 2”, um cronograma acelerado de reduções tarifárias contribuiu para o incremento da liberalização comercial. Durante o período do governo Itamar Franco ocorre um prosseguimento nas medidas de abertura progressiva do comércio exterior, entre 1991 e 1994, as alíquotas de importação foram sensivelmente reduzidas.⁶⁷

Sob a égide da Constituição Federal de 1988 – a livre concorrência tornada princípio de ordem econômica⁶⁸ –, e sofrendo a confluência dos agentes econômicos de uma maneira ríspida e avolumada, fez-se necessária edição de novas regras de direito antitruste. Assim, num ambiente inóspito para o mercado estruturado sobre as vetustas formas de proteção do mercado interno, a política antitruste brasileira necessariamente deveria adotar um novo rumo. Surge, deste modo, a Lei n.º 8.158/91, fortalecida por um momento histórico universal de expansão hegemônica do capitalismo, que introduz necessárias medidas de controle estatal aos abusos no mercado⁶⁹. Dentro de uma economia

⁶⁶ GONÇALVES, Reinaldo, *et. ali. A nova economia internacional: uma perspectiva brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 104.

⁶⁷ *Idem*, p. 105-106.

⁶⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência.” Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível na internet: <http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/const88.htm>. 10.10.2000.

⁶⁹ “The change in the Brazilian antitrust model from a Statist model to a hybrid one, with a strong weight on Structuralist tradition, is very clear when we observe the legal evolution of merger control in the country. Law 4.137 from 1962, that created CADE, stated that “control was not applicable to mergers and other transactions between enterprises which caused change on shareholder’s control”. But the main feature is that the Brazilian government would never allow CADE to block mergers. This was perfectly consistent with the Brazilian Statist model of that time. The evolution began only in the nineties, when the Brazilian government made strong changes to law 4.137/62 though law 8.158 from 1991 (today it has already been changed by law 8.884 from 1994). Differently from the earlier legal framework, law 8.158/91 is explicit on the need of merger control. The law stated that “any agreements that can limit or reduce competition, including mergers, whose consequence be a market share higher than 20% in the relevant market” must be approved. However, the evaluation of mergers would be done by the “Secretaria Nacional de Direito Econômico” – Economic Law Department of the Justice Ministry” (today it is called Secretaria de Direito Econômico – SDE) which is no independent like CADE”. MATTOS, César. The recent evolution of competition policy in Brazil: an

caracterizada pelo livre mercado, a concentração de poder econômico deveria ser evitada pela concorrência.

Os objetivos desta nova lei eram claramente os de abrir o mercado, “[i]nclusive, aos conglomerados internacionais, ferindo os propósitos genéricos da Lei anterior: a reserva de mercado, a contenção abusiva do capital internacional, a consolidação dos monopólios estatais e os preços tabelados”.⁷⁰

Em 1994, é sancionada a Lei n.º 8.884, surgindo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, uma política de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. Logo, reconhecendo a pluralidade de interesses. Neste sentido, atendeu ao disposto no art. 170 da Constituição Federal de 1988, que estabelece os princípios constitucionais gerais da ordem econômica, dentre eles a livre concorrência e a defesa do consumidor. O objetivo proclamado na norma de defesa da livre concorrência, qual seja, o de igualdade de condições mínimas de concorrência advém da influência das idéias da Escola de Freiburg⁷¹, enquanto a defesa do consumidor advém da Escola de Chicago.⁷²

Como lembra Gesner Oliveira, a regulação dos mercados no Brasil pode ser dividida em duas vertentes: uma de defesa da economia popular e outra de defesa da concorrência. A de defesa da economia popular manifestou-se no período de 1937 até 1988. No período de 1989 até 1994 ocorre um momento de transição, sendo que a defesa da concorrência ganha espaço a partir de 1994.⁷³

incomplete transition. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, 1997, p.180.

⁷⁰ BASTOS, Aurélio Wander. Cartéis e concorrência: estudo da evolução conceitual da legislação brasileira sobre abuso do poder econômico. In. BASTOS Aurélio (org.). Wander. *Estudos introdutórios de Direito Econômico* Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 26.

⁷¹ Escola de Freiburg ou ordo-liberal, nasce na Alemanha dos anos 30, como reação aos fracassos econômicos da República de Weimar e como crítica à concepção econômica nazista. O livre jogo dos cartéis e monopólios na Alemanha dos anos 30 era identificado como motivo para o fracasso econômico da república de Weimar e ascensão do nazismo. SALOMÃO FILHO. Op. cit., p. 21.

⁷² Escola de Chicago ou neoclássica nasce nos anos 50 dos trabalhos de Aaron Director, e utiliza a idéia de eficiência que se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Eficiência é justamente a habilidade de produzir a custos menores, reduzindo preços ao consumidor. Para os neoclássicos o princípio norteador do direito antitruste passa a ser a proteção do bem-estar do consumidor. Idem, p. 18-20.

⁷³ Dado o predomínio da vertente de “proteção da economia popular”, os resultados concretos da ação do CADE foram pouco substantivos, apesar de já se identificar um razoável debate doutrinário do início dos anos sessenta no Congresso Nacional acerca do projeto de lei que daria origem à Lei 4.137 de 1962. OLIVEIRA,

2.3. A competência internacional da legislação antitruste brasileira

Estrella Faria já anotava, sob os auspícios na legislação anterior, em uma interpretação extensiva, a possibilidade de submeter à apreciação jurisdicional nacional ações conduzidas no exterior. Trata-se de uma idéia interessante que, dentro do contexto em que a legislação brasileira é gestada – farto material legal, jurisprudencial e doutrinário do sistema norte-americano –, encontra eco.

Para aquele autor, quando o 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 colisão⁷⁴. O DI da concorrência – trata-se da ordem jurídica nacional que contém regras escritas ou costumeiras que determinam aplicação das normas de concorrência no espaço – compreende normas de colisões espaciais referentes às práticas restritivas da concorrência.⁷⁵

Faria anotava uma importante distinção entre normas materiais e de colisão. O conteúdo das normas materiais refere-se a situações às quais ficam vinculadas as consequências jurídicas previstas no ordenamento. Em relação à Lei n.º 4.137/62, a norma material pode ser resumida em uma sentença: agentes econômicos que abusarem do poder econômico ou restringirem a concorrência estão obrigados a cessar a prática de tais atos. A consequência vinculada pela norma à situação de fato é, portanto, a sua proibição. Já as normas de colisão não disciplinam uma situação de fato, “[l]imitam-se a determinar se a norma a que se refere é aplicável a um caso concreto”. Na legislação antitruste brasileira, não havia uma norma de colisão explícita, mas poderia ser deduzida do art. 2º da Lei n.º 4.137/62, assim: as normas repressivas do abuso do poder econômico e das restrições da

Gesner. CADE 2000: rumo à maturidade institucional. In: *CADE: relatório anual 1997*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1998, p.14.

⁷⁴ Faria adotou a expressão normas de colisão em função do *Kollisionsnormen* do direito alemão, “[e]mbora não corresponda exatamente a natureza das normas em questão, visto não se tratar aqui (de resto como tampouco é o caso do direito internacional privado) de colisão de normas. Expressões dogmáticamente mais adequadas, tais como normas sobre a aplicação da lei no espaço, seriam, porém por sua extensão, inconvenientes”. FARIA, José Ângelo Estrella. Op. cit. p. 20.

⁷⁵ Idem, p.19-20.

concorrência aplicam-se àquelas práticas e atos que produziram tais efeitos nos mercados nacionais.⁷⁶

Entende Faria que a autorização para edição de norma de colisão termina normalmente por ser uma declaração de fé na teoria monista ou na dualista. Quem quer a prevalência do DI exige um título de Direitos das Gentes para edição de normas de colisão. Os outros consideram a soberania nacional como ponto decisivo, só limitada pela violação à soberania de outro Estado.

Independente da discussão entre monistas e dualistas, não há norma de DI que autorize a edição de uma norma de colisão com fundamento em outorga da comunidade internacional. Não existe norma com este conteúdo, a “[d]eterminação 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.”⁷⁷

Na busca de um elemento de conexão que autorizasse a aplicação da norma interna a fato ocorrido fora do limite jurisdicional, segue a idéia do princípio da liberdade dos Estados para elaboração de normas naquele particular. A Lei n.º 4.137/62 não continha qualquer menção explícita de critério de aplicação do direito nacional a fatos alienígenas. Sendo o Direito da Concorrência parte da ordem pública nacional, de nada adiantaria buscar auxílio na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). O critério há de ser extraído pela hermenêutica da própria lei de repressão ao abuso do poder econômico. Para tanto, serviria de objeto tanto o próprio texto legal, quanto os objetivos perseguidos pelo legislador.⁷⁸

Logo entendia, aquele autor, ser possível a aplicação da norma com pretensão de competência internacional, independente da ausência de uma expressa previsão. Para reforçar tal posicionamento, Faria mencionava a fusão do grupo BBC-Brown Boveri de nacionalidade suíça e do grupo ASEA de nacionalidade sueca, realizada no mercado externo. Neste caso, ocorrido no ano de 1988, o CADE tomou conhecimento da fusão realizada no mercado externo. Expediu ofícios para os agentes econômicos, solicitando informações sobre a fusão. Em resposta à comunicação oficial, as empresas alegaram que já

⁷⁶ Idem, p. 20.

⁷⁷ Idem, 21-23.

se tratava de fato perfeito e acabado em nível mundial, pois as empresas haviam comunicado o FTC e o *Bundeskartellamt*, órgãos de controle de concorrência dos EUA e da Alemanha respectivamente. Entendeu o CADE ser necessário a instrução do pedido para autorização e posterior registro do acordo entre as subsidiárias brasileiras⁷⁹. Neste sentido, a negativa a autorização por parte do CADE, em face de danos ao mercado interno, impossibilitaria o aperfeiçoamento do contrato em nível mundial, atribuindo-se, portanto, competência para apreciar atos ou contratos ocorridos no mercado externo.

Ainda no período de vigência da Lei n.º 4.137/62, um interessante caso foi apreciado pelo CADE⁸⁰. O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos Químicos para fins industriais de Cabo Frio, denunciou a “chegada irregular de barrilha”, importada por terceiros, que não a Companhia Nacional de Álcalis (CNA).

A CNA⁸¹ era uma empresa estatal que produzia barrilha⁸² para o mercado nacional; tendo sido criada no período posterior a Segunda Guerra Mundial, quando o Brasil era dependente da importação desta matéria-prima. A CNA gozava de estatutos privilegiados sob a alegação de interesses fundamentais do país. A partir de setembro de 1961, a importação da barrilha passou a ser feita mediante licença do Ministério da Guerra, desde que demonstrada a impossibilidade de fornecimento por parte da CNA.⁸³

⁷⁸ Idem, 24-25.

⁷⁹ Idem, p. 26.

⁸⁰ “Processo Administrativo n.º 1. Indiciadas: Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidros e suas associadas. Representante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos Químicos para fins industriais de Cabo Frio. Relator: Conselheiro Dr. Luiz Garcia. EMENTA: O abuso do poder econômico caracteriza-se pro meios que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. A eliminação da livre concorrência ou o emprego de meios para consegui-la é substancial à infração. Importação irregular de barrilha. Uso de meios artificiosos para eliminar a concorrência. É salutar a existência de um órgão como o CADE, capaz de promover levantamentos e análises em setores de produção e comercialização para apurar possíveis abusos do poder econômico. Apurar para julgar e punir, mas também para reconhecer a improcedência de denúncia que não encontre prova nos fatos. É pelo julgamento imparcial e sem paixões que se deve afirmar o CADE. O processo administrativo é instaurado quando há indícios de infração verificados nas averiguações preliminares. Considera-se improcedente, entretanto, se não há provas autorizadas da condenação. Publicação: DOU de 25.8.66.” *Apud.* MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão: legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Arteneva, 1975, p. 45.

⁸¹ A Companhia Nacional de Álcalis é a única produtora de barrilha – carbonato de sódio – da América do Sul. Estabelecida em 1943, privatizada e adquirida em 1992, pelo Grupo Frágoso Pires. Disponível na Internet: <http://www.alcalis.com.br/barrilha/index.htm>. 01.12.2000.

⁸² A barrilha é um material alcalino, obtido a partir do sal marinho e calcário, apresentando-se sob a forma de pó ou granulado. A barrilha é um insumo de fundamental importância para as indústrias de vidro, detergentes e sabões, e diversas atividades da indústria química. Idem, *ibidem*.

⁸³ *Apud.* MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. *Op. cit.*, p. 102-114.

A Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidros (ATBIAV) e suas associadas eram segundo o sindicato representante, as responsáveis pela importação irregular de barrilha, e tinham o objetivo de dominar o mercado nacional ou eliminar total ou parcialmente a concorrência. Conduzindo-se daquela maneira, as associadas da ATBIAV, em ação combinada com empresas estrangeiras produtoras da matéria-prima, “[p]oderiam, por exemplo, ter ajustado ou acordado com empresas estrangeiras a importação de barrilha, a preços intencionalmente baixos, independentemente das condições do mercado, no sentido de prejudicar a CNA e até levar essa empresa estatal a desaparecer, em contrário aos interesses fundamentais de nosso país.”⁸⁴

As associadas da ATBIAV buscavam dominar o mercado nacional de barrilha, e seriam cúmplices das empresas estrangeiras, estas estariam contribuindo decisivamente para o ocorrido, as quais, na sua maioria tinham empresas constituídas no Brasil. De fato, as empresas reduziram o consumo da matéria-prima produzido pela CNA – elemento que demonstraria a alegada importação irregular –, o que causou estranheza. Contudo, aos “elementos conjunturais econômicos” foram atribuídas as responsabilidades por tal situação, principalmente a recessão econômica em 1963, que havia afetado sensivelmente a situação econômica-financeira das indústrias de vidro. No curso do processo, surgiu a alegação de dumping, porém ficou demonstrado que a sensível baixa dos preços da barrilha importada não era artificial, em face das novas tecnologias, aproveitamento químico dos rejeitos produzidos na industrialização da barrilha, e produtos alternativos. A perícia nada encontrou em relação a irregularidade na importação; concordou com o argumento relacionado à recessão, e anuiu com os motivos para a oferta de um produto mais barato.⁸⁵

Em conclusão: da análise serena dos autos, consideramos não provadas: a importação irregular de barrilha; o emprego de qualquer outro meio, pelas indiciadas, visando o domínio do mercado nacional de barrilha ou à eliminação total ou parcial da concorrência; que as indiciadas tenham provocado condições monopolísticas em seu favor ou de companhia estrangeira, nem hajam utilizado meios artificiosos para

⁸⁴ Idem, p. 105.

⁸⁵ Idem, p. 102-114.

provocar a baixa de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de quaisquer vendedores de barrilha.⁸⁶

Como já asseverou Barral, a confusão entre os conceitos de dumping, *underselling* e preço predatório era uma constante nas decisões CADE⁸⁷. Contudo, se por hipótese as indiciadas tivessem sido condenadas numa interpretação extensiva da norma – já que não havia uma conduta tipificada sob a denominação de dumping – pela prática de dumping, tal interpretação necessariamente deveria trazer para o pólo passivo da relação as empresas estrangeiras. Já que o dumping necessariamente cinge-se ao comércio externo, sendo inadmissível aplicar tal conceito para as relações entre os agentes econômicos no mercado interno.⁸⁸

Assim, o entendimento pertinente a esta decisão é de que o CADE acreditava em sua competência para apreciar condutas de agentes econômicos estrangeiros, que afetassem o mercado e ou desrespeitassem a legislação nacional. Se o CADE acreditava em sua competência para verificar a veracidade da alegação de dumping, necessariamente deveria investigar a conduta de agentes econômicos estrangeiros, logo estenderia a sua competência jurisdicional ordinária baseada na territorialidade.

Em sentido contrário, algumas decisões negavam a competência internacional da legislação antitruste brasileira. O entendimento sobre a condição de norma penal da Lei n.º 4.137/62 era presente – inúmeras decisões prolatadas pelo CADE, afirmavam tal condição –, logo, um dos princípios, dentre outros, que deveria reger as relações apreciadas pelo CADE era *lex loci delicti comissi*.

Neste sentido o voto do Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins:

Não possuindo existência legal no Brasil e sim na Inglaterra e, segundo consta dos autos, em havendo praticado os atos que lhe são atribuídos, na Cidade de Londres, a legislação antitruste eventualmente aplicável à IEA seria a vigente naquele Reino europeu e não a expedida pela República

⁸⁶ Idem, p. 113

⁸⁷ BARRAL, Welber. Dumping, *underselling* e preço predatório. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, n. 29, jan./jul. 1999, p. 131.

⁸⁸ Ver BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Federativa do Brasil. E, assim sendo, votamos, pois, nesta primeira preliminar pela incompetência do CADE para julgar a IEA, em face do velho e pacífico princípio da jurisdição territorial das leis de índole penal e assemelhadas. Ou, como diziam os romanos: *lex loci delicti commissi*.⁸⁹

Em sentido contrário, o voto vencido do Conselheiro Hamilton Bittencourt Leal, afirmando a necessidade de responsabilizar empresas estrangeiras pelos atos jurídicos praticados no território nacional:

No que tange à primeira preliminar, é o seguinte meu entendimento: a companhia estrangeira, pelo fato de não possuir sede no Brasil, não pode deixar de responder, no foro federal, pelos atos jurídicos aqui praticados. Este o meu voto. No que concerne à segunda preliminar, acompanho o voto do Conselheiro Canedo de Magalhães.⁹⁰

Em outro procedimento de averiguações preliminares, o Conselheiro-Relator Guilherme Canedo de Magalhães reconhece a necessidade de disciplinar o comportamento de empresas multinacionais:

Não é a primeira vez que a empresa autora da representação formula a este órgão acusações semelhantes às do presente processo, especialmente contra empresas multinacionais, alegando atuação em detrimento de empresas de capital exclusivamente nacional. Está, mesmo, em curso neste Conselho processo administrativo contra diversas empresas consideradas multinacionais, sob a arguição da existência de um cartel na indústria eletro-eletrônica, processo que foi, também, oriundo de representação da empresa autora da

⁸⁹ Votos no Processo de Averiguações Preliminares n. 55 de 20 de outubro de 1975, representante: Codima Máquinas e Acessórios S/A, representadas: AEG Telefunken do Brasil S/, ASEA Elétrica S/A, Indústrias Elétricas Brown Boveri S/A, Indusselet S/A – Indústria de Transformadores Elétricos - Hitachi-Line – Indústria Elétrica S/A, Siemens S/A, General Electric Com. S/A, Toshiba do Brasil S/A e outras associadas do IBEMEP - Instituto Brasileiro de Estudos sobre Desenvolvimento da Exportação de Material Elétrico Pesado, IEA – International Electrical Association, Ltd., Renato Meier, Jean Pierre Grether, Shapoor Monadjem, Giuseppe Bertola, Henrique Breuer, Jean Rousseau, Olof Tage Ansgar Alveskog, Manoel da Costa Santos, Bo Goran Englund, Thomas Bomanach, Roberto Muller, A Amaridjan, Renato Prado, Michael de la Camp, Max Shimid, Carlos Alberto de Lima Mendonça, Paulo Rezende e Salvador Mourinho Durazzo. DOU de 19 de novembro de 1975, Seção I, Parte I, pp. 15468 e ss. *Apud*. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*, p. 24-25.

⁹⁰ Idem. *ibidem*.

denúncia que motivou o presente processo de averiguações preliminares. Parece-me certo que este órgão não deve ter qualquer comportamento discriminatório em relação a empresas multinacionais ou empresas de capital estrangeiro, cabendo-lhe estar atento ao procedimento de empresas, sejam nacionais ou não, no que tange ao exercício do uso do poder econômico, reprimindo as ações abusivas que porventura praticarem, como decorrência de expresse dispositivo constitucional.⁹¹

Apesar do CADE ter encontrado em sua atuação jurisdicional significativas oportunidades para esclarecer seu próprio entendimento sobre os limites de sua competência internacional, tal nunca foi exercido de maneira objetiva. Os procedimentos em que a idéia de dumping foi cogitada – ressalvada a cautela sugerida por Barral –, demonstravam ser um espaço adequado para a elucidação daquela questão. Contudo, tal não ocorreu. Também não se pode afirmar que fosse claro o entendimento do CADE em tal particular, no sentido de negar a sua competência internacional, apesar de enveredar-se para tal posicionamento em face da natureza jurídica da norma. Os votos em sentido contrário demonstram um pouco da divergência entre os posicionamentos dos conselheiros.

2.3.1. A competência internacional da legislação antitruste brasileira em função da Lei n.º 8.884/94

Com o surgimento da Lei n.º 8.884/94, não obstante as inúmeras alterações consignadas pela nova lei – v.g. a sistematização da matéria referente a atos de concentração, o fortalecimento do CADE –, um elemento de significativa importância foi inserido na Lei, é o art. 2.^o⁹². Este incorpora de forma expressa a idéia da competência internacional da legislação antitruste brasileira. Trata-se de um elemento muito delicado no

⁹¹ Votos no Processo de Averiguações Preliminares n. 69 de 28 de setembro de 1977, representante: Codima Máquinas e Acessórios S/A, representadas: Arno S/A, General Electric S/A, Toshiba do Brasil S/A, Siemens S/A, Manoel da Costa Santos, Franz Voeglei, Helmut Verweurt, Wilhelm Wehr, Gerald Thomas S. Smalley, Oscar S. Mito e Milton Jorge Minello. DOU de 18 de outubro 1977, Seção I, Parte I, pp. 13971 e ss. Idem, p. 55.

⁹² “Art. 2º - Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Parágrafo único. Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha

âmbito das Relações Internacionais⁹³, como já anotado, pela razão de ultrapassar o limite de atuação ordinária do ordenamento jurídico, ou o limite territorial de atuação jurisdicional da norma.⁹⁴

O âmbito de validade da lei antitruste está consignado no art. 2º, e consagra o princípio da territorialidade. Neste sentido, a legislação antitruste circunscreve sua validade ao território nacional. A territorialidade aqui é temperada por um conceito mais moderno de direito econômico que é o da “territorialidade objetiva”, que releva o alcance dos efeitos decorrentes das práticas restritivas do mercado⁹⁵. Esta concepção está manifestada na parte final do artigo, quando consigna a aplicação da Lei “[á]s práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Não obstante as considerações pretéritas, a partir de 1994 é que o tema ganha uma conotação mais significativa, em face da expressa previsão legal da competência internacional do CADE para a análise de atos e contratos realizados no mercado externo com efeitos no ambiente nacional. Neste período, alguns estudiosos resgataram o tema⁹⁶, permanecendo fundamentais as idéias precocemente apresentadas por José Carlos Magalhães e por Estrella Faria.

Embora o CADE tenha adotado uma postura discreta em relação à competência internacional, é indiscutível que o volume de negociações, atos e contratos que produzem efeitos no mercado brasileiro são significativos. As alterações profundas no sistema econômico mundial bem como no ambiente nacional justificam para o legislador brasileiro

no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.”. Disponível na internet: <http://www.mj.gov.br/cade/legi/lei.htm>, 06.10.2000.

⁹³ O brocardo utilizado na Idade Média, em realidade não difere muito da noção atual: *leges non valent ultra territorium*.

⁹⁴ “Few subjects in international law raise such incorrigible conflicts of interest as the exercise of extraterritorial jurisdiction in the antitrust context. As one commentator asked with respect to a U.S. court’s assertion of jurisdiction over British defendants, “[h]ow could American law, how could an American judgment applying American law possibly vary the rights and obligations created by an English contract to be performed outside the United States?” Indeed, international law is based on the notion that a state occupies a definite territory, within which it normally exercises exclusive jurisdiction”. ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. *Virginia Journal of International Law*, v. 33, n. 1, 1992, p.1.

⁹⁵ COELHO. Op. cit., p. 7.

⁹⁶ Ver excelente trabalho de Paula A. Forgioni. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 383-401. Ainda os textos de Lior Pinsky. Aplicação extraterritorial da Lei antitruste. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 115, p. 130-141 e Isabel Vaz. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p.263-274, 1997.

a existência da norma com tal conteúdo. Este controle limitado ao território brasileiro seria incompleto.⁹⁷

Hoje, a postura adotada pelo CADE tem sido de entender-se absolutamente competente para julgar quaisquer ações que possam gerar efeitos no mercado doméstico:

Em setembro de 1994, a *Nalco Chemical Company* (Nalco) e a *Exxon Corporation* por intermédio de sua subsidiária *Exxon Chemical Company* (Exxon), ambas companhias norte-americanas, realizaram contrato de associação mundial, para atuarem no mercado de aditivos químicos especiais. O negócio de aditivos químicos especiais compreende atividades referentes à venda e fabricação de vários produtos utilizados na industrialização e refino de petróleo e nas indústrias químicas e petroquímicas.⁹⁸

As conseqüências da operação ocorrem em diversos mercados, dentre eles EUA, Alemanha, Itália, França, Áustria e Bélgica. Nestes países, o ato de concentração foi submetido à apreciação das autoridades de controle de concorrência, tendo sido aprovado. No caso dos EUA, a FTC deixou o processo transcorrer *in albis*, portanto aprovado tacitamente. Os efeitos do negócio também alcançaram o Brasil, tendo aqui surgido a *joint venture* Nalco/Exxon Brasil.⁹⁹

No Brasil, a operação foi submetida à apreciação da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) na data de 6 de dezembro de 1994. Conforme o parecer da SEAE, a transferência da atividade de comercialização de aditivos químicos especiais da Nalco Brasil para a Nalco/Exxon Brasil não implicaria em qualquer aumento do grau de concentração ou modificação no processo concorrencial do mercado nacional, já que a subsidiária brasileira *Exxon Corporation* não fabrica esses produtos. A aprovação

⁹⁷ Neste sentido a opinião de Pinsky: "Cada vez mais empresas brasileiras são compradas por empresas estrangeiras. Cada vez mais o poder de decisão se desloca (normalmente, em direção ao norte). Cada vez mais estamos sujeitos a atos abusivos ou danosos à concorrência praticados no exterior". PINSKY, Lior. Aplicação extraterritorial da lei antitruste. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 115, p.140.

⁹⁸ "Ementa: Associação mundial de empresas. Criação de nova empresa, sob a forma de "Joint Venture". Competência do CADE para apreciar os Atos de Concentração Econômica, que produzam ou possam produzir efeitos no Brasil. Entendimento do art. 2 "caput", da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Registro de faturamento bruto anual, de qualquer dos participantes, ainda que no exterior, equivalente a quatrocentos milhões de reais. Obrigatoriedade da apreciação do ato pelo Conselho, a teor do art. 54 § 3º, da Lei 8.884/94. Ausência de reflexos no mercado relevante de aditivos químicos especiais. Autorização do Ato, pelo atendimento das condições do § 1, incisos I e II, do referido art. 54 da Lei Antitruste brasileira. Decisão unânime". Relatório e Votos no Ato de Concentração n.º 28/95, de 19 de junho de 1996, Requerentes: Nalco/Exxon Energy Chemicals Brasil Ltda. DOU de 18 de julho de 1996, p. 13195. Apud. DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁹⁹ Idem, *ibidem*.

deveu-se ao fato que a *joint venture* somente deteria 20% do mercado brasileiro de aditivos químicos especiais.¹⁰⁰

Em seu voto, o Conselheiro Relator Rodrigues Claves lembrou que lei antitruste fixa para sua aplicação o princípio da territorialidade, ressalvadas apenas as exceções decorrentes de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, na medida em que reprime os atos contrários à ordem econômica, praticados no todo ou em parte do território nacional. Aplica, ainda o princípio da ubiqüidade, na medida em que se considera competente para punir as infrações cometidas no exterior, que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional, basta que tenha no Brasil uma filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, ou mesmo não os tendo, simplesmente nele opere. Em sua justificativa, o conselheiro traz à apreciação da legislação os elementos de Direito Penal, nos seguintes termos:

Da mesma forma que no Direito Penal, há certos atos, no Direito da Concorrência, que embora praticados no estrangeiro afetam de tal forma o mercado internõ que é como se fossem praticados no próprio território nacional: são as chamadas “práticas á distância”. Para esta, a lei brasileira adota, concomitantemente, a teoria da ubiqüidade, em que são combinadas a teoria da atividade e a teoria do efeito. Aplica-se, em consequência, a lei brasileira nacional, àqueles que nele produzam ou possam produzir efeitos. Se configurarem esses atos infrações contra a ordem econômica brasileira, seus responsáveis deverão ser punidos de acordo com a lei brasileira independentemente do fato de já terem sido punidos ou, eventualmente, absolvidos no exterior. Esses princípios também estão presentes em parte da legislação de outros países, regulam a repressão e o controle dos atos de abuso do poder econômico na referida Lei n. ° 8.884/94, de 11 de junho de 1994, a matéria está regulada em seu art. 2º.¹⁰¹

Ao final vota pela aprovação do ato, que não acarretaria alterações consideráveis no mercado relevante de aditivos químicos especiais, do qual participam inúmeras outras empresas, em percentuais pulverizados.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*.

Para o Conselheiro vogal Antonio Fonseca, o art. 2º da Lei Antitruste adota a doutrina dos efeitos, “[e]mbora, em princípio, a lei de concorrência aplica-se nos limites do território nacional, excepcionalmente a aplicação de atos ou práticas que, realizados no exterior, produzam os seus efeitos no território nacional. A extraterritorialidade é excepcionalmente aceita por várias jurisdições”¹⁰²

Em julho de 1997, O Ato de Concentração n.º 132/97, tendo como requerentes *Aticus Corporation e Texas Internacional Inc.*, teve a seguinte decisão:

Extra-territorialidade da Lei – Ato de Concentração – Operação no exterior – Empresas, adquirente e adquirida, que atuam no Mercado Nacional apenas mediante exportações – Não conhecimento – Voto vencido

Os atos previstos no § 3º do art. 54 da Lei n.º 8.884/94 são aqueles realizados no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos ainda que realizados no estrangeiro. Não produz nenhum efeito relevante, para fins de controle das concentrações, o ato realizado no estrangeiro cujas partes não exercem nenhuma coordenação de comportamento concorrencial no mercado brasileiro.¹⁰³

Em outubro de 1997, o Ato de Concentração n.º 120/97, tendo como requerentes *Henkel KgaA, Henkel S.A. Indústria Químicas, Loctite Corporation e Loctite Brasil Ltda*, com a seguinte decisão:

Extra-territorialidade da Lei – Ato de Concentração – Operação realizada no exterior, em Bolsa de Valores – Empresa controladora de subsidiária no Brasil – Sujeição ao CADE.

Sujeita-se à apreciação do CADE o ato de concentração realizado no exterior, ainda que em Bolsa de Valores, se as

¹⁰¹ Voto do Conselheiro Relator Rodrigues Claves no Ato de Concentração n.º 28/95, de 19 de junho de 1996, Requerentes: Nalco/Exxon Energy Chemicals Brasil Ltda. DOU de 18 de julho de 1996, p. 13195. Apud. DUTRA, Pedro. Op. cit.

¹⁰² Voto do Conselheiro vogal Antonio Fonseca no Ato de Concentração n.º 28/95, de 19 de junho de 1996, Requerentes: Nalco/Exxon Energy Chemicals Brasil Ltda. DOU de 18 de julho de 1996, p. 13195. Apud. DUTRA, Pedro. Op. cit.

¹⁰³ Voto no Ato de Concentração n.º 132/97, de 23 de julho de 1997, vencido o Conselheiro Leônidas R. Xausa, que conhecia do requerimento para aprová-lo, Requerentes Aticus Corporation e Texas Internacional Inc. DOU de 19 de agosto de 1997, Seção I, p. 17900. Apud. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE. São Paulo: Singular, 1998, p. 443.

empresas envolvidas controlarem subsidiárias no Brasil, mesmo quando não haja alteração da estrutura societária da empresa nacional.¹⁰⁴

Em outubro de 1999, as empresas de telecomunicação *MCI Worldcom Inc.*, *Sprint Corporation* e *France Telecom* apresentaram plano contendo proposta de fusão, nos termos do artigo 54 da Lei 8884/94. Como é de ciência pública, as empresas *MCI Worldcom Inc.*, *Sprint Corporation* participam do controle acionário, respectivamente, das empresas Embratel S.A. e Intelig Ltda. – *France Telecom* tem participação acionária no capital social da *Sprint* – as quais são as únicas prestadoras dos serviços telefônicos fixo comutado nas modalidades longa distância nacional e internacional, a primeira na condição de concessionária e a segunda, como autorizatária ou “empresa espelho”.¹⁰⁵

A proposta de fusão celebrada entre as empresas apontadas daria ensejo a possibilidade de que as decisões estratégicas fossem compartilhadas entre aquelas empresas. Possibilitaria aos concorrentes – Embratel e Intelig – por intermédio das controladoras, tomarem conhecimento das estratégias comerciais, comprometendo irreversivelmente a concorrência no serviço de telefonia bem como no setor de telecomunicações.¹⁰⁶

Em razão dos elementos arrolados, a Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado submeteu ao Plenário do CADE a determinação de adoção de medida cautelar, para prevenir efeitos anticompetitivos derivados da operação e preservar a capacidade do CADE para apreciar eficazmente a operação. Assim determinou: i) proibição da troca de informações e do afastamento de funcionários (Sprint e Intelig); ii) proibição da troca de informações (MCI/Sprint); iii) proibição da troca de informações e de intercâmbio de funcionários (Sprint/France Telecom); iv) vedação de acordos comerciais; v) suspensão do exercício do direito de voto (Sprint/Telecom Entity/Intelig); vi) documentos encaminhados pelas requerentes juntados em apartados sigilosos; vii) cominação de multa diária de

¹⁰⁴ Voto do Ato de Concentração n.º 120/97, de 29 de outubro de 1997, Requerentes: Henkel KgaA, Henkel S.A. Indústria Químicas, Loctite Corporation e Loctite Brasil Ltda. DOU de 10 de novembro de 1997, Seção I, p. 25626. Idem., p. 444.

¹⁰⁵ Despacho LHS n.º 03/2000 no Ato de Concentração: 08012.005846/99-12. Conselheira-Relatora Lucia Helena Salgado. Requerentes: *MCI Worldcom Inc.*, *Sprint Corporation* e *France Telecom* em 17 de Janeiro de 2000. Disponível na internet: <http://www.mj.gov.br/cade/cautmci.htm>. 20.10.2000.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*.

100.000 (cem mil) UFIR(s), pelo descumprimento de quaisquer obrigações ou prazos previstos no Despacho.¹⁰⁷

No que tange à “vedação de acordos comerciais”, torna-se clara a intenção de que os efeitos da decisão do CADE produzam eficácia fora do território nacional:

“Da vedação de acordos comerciais: Tendo em vista o Comunicado à Imprensa, no qual as empresas MCI WorldCom e Sprint anunciaram a intenção de firmar acordos comerciais antes do fechamento da proposta de fusão, e considerando que tais acordos podem produzir efeitos concorrenciais indesejáveis no Brasil, a MCI WorldCom e a Sprint estão **proibidas** de realizar qualquer acordo comercial entre si, ou entre suas subsidiárias, no Brasil ou no exterior, que impliquem em qualquer efeito sobre a condução dos negócios da Embratel ou da Intelig, até a apreciação final da operação. A mesma restrição aplica-se à empresa France Telecom, que não poderá firmar acordos comerciais com a Sprint, no Brasil ou no exterior, que impliquem em qualquer efeito sobre a condução dos negócios da Intelig.”¹⁰⁸

Neste caso, todas as determinações emanadas do CADE têm a pretensão de alcançarem as empresas *MCI WorldCom*, *Sprint* e suas subsidiárias para que não permutem informações sobre negócios, propriedades e pessoal, ou quaisquer outras informações de caráter privado e comercial com significado competitivo, capazes de afetar, direta ou indiretamente, a condução dos negócios da Embratel ou da Intelig.¹⁰⁹

Em verdade as autoridades antitruste no Brasil ainda não firmaram um posicionamento claro, contundente sobre o tema da competência internacional, apesar das decisões reconhecerem a mesma. Os casos que discutem os limites jurisdicionais não são numerosos, nem tampouco prejudicaram de tal modo o mercado, que justificassem uma postura unilateral agressiva. O caso *MCI WorldCom*, *Sprint* demonstra a maturidade da autoridade antitruste, que acabou preventivamente evitando efeitos mais graves para o mercado nacional de telecomunicações. De qualquer maneira, ainda não se pode ter uma visão ampla das perspectivas da competência internacional brasileira em matéria antitruste,

¹⁰⁷ Idem, ibidem.

¹⁰⁸ Idem, ibidem.

¹⁰⁹ Idem, ibidem.

nem elementos que demonstrem a eficácia da postura adotada pelas autoridades antitruste brasileira.

3. Efeitos gerados pelo exercício unilateral da competência internacional em direito antitruste por parte dos países

Não se pode negar que as regras de concorrência desempenham um papel fundamental dentro do sistema econômico que atualmente conduz a grande maioria dos países. Contudo, a concorrência nem sempre é considerada fundamental pelos Estados. Os diferentes mecanismos de condução das políticas econômicas dos diversos Estados, ocasionalmente, podem considerar indesejável a concorrência.

Somente para ilustrar, inúmeras correntes do pensamento econômico atribuem qualidades significativas ao monopólio ou ao oligopólio, o que certamente é compreensível dentro de certos parâmetros. Assim, o fato de um determinado Estado imiscuir-se na conduta de um agente econômico de outro Estado – na hipótese aventada pelo trabalho, relacionada à manutenção da concorrência – pode acarretar sérios conflitos políticos e diplomáticos.

Os interesses dos países não são e nunca serão uniformes. Vislumbre-se a hipótese da Petrobrás no Brasil. A empresa, justamente num período de quebra de monopólios, em que sua passagem para o controle completo da iniciativa privada era invocado como necessário, torna-se um instrumento de política econômica do governo federal. Permitindo a concorrência em determinados ramos da atividade petroquímica, e mantendo o monopólio, inclusive com novos investimentos estatais.¹¹⁰

¹¹⁰ A Lei nº 9.478/97 que dispõe sobre a política energética nacional, sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo: “Art. 4º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades: I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural. Art. 5º As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

Ainda, outro exemplo que demonstra a diferença de interesses: quando as empresas *Boeing Company*^b – atua na produção de aeronaves comerciais, nos setores militar e aeroespacial – e a *McDonnell Douglas Corporation* (MDC) – opera nas áreas de aviação militar e comercial, sistemas espaciais e eletrônicos e serviços financeiros – ambas empresas norte-americanas, concluíram acordo através do qual a MDC se tornaria filial da Boeing, as autoridades antitruste norte-americanas aprovaram o acordo sem nenhuma restrição, em tempo absolutamente exíguo. Apesar da forte concentração oligopolista originada no mercado norte-americano.¹¹¹

Já para Comissão Européia de Concorrência, o acordo daria origem ao reforço de posição dominante, e teria como consequência dificultar de forma significativa a concorrência no Mercado Comum Europeu. A Boeing apresentou compromisso em relação à sua postura futura no mercado europeu. Tendo sido aprovado o acordo, depois de complexas investigações – auxiliadas pelas autoridades norte-americanas – com conseqüente assinatura de compromissos de desempenho.¹¹²

Um último exemplo, com muita freqüência citado, refere-se ao mercado japonês. Este, como se sabe, é dominado, em verdade, por menos de dez grandes grupos¹¹³ que controlam toda a economia do país.¹¹⁴

¹¹¹ Em nível mundial a Boeing concentra 60% do mercado mundial de aviões comerciais à jato, já a MDC representa 24%, e consórcio europeu Airbus – criada em dezembro de 1961, pertencente a alemães, ingleses, franceses e espanhóis – detêm 12% do mercado mundial. No espaço econômico europeu a Boeing detêm 58% do mercado de aeronaves comerciais, a MDC possui 20% e a Airbus 21%; logo, tem grande impacto comunitário. Decisão de 30 de julho de 1997 – Processo IV/M.877 – Boeing/McDonnell Douglas. Jornal oficial n. L 336 de 08/12/1997, p. 0016-0047. *Apud* Decisão da Comissão Européia sobre a operação de concentração Boeing/ McDonnell Douglas. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v. 6, n. 1, p.111-173, 1999.

¹¹² *Idem*, *ibidem*.

¹¹³ A expressão “Japan, Inc.,” é neste sentido utilizada pelo jargão economês. Ver neste sentido: KRUGMAN R. Paul e OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. 4. ed. São Paulo: Makron books, 1999, p. 292-293.

¹¹⁴ “The text of Japan’s Antimonopoly Law reads as substantively similar to US antitrust law or Australian competition law statutes. The problem has been that its application in the postwar period was largely curtailed by a political preference for market stability and security for domestic industry over market competition and consumer welfare. (Tilton, 1998:184) The Japan FTC itself possibly shared that preference for stability over untrammled market competition (Haley, 1997: 147). Although the Ministry of International Trade and Industry (MITI) was responsible for dictating or supporting the cartelisation of selected industries, for example, Japan’s FTC cooperated – although, argues Haley, did not capitulate in the process (1997: 147). The Japan FTC did not provide a bulwark against the prevalence of administrative guidance by MITI and other agencies and few foreign companies in the Japanese market or seeking to enter it were prepared to test the agency’s complaint process, although this was a route open to them.” TAYLOR, Veronica. Re-regulating Japanese Transactions: the Competition Law Dimension. *International Center for Comparative Law & Politics Review*, Tokyo: The University of Tokyo.vol.3., n. 2, oct.2000, p.17.

Assim, as diferenças de interesses econômicos geram conflitos significativos em matéria antitruste. A radicalização destas diferenças ficou demonstrada quando da edição por alguns países de regras de bloqueio, limitando a atuação investigativa de um país em relação a agentes econômicos de outro.

3.1. As regras de bloqueio: a radicalização do conflito de interesses decorrente da extensão da competência jurisdicional em matéria antitruste

Dentro da análise do sistema norte-americano de competência internacional relacionado ao direito antitruste, observou-se uma significativa efervescência teórico-jurisdicional na tentativa de dar efetividade à proteção do mercado dentro do EUA, ao mesmo tempo em que se buscou amainar os conflitos com os demais países.

No Brasil, a atuação discreta dos órgãos de controle de concorrência forneceu a dinâmica da apreciação de atos e contratos ocorridos fora do território nacional. Os casos referidos no item precedente, garimpados, demonstram os titubeios iniciais de uma cultura da concorrência em formação, enquanto que os atuais demonstram uma maturidade institucional em afirmação. De qualquer maneira, não há notícias nem elementos que indiquem que o reconhecimento, bem como a imposição, de uma decisão com objetivo de proteger o mercado interno de atos e contratos realizados no mercado externo tenham alcançado de modo eficaz seus objetivos, nem que tenham sido objeto de censura por outros Estados soberanos.

A idéia da extraterritorialidade – leia-se competência internacional – tem demonstrado ser uma solução inadequada para o controle e manutenção da concorrência nas relações econômicas. As autoridades antitruste têm encontrado problemas práticos significativos na aplicação das suas regras de controle de condutas anticompetitivas internacionais. Tem sido demonstrado, ainda, com frequência, a dificuldade para autoridades nacionais obterem provas, documentos, testemunhos sobre atividades que aconteceram ou estão acontecendo fora de seus limites jurisdicionais. No que tange as

concentrações, onde diversas autoridades antitruste reivindicam sua afirmação jurisdicional, os atritos e as ineficiências são crescentemente produzidos.¹¹⁵

Apesar das autoridades antitruste em todo mundo pautarem suas ações com base em regras relacionadas ou influenciadas pela teoria dos efeitos, logo, com a pretensão da competência para apreciar condutas danosas aos mercados nacionais originados em ambientes externos, várias limitações de ordem prática se manifestam. O elemento que tolhe a possibilidade de sucesso das pretensões de eficácia da competência internacional em matéria antitruste, decorre dos limites políticos, legais e jurídicos existentes no Estado em que se pretende seja observada a decisão; o que poderia ser chamado de poder soberano do Estado.

De um modo explícito ou tácito, os Estados podem valer-se dos mais diversos argumentos para evitar que um terceiro Estado interfira em seus assuntos internos, ou em assuntos que de alguma forma lhe são afetos. De forma explícita, pode um Estado editar regras com objetivo incontestado de subtrair da esfera de possibilidade de atuação qualquer regra jurídica particularizada que não as suas próprias. Tacitamente, quando por intermédio de subterfúgios, determinado Estado evita que decisões – de qualquer natureza –, adotadas por uma autoridade num outro Estado, não ampliem o limite de validade jurisdicional que ordinariamente possuem.

Em matéria antitruste, tal postura recebeu a denominação de *blocking statute*. Em diversos Estados – Austrália, Canadá, França, Inglaterra e África do Sul¹¹⁶ – foram editadas regras com o intuito específico de evitar que decisões em matéria antitruste alcançassem um extensão além da ordinária, indesejável em face das estratégias comerciais internacionais dos Estados.

Aqui como em outros tópicos relacionados a direito antitruste, apresenta-se um elemento estranho dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que do mesmo modo, não

¹¹⁵ “Nevertheless, extra-territoriality has proved to be an inadequate solution for international antitrust concerns. Antitrust authorities have encountered significant practical problems in applying their own rules to extra-territorial conduct. It has often proved quite difficult for national authorities to obtain evidence about activities that occur outside their territory. In addition, the assertion of overlapping jurisdictional claims by separate antitrust authorities has produced increasing friction and inefficiency, especially in the area of merger law.” HANSEN, Patricia Isela. Antitrust in the global market: rethinking “reasonable expectations”. *Southern California Law Review*. Vol. 72, 1999, p. 1609.

¹¹⁶ ALFORD. Op. cit., p. 10, nota de rapapé n.º 52.

parece adequado em sua utilização dentro do ordenamento jurídico nacional¹¹⁷. Foge aos objetivos e propósitos do trabalho buscar elementos relacionados à origem das regras de bloqueios¹¹⁸ e ou explicações que enquadrem esta classe de normas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Obviamente, há no ordenamento jurídico brasileiro elementos que limitam a possibilidade de que outro Estado imponha suas decisões dentro do território brasileiro que, contudo, não recebem a denominação de regras de bloqueio.

Forgioni apresenta interessantes considerações neste particular. Observa aquela autora que um exemplo de regra de bloqueio não explícita no ordenamento nacional “[p]oderia ser desempenhada pelo art. 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que impede a homologação de sentença estrangeira “que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”¹¹⁹ (grifou-se)

Ressalvada a idéia sugerida por Forgioni, ainda que de forma condicional, sugestiva, não parece de todo adequada sua utilização. O art 216 do Regimento Interno do STF não é uma regra de bloqueio, nem poderia ser assim referida. Ainda que possa produzir uma limitação na pretensão de outros Estados, decorre absolutamente da natureza deliberativa da qual deriva o sistema brasileiro de reconhecimento de eficácia de sentença

¹¹⁷ De modo geral, a apropriação por parte do ordenamento jurídico nacional das idéias norte-americanas relacionadas a antitruste, revelou uma forte influência posterior na política brasileira da concorrência. Apenas para argumentar, relata-se sucintamente, momentos em que a doutrina nacional questiona o abuso dos estrangeirismos. Lembra Venancio Filho, que trabalhos doutrinários e pronunciamentos do CADE utilizam perversa citação em língua inglesa, e que tal deve ser evitado já que perfeitamente traduzíveis para o vernáculo, v.g. “*market power*” (poder de mercado) e “*share market*”(parcela de mercado). VENANCIO FILHO, Alberto. Carta do Dr. Alberto Venancio Filho ao presidente do IBRAC, Dr Carlos Francisco Magalhães e ao presidente do CADE, Dr. Gesner de Oliveira. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v.5, n. 1, 1998, p.3-4.

Ainda, a constatação de Grau e Forgioni: “É certo no entanto que, embora o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras possa consubstanciar fonte de subsídios útil, nem uma nem outra podem ser tomadas como absolutas. Vale dizer: elas não podem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico. A indiscriminada transposição de teorias e paradigmas pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia da legislação brasileira e nos conduzindo por caminhos incompatíveis com o direito brasileiro”(...)“Em linguagem simpática aos especialistas do antitruste, deve-se proceder a uma análise pelo *case by case approach*, tomando-se em conta o mercado e o sistema jurídico brasileiro, como um todo” GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n.º 8.884, de 1994 e Lei n.º 6.729, 1979 (“Lei Ferrari”). *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v.6, n. 1, 1999, p.7 e p. 9. Ver ainda, FORGIONI. Op. cit., p. 400-401.

¹¹⁸ Para uma definição de regras de bloqueio remete-se à Elliott: “*The United Kingdom's Protection of Trading Interests Act of 1980, a so-called blocking statute, makes it difficult to depose witnesses, obtain documents, or enforce extraterritorially multiple liability judgments in the United Kingdom*”. ELLIOTT. Op. cit. nota de fim n. 94.

estrangeira. O juízo de delibação exige que a decisão estrangeira seja submetida ao crivo dos tribunais nacionais, mais precisamente do STF. Não tendo surgido com o propósito específico de contrapor-se a decisões de outros Estados em matéria antitruste, não poderia ser assim considerado.

3.2. *The United Kingdom's Protection of Trading Interests Act* de 1980, e a justificativa para sua edição com base na argüição de A. V. Lowe

A postura norte-americana acabou desencadeando uma significativa represália conduzida pelo Governo Britânico. Este editou *The United Kingdom's Protection of Trading Interests Act of 1980*. Tal estatuto denominado de *blocking statute*, tornava difícil o depoimento de testemunhas e à obtenção de documentos em procedimentos antitruste.¹²⁰

A discussão ganhou notoriedade em face de uma controvérsia surgida em 1981 entre os professores Lowe e Lowefeld. Tal controvérsia apresenta a visão de norte-americanos e britânicos em relação à competência internacional em matéria antitruste.

Assim, as considerações dos britânicos, sintetizadas por Lowe: *The Protection of Trading Interests Act* de 1980 era baseado nas seguintes medidas, são elas: i) proibia obediência dos cidadãos britânicos às ordens emanadas de autoridades estrangeiras, com pretensão extraterritorial em prejuízo dos interesses comerciais britânicos; ii) proibia a execução no Reino Unido, de julgamentos estrangeiros relacionados a práticas restritivas; iii) estabelecia proteção dos negócios britânicos contra sentenças de tribunais estrangeiros que estabelecessem a obrigação de reparar danos por intermédio de procedimentos nos tribunais do Reino Unido.¹²¹

¹¹⁹ FORGIONI. Op. cit. p. 392.

¹²⁰ "The United Kingdom's Protection of Trading Interests Act of 1980, a so-called blocking statute, makes it difficult to depose witnesses, obtain documents, or enforce extraterritorially multiple liability judgments in the United Kingdom". ELLIOTT. Op. cit. nota de fim n. 94.

¹²¹ *This aim is secured, in general terms, by a combination of three measures. Firstly, an extension of the power of the British Government to forbid compliance by British citizens and businesses with orders of foreign authorities, where those orders have extraterritorial effect and prejudice British trading interests. Secondly a prohibition on the enforcement by United Kingdom courts of foreign judgments involving the award of multiple damages and of certain other judgments touching upon the control of restrictive practices. Thirdly, the establishment of a right for British citizens or businesses against whom foreign courts have awarded multiple damages to recover the noncompensatory element from the original plaintiff by an action in a United Kingdom court.* LOWE. Op. cit. p. 257.

Embora destinada a evitar incursões de autoridades estrangeiras na jurisdição britânica, o principal alvo do estatuto era evitar a ação das autoridades norte-americanas. As relações anglo-americanas no que tange às práticas restritivas comerciais transnacionais sempre deram ensejo a grandes controvérsias. Neste contexto, a principal discordância anglo-americana é relacionada à extensão jurisdicional das leis antitruste norte-americanas, particularmente relativas à indústria naval, durante determinado período. Cada um dos países mantinha uma política diversa em relação à indústria naval. No Reino Unido, cartéis navais foram aceitos por mais de um século como sendo um “mal necessário”, desde que os serviços navais fossem mantidos de forma estável, regular e eficiente. Este comportamento foi apoiado por uma série de medidas governamentais.¹²²

As reivindicações norte-americanas em relação a assuntos processuais, particularmente ordenando a produção de documentos em seus tribunais, criaram animosidades significativas em relação aos britânicos. Não sendo, portanto, surpreendente o sucessivo ressentimento criado.

Antes de 1964, uma série de incidentes envolvendo pretensão das autoridades norte-americanas de jurisdição extraterritorial resultou em objeções por parte das autoridades britânicas. Em 1960, por exemplo, no *Montship case* – investigação dos tribunais americanos relativa a indústria naval, envolvendo mais de duzentas empresas proprietárias de navios e onze governos –, os britânicos desafiaram a pretensa jurisdição extraterritorial do *Federal Maritime Board* (FMB), para requerer o arquivamento de documentos relativos a negócios realizados fora dos EUA. No ano seguinte, Reino Unido e outros onze Estados objetaram formalmente a atribuição de jurisdição extraterritorial à FMB.¹²³

Nos períodos posteriores, os britânicos cuidaram de adotar medidas que limitavam a possibilidade de países estrangeiros de exercer seus objetivos extraterritoriais. Neste sentido, em 1964, a edição do *Shipping Contracts and Commercial Documents Act*, que proibia qualquer complacência com requerimentos estrangeiros, tais como dados comerciais e documentos que possuíssem informações ou qualquer registro de informação relativo à negócios de qualquer natureza. O propósito imediato da Lei era proteger a

¹²² Idem, p. 257-258.

¹²³ Idem, p. 260.

indústria naval britânica. Contudo, o Governo estava atento à possibilidade de invocar a proteção para outros setores da economia, em face da aplicação da legislação antitruste norte-americanas.¹²⁴

Cinco anos depois da aprovação do *Shipping Contracts and Commercial Documents Act*, o governo britânico manteve clara sua visão de que a prática estatal era estabelecida pelas regras de direito internacional. Em seus memoriais à *Commission of the European Communities*, o governo britânico declarou que a jurisdição substantiva em assunto antitruste deveria ser tomada com base nos princípios da territorialidade e da nacionalidade. Não existindo nada na natureza do procedimento antitruste que justificasse uma aplicação mais ampla dos princípios geralmente aceitos em outros assuntos; pelo contrário, há muito que se pedia uma aplicação limitada. A teoria dos efeitos não era uma base permissível para o exercício da jurisdição.¹²⁵

Um período de trégua intranquila seguiu-se após a promulgação do Ato de 1964, embora sem nenhum acordo com as autoridades de EUA. O mais positivo é que os britânicos renovaram os esforços diplomáticos para assegurar interesses de ambos os países em relação ao assunto, inclusive com adoção de uma proposta de acordo para troca de informações sugerida pela *Organisation Economic Co-operation and Development* (OECD). Em 1967 e 1973, a OECD produziu recomendações aos membros respectivamente, em relação cooperação e em relação a consultas e conciliação, em função de práticas restritivas que afetavam o comércio internacional. As decisões no caso *Timberlane* bem como em *Mannington Mills* contribuíram para evolução da doutrina da necessária consideração dos interesses da comunidade internacional.¹²⁶

¹²⁴ "Here, "commercial" information and documents meant any information or record of such information relating to business of any description. While the immediate purpose of the Act was to afford protection to British shipowners, the Government was alive to the probability that the American antitrust laws would be invoked from time to time in respect of other industries." *Idem*, p. 262.

¹²⁵ "Five years after the passage of *Shipping Contracts and Commercial Documents Act*, the British Government made clear its view of what the rules of international law established by state practice were. In an aide-mémoire to the *Commission of the European Communities*, the British Government stated: On general principles, substantive jurisdiction in antitrust matters should only be taken on the basis of either (a) the territorial principle, or (b) the nationality principle. There is nothing in the nature of antitrust proceedings which justifies a wider application of these principles than is generally accepted in other matters; on the contrary, there is much which calls for a narrower application. The effects doctrine was not regarded as a permissible basis for the exercise of jurisdiction." *Idem*, p. 264.

¹²⁶ *Idem*, p. 267-269.

Contudo, a postura amistosa dos norte-americanos findou com o caso *Westinghouse Corporation v. Rio Tinto Zinc (RTZ)*. A empresa norte-americana Westinghouse acusou a empresa britânica RTZ de pertencer a um cartel internacional de urânio, responsável pela elevação de preços, que tornava impraticável o cumprimento de contratos assinados pela *Westinghouse*. Esta foi processada em mais de dois bilhões dólares pelo inadimplemento contratual, e requereu uma indenização de seis bilhões de dólares contra membros do cartel, incluindo a RTZ.

No curso da investigação sobre o cartel do urânio, as autoridades judiciárias norte-americanas buscaram obter evidências junto aos diretores britânicos da RTZ. Estes imediatamente comunicaram a *House of Lords*. Entenderam as autoridades britânicas que: i) a legislação antitruste dos EUA não deveria prover jurisdição para que tribunais norte-americanos investigassem companhias ou indivíduos não-norte-americanos em relação às ações deles fora do EUA; ii) O Reino Unido não reconhecia nenhuma investigação como sendo válida; iii) qualquer uso das leis antitruste dos EUA que excluísse as autoridades do Reino Unido era uma invasão da sua soberania.¹²⁷

Depois do episódio, relata Lowe, os britânicos acreditaram que era o momento de alterar novamente sua lei, optando por uma forte ação defensiva dos interesses britânicos no comércio ultramarinho. Tendo, portanto, surgido em 1980, o *Protection of Trading Interests Act*.

Em suas observações finais, comenta Lowe que as regras britânicas originais de bloqueio de 1964 eram baseadas na proteção da Inglaterra contra infrações à sua jurisdição. A nova regra de bloqueio, antes de começar com a premissa de que DI distribuía jurisdição entre Estados de acordo com certas regras, que deveriam ser protegidas contra intervenções, estabelece a premissa de que a soberania britânica teria o direito de proteger e regular os negócios britânicos, e afirmar jurisdição para alcançar a proteção aos interesses comerciais britânicos. A nova Lei, e as alterações produzidas por ela, não pretendiam solucionar as controvérsias relacionadas a aplicação jurisdicional, mas sim, estabelecer limites para competência jurisdicional, pelo efetivo exercício da soberania. Portanto, uma política mais

¹²⁷ Idem, p. 269-270.

agressiva de afirmação de competência internacional, ao invés de composição de interesses.

128

Esta mudança de rumos demonstra a inadequação das regras clássicas de jurisdição para a regulação do comércio internacional. As regras clássicas desenvolveram-se ao lado do conceito de soberania e originalmente se aliaram, de perto, a noções de submissão, relacionada à soberania territorial ou relativas à nacionalidade. A consolidação destas regras durante o período na qual a soberania emergiu como o princípio básico de DI coincidiu com um período em os Estados buscaram regular o comércio internacional, por meio de dispositivos mercantilistas, tais como tarifas e subsídios.¹²⁹

Acredita Lowe que havia uma escassa necessidade de criar um sistema para a distribuição racional de competência para regular transações internacionais. Porém, o grande aumento da interferência governamental no comércio durante os últimos cem anos estabeleceu uma percepção crescente de que as operações comerciais privadas estrangeiras pudessem infligir danos consideráveis aos cidadãos de um Estado. Havia, portanto, uma clara necessidade de uma nova base teórica para distribuição de competência para regular as transações empresariais internacionais. Não era mais suficiente a adoção de uma competência exclusiva do Estado em relação ao seu território para resolver os problemas que interessassem as relações internacionais.¹³⁰

¹²⁸ "The original British blocking statute of 1964 was based upon the protection of Britain against infringements of its jurisdiction. However, this approach is plagued with difficulties where jurisdiction over at least some part of international trading activities is concurrent. Hence the change of approach in the new Act. Rather than starting from the premise that international law allocates jurisdiction between states according to certain rules, which must be protected against encroachment, the new Act seems to start from the premise that British sovereignty must include the right to protect and regulate British business, and to assert such jurisdiction as is necessary in the circumstances to achieve that end. This may be seen as a move away from attempts to confine exercises of sovereignty within controversial rules of jurisdiction, towards the establishment of boundaries of effective jurisdictional competence by the exercise of sovereignty." *Idem*, p.280.

¹²⁹ "This change of approach evidences the unsuitability of the classical rules of jurisdiction for the regulation of international trade. These rules developed alongside the concept of sovereignty and originally were closely allied to notions of allegiance, on the basis either of presence within the sovereign's territory or of nationality. The consolidation of these rules during the period in which sovereignty emerged as the basic principle of international law coincided with a period in which, to the extent that states did try to regulate international trade, they did so by means of mercantilist devices such as tariffs, bounties, and trading prohibitions which operated within the range of the classical rules concerning jurisdiction." *Idem*, p. 280-281.

¹³⁰ *Idem*, p. 281.

O reconhecimento de interdependência econômica seria necessário. O recurso da cortesia internacional – *comity*¹³¹ –, bem serviu aos problemas de DI privado onde raramente os interesses soberanos colidiam. Contudo, o *comity* apresentaria elementos incertos em suas origens, conteúdos e métodos de aplicação, sendo necessário um refinamento do conceito de soberania em DI, de forma que possa acomodar as noções de independência e de interdependência crescente dos Estados, sem perder a coerência como princípio legal.¹³²

Lembrava ainda Lowe, que em matéria antitruste, as políticas britânicas e norte-americanas seriam semelhantes bastante para um possível acordo de troca de informações e cooperação nas atividades que interessavam ambas as jurisdições. De qualquer maneira, pensa que a edição do instrumento legal referido poderia estimular reconsiderações dos princípios de soberania e jurisdição em DI.¹³³

3.3. A réplica de Andreas F. Lowenfeld às considerações de A. V. Lowe

A resposta às considerações do “porta-voz” dos interesses britânicos não tardou. Em julho de 1981, dois meses depois de Lowe expor suas razões, *The American Journal of International Law* publicou a réplica de que contrapunha e justificava a postura dos EUA.¹³⁴

Inicialmente, pensa Lowenfeld que o artigo de Lowe traz elementos antiamericanistas. Mas que contudo, demonstra as diferenças existentes entre a visão dos EUA e do Reino Unido em relação a regulação transnacional da atividade econômica; lembra que os EUA têm se esforçado para aplicar o princípio de razoabilidade como

¹³¹ “Comity: - 1. mutual courtesy; civility. 2. Internat. Law. courtesy between nations, as in respect shown by one country for the laws, judicial decisions, and institutions of another.” *Webster’s new universal unabridged dictionary*. New York: Barnes & Noble Books, 1992, p. 295.

¹³² “What is needed is a refinement of the concept of sovereignty in international law, so that it can accommodate both notions of the independence of states and of the increasing interdependence of states, without losing its coherence as a legal principle.” LOWE. Op. cit. p. 281.

¹³³ *Idem*, p. 282.

¹³⁴ LOWENFELD, Andreas F. Editorial comment: Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: a reply to A. V. Lowe. *The American Journal of International Law*. Vol. 75, n. 3 July 1981, p. 629-638.

limitador no exercício de jurisdição. Combate ainda o argumento da soberania, entendendo que esta apresenta problemas em sua orientação se confrontada com a realidade atual.¹³⁵

Lowenfeld entende que os estatutos britânicos de proteção dos seus interesses são os responsáveis pela conduta norte-americana em relação à regulação de atividades econômicas transnacionais.

O entendimento norte-americano era bastante simples, segundo o ponto de vista de Lowenfeld. Para este, se determinadas empresas, todas elas norte-americanas, não pudessem reunir forças para estabelecer o preço de um produto vendido nos EUA, por que poderiam outras empresas, por exemplo, não norte-americanas, gozar de tal possibilidade? Ainda, se companhias norte-americanas e estrangeiras estabeleciam acordo anticompetitivo, por que não deveriam ser responsabilizadas? Ou por que determinada companhia poderia promover ações fraudulentas nos EUA sem a possibilidade de imposição da lei norte-americana? E finalmente, por que as atividades que envolvem diretamente dois ou mais Estados deveriam ser totalmente livres de regulamentação econômica, exceto se ambos os Estados imponham o mesmo regulamento?¹³⁶

Em resumo, se às companhias norte-americanas não seria permitido liberalidades prejudiciais à concorrência nos EUA, por que poderiam empresas estrangeiras gozar de tal privilégio?

Comenta Lowenfeld algumas demonstrações do interesse norte-americano de solucionar o problema, v.g. reunião do *American Law Institute* (ALI), em maio 1981, quando os membros da sociedade receberam o esboço de um projeto, em conformidade com o DI, sobre o exercício da jurisdição, em que o elemento significativo era o da razoabilidade. Sendo a base para o exercício da jurisdição: i) administração do território do

¹³⁵ Idem, p. 629-630

¹³⁶ "From the American point of view the efforts are quite understandable, indeed obvious. If A, B and C, all United States companies, cannot join together to set the price of a new product sold in the United States, why should D and E, say British or French companies, be permitted to set the price of the same product sold in the same (American) market? And if all five companies make an agreement, why shouldn't D and E be exposed to the same liability as A, B, and C? Or why should G, a stock promoter, be able to peddle fraudulent stock in the United States without the scrutiny – and the penalties – imposed by American law? Finally, why should activity directly involving two or more states – for instance, transatlantic shipping – be totally free from economic regulation unless both states impose the same regulation?" Idem, p. 630.

Estado; ii) “administração” dos nacionais do Estado; iii) administração fatos/atos que tenham efeito significativo dentro do território do Estado.¹³⁷

Não havia necessidade de razoabilidade nos dois primeiros casos, já que aquelas situações não estariam sujeitas à competição com outras jurisdições. Deste modo, não se poderia imaginar o exercício desarrazoado da jurisdição, nem violação do DI naqueles casos. A idéia que prevaleceu – ainda Lowenfeld referindo a reunião da ALI – em relação às atividades transnacionais é a da necessidade de levar em conta as expectativas, tradição, e interesses dos demais Estados. A idéia reflete uma percepção crescente no EUA, de que na esfera econômica, poder e sanção não substituem as regras de DI baseadas na razoabilidade.¹³⁸

Da celebre discussão entre os estudiosos pode-se observar que a adoção de medidas unilaterais por qualquer das partes, em matéria afeta a mais de um país, acaba por induzir conflitos políticos e diplomáticos sérios. A necessidade de encontrar mecanismos coletivos para a solução da aplicação da competência internacional em matéria antitruste, parece indicar a solução do problema. Contudo, mesmo em âmbito cooperativo os instrumentos ainda não têm encontrado um consenso generalizado, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

¹³⁷ *Idem*, p. 638.

¹³⁸ “This vote (albeit tentative) reflects a growing perception in the United States at all levels that (at least in the economic sphere) power and sanction are not substitutes for a rule of international law based on reasonableness. I hope that perception takes hold not only in the United States, but in those nations that have from time to time felt imposed on by the United States. If a commitment to reasonableness does not yield laws such as those of Kepler and Newton, it can and should produce expectations, reliance, and obligations; it can and should produce constraints upon the conduct of states; in short, it can and does produce the elements of law.” *Idem*, *ibidem*.

***CAPÍTULO III - COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: FUNDAMENTO
PARA APLICAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA
ANTITRUSTE: CONDIÇÃO BRASILEIRA***

***1. As possíveis soluções para o problema da competência internacional na
aplicação da legislação antitruste***

Apresentados os elementos principais do problema relacionado à efetivação da legislação antitruste dos diversos países – EUA como paradigma de tal comportamento, e Brasil como objeto de estudo central –, em especial no que tange à aplicação da competência internacional outorgada pelas normas domésticas, observou-se a fragilidade do sistema brasileiro de controle da concorrência neste particular. Neste sentido, cabe a apresentação de alguns elementos que possam auxiliar na busca de uma solução para o problema, ou ao menos possam minimizar a ausência de eficácia da legislação antitruste em relação ao problema discutido.

A condução da resolução deste problema não segue o caminho das soluções unilaterais; como a ‘vã demonstração de poder’. A busca de uma solução consensual parece ser a única que pode, satisfatoriamente, atender o interesse do Estado. Contudo, também não parece apropriado a busca de uma solução multilateral, que dilua de modo quimérico os questionamentos em matéria antitruste dos mais diversos Estados, com as mais diversas opções de política econômica.

Somente na última década as regras antitruste ganharam notoriedade mundial. Possivelmente, por influência do sistema norte-americano de proteção da concorrência. Ainda, acrescente-se a isso, uma economia mundial em crescente internacionalização, onde os agentes econômicos ganham status global¹, e suas operações produzem impactos

¹ “Um arripio efetivamente nos assalta ao ler, o último “Relatório Mundial dos Investimentos da Unctad, a assustadora descrição de algumas megafusões e aquisições entre os tiranossauros do capitalismo contemporâneo. A maior dessas operações, por exemplo, a compra da *Mannesmann* (Alemanha) pela *Vodafone Air Touch* (Reino Unido) se fez por quase US\$ 200 bilhões, perto de 6% da soma do PIB desses dois riquíssimos países. Essas transações, que em 1987 não alcançavam US\$ 100 bilhões chegaram a US\$ 720 bilhões em 1992. Nesse ano, houve nada menos de 109 operações gigantescas no valor de US\$ 1 bilhão ou mais cada uma. As cem maiores transnacionais, quase todas de países desenvolvidos, já controlam ativos

internacionais. As autoridades antitruste têm observado, que no âmago da economia global², o monitoramento das atividades empresariais, em nível local, transcende a corriqueira capacidade que a disciplina unilateral dos fatos sociais normalmente requer. A ação dos agentes econômicos pode ser organizada de modo evitar o controle de qualquer autoridade de concorrência.

Por certo que tal cenário, altamente descentralizado, do ponto de vista do controle de condutas anticompetitivas, cria um grau comparativamente limitado de ação dos Estados prejudicados, ao mesmo tempo em que amplia consideravelmente a possibilidade dos agentes econômicos permanecerem ímpunes. Assim, a ausência de regras de concorrência em muitos países, a utilização de uma maneira pouco eficaz na hipótese de existirem, e a falta de convergência das políticas antitruste, assegura a liberdade para realização de condutas restritivas da concorrência.³

Ocorre que a problemática não se limita a ter ou não ter uma legislação antitruste, se a mesma é eficaz ou não, e se há ou não identificação entre as condutas anticompetitivas dos diversos Estados, já que para muitos, as condutas anticompetitivas não são, por assim dizer, inibidoras do desenvolvimento, nem responsáveis pela produção de alterações nos fluxos comerciais. A problemática transcende estas considerações.

A cultura da concorrência está inegavelmente ligada à liberalização comercial. Manter uma retórica de abertura ampla e irrestrita de mercados sem a garantia de que tal liberdade não será ofuscada por práticas comerciais irregulares/anticompetitivas equivale a devolver aos Estados a liberdade do limbo protecionista às claras; pretensamente afastado pelo surgimento do sistema Bretton Woods ao final da Segunda Guerra Mundial, e

de US\$ 2 trilhões e empregam 6 milhões de pessoas em suas filiais.” RICUPERO, Rubens. O espectro do capitalismo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 out. 2000. Dinheiro, p. B 2.

² As alianças e consolidações entre empresas de países mais desenvolvidos reiteram o processo de concentração. Entre 1991 e 1999, o valor global de fusões e aquisições foi multiplicado por seis, passando de US\$ 85 bilhões para US\$ 558 bilhões. O número de acordos de cooperação passou de mil para mais de sete mil entre 1989 e 1999. NOVA dependência, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 dez. 2000. Editorial, p. A2.

³ As concentrações do setor petrolífero no mercado internacional são marcadas pelo ressurgimento das “sete irmãs” – sete grandes empresas no mercado mundial –, atualmente conhecidas como *super majors* – Shell, Exxon-Mobil, BP-Amoco, valem no mercado, cada uma, aproximadamente US\$ 200 bilhões –. O exemplo notável neste sentido dentro do mercado mundial é a Exxon e Móbil, já no mercado regional o caminho segue no mesmo sentido a união da Repsol espanhola com a IPF argentina. SANTOS, Chico. Petrobrás que valer US\$ 100 bi. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 dez. 2000, p. B 1.

aprimorado recentemente em função dos acordos que deram gênese a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Com tal objetivo, atualmente, há um intento generalizado, por parte de organizações internacionais, que buscam responder as inúmeras pretensões dos principais atores do comércio internacional, no que tange às práticas anticompetitivas. Deste modo, o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial, a OMC, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) e ONU dentre outros organismos internacionais, buscam estabelecer políticas coordenadas de estudo e troca de informações neste aspecto. Assim, surgiram diversos grupos de trabalhos e comissões para discutir e indicar soluções para o problema, que se avoluma significativamente.

No que tange ao aspecto relevante ao trabalho – pertinente à aplicação das regras antitruste nacionais no espaço alheio ou no espaço internacional, competência internacional da lei nacional –, este não pode ser analisado isoladamente. As circunstâncias ao tema – como são a cooperação internacional, o apoio técnico, a troca de experiências, os grupos de estudos – também interessam, e complementam a busca de um equilíbrio entre os interesses particularizados dos membros da comunidade internacional e a própria comunidade. Se negada ou mesmo contestada a possibilidade de que os Estados, por seus próprios meios, busquem uma solução para os problemas que afetem seus mercados no que tange à concorrência, a idéia de cooperação parece a primeira mais notável num longo caminho a ser percorrido, que é a da uniformização dos entendimentos em torno da política de concorrência, e quiçá um dia, um regramento multilateral completo em matéria antitruste.

Seguem, portanto, os principais estudos na tentativa de encontrar um caminho mais eficiente para que o Estado possa assumir o papel de agente fiscalizador das ações dos agentes econômicos, apresentados pelas organizações internacionais que têm discutido o tema.

2. Algumas propostas apresentadas por organizações internacionais para minimizar o problema relacionado à aplicação do direito antitruste e controlar as práticas restritivas

2.1. Organização das Nações Unidas e o Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas de 1980: digressão história e as sugestões da UNCTAD

Possivelmente tenha sido no contexto da ONU que a discussão do assunto “prática restritivas” que afetam o comércio internacional tenha recebido os primeiros aportes mais concretos. Em dezembro de 1980, a Assembléia Geral da ONU adotou por consenso a Resolução 35/63 ou *Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas* ou Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas da ONU (CPR). Tal instrumento originou-se de um longo processo de discussões iniciado quando da tentativa de criação a Organização Internacional do Comércio (OIC), no ano de 1947.

No bojo da proposta de criação da OIC durante a Conferência de Havana, surgiram as primeiras manifestações relacionadas à elaboração de um conjunto de regras destinadas a evitar práticas comerciais restritivas⁴. Os EUA apresentaram proposta contendo em seu corpo elementos que convidavam os participantes da Conferência a adotar posturas apropriadas, individual ou coletivamente, com o objetivo de evitar práticas comerciais restritivas da concorrência, limitadoras do acesso aos mercados, ou estimuladoras do controle monopolístico do comércio internacional.⁵

As considerações apresentadas pela delegação norte-americana demonstravam a necessidade de criar mecanismos comuns para evitar as barreiras comerciais criadas por

⁴ “i) *Definiciones*: 1. Por “*practicas comerciales restrictivas*” se entienden los actos o el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, con efectos o posibles efectos desfavorables sobre el comercio internacional, especialmente de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países, o que, en virtud de acuerdo entre empresas formales o no formales, escritos o no escritos, tengan las mismas repercusiones.” Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas da ONU. Apud. BAHADIAN, Adhemar Gabriel. *A tentativa do controle do poder econômico nas Nações Unidas: estudo do conjunto de regras e principios para o controle das práticas restritivas*. Brasília: Instituto de pesquisa de Relações Internacionais, 1992, p. 52.

⁵ *Idem*, p. 19.

particulares, quando estes elegessem práticas anticompetitivas como norteadoras de suas atividades econômicas. Pouco importava a existência de regras que garantissem a livre circulação de mercadorias, se os cartéis pudessem limitar tal possibilidade. No dizer do representante dos EUA, “[s]e as mercadorias logram algumas vezes circular de um país para outro apesar das disciplinas alfandegárias, existem acordos entre particulares – os cartéis – que podem impedir totalmente esta circulação”.⁶

Em face da rejeição do Congresso norte-americano em ratificar a Carta de Havana, todas as propostas, bem como a relacionada como a criação do código de condutas restritivas, ficaram sobrestadas. Em 1953, o assunto foi retomado no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) em face da provocação dos EUA. Contudo, quando em 1955, o acordo estudado e construído pelo ECOSOC foi sugerido, novamente os EUA decidiram pela sua não implementação. Decorrendo, assim, mais um período de inação sem que o assunto fosse discutido.⁷

Em 1968, durante a II Seção da UNCTAD, na cidade de Nova Delhi, o tema ganha pauta e é novamente discutido. Nesta ocasião, e num período posterior, incisivos documentos foram preparados pela UNCTAD, e de modo geral predominou a visão de que as práticas comerciais restritivas, eram manobras de empresas privadas de países desenvolvidos, que tinham por fim limitar ou impedir a expansão das exportações dos países em desenvolvimento. Com base nos estudos promovidos no período, a III Seção da UNCTAD, na cidade de Santiago do Chile, em 1972, decidiu criar novos grupos para estudar os diversos problemas relacionados às práticas comerciais restritivas. Pretendia-se criar e implementar uma nova ordem econômica internacional. As negociações se distinguiam dos usuais acordos bilaterais ou multilaterais com escopo de redução de barreiras alfandegárias, e buscavam evitar que a concentração de mercados acabasse constituindo-se em obstáculo ao comércio.⁸

Dos trabalhos dos diversos grupos de estudos surgiu o CPR, transmitido à XXXV sessão da Assembleia Geral da ONU, adotado por consenso em dezembro de 1980. As negociações no âmbito da UNCTAD, em torno do controle do poder econômico, são

⁶ WILCOX, Clair. *Apud*. BAHADIAN. Op cit. p. 20.

⁷ BAHADIAN. Op. cit., p. 29-31.

⁸ *Idem*, p. 35-42.

marcadas pela projeção das legislações nacionais no plano internacional. A pretensão dos norte-americanos era da adoção de uma harmonização legislativa. Já os países em desenvolvimento buscavam incluir, na definição de práticas comerciais restritivas, referência expressa aos seus efeitos nocivos para o desenvolvimento econômico, além de procurar controlar os efeitos adversos das atividades das empresas transnacionais.⁹

Conforme a previsão da UNCTAD, duas conferências diplomáticas – em 1985 e 1990 – foram realizadas com o objetivo de rever o CPR. Contudo, nada foi alterado. Um embate bastante significativo ocorreu em torno dos artigos D.3 e D.4, que se referem aos princípios e normas aplicáveis a empresas e a empresas transnacionais. Os artigos referidos foram objeto da tentativa de modificação por parte dos países em desenvolvimento.

Dentre os objetivos contidos na norma estão: i) manter os benefícios advindos da liberalização econômica em especial para o comércio dos países em desenvolvimento, pelo policiamento das práticas restritivas; ii) alcançar maior eficiência do comércio internacional dos países em desenvolvimento, por intermédio da proteção da concorrência, controle da concentração de capitais e desenvolvimento; iii) promover bem-estar dos consumidores; iv) eliminar as desvantagens para o comércio e o desenvolvimento que as práticas comerciais restritivas, realizadas por empresas transnacionais e outras empresas, poderiam produzir; v) formular um conjunto de princípios e normas acordados multilateralmente para o controle de práticas comerciais restritivas, para adoção em plano internacional.

No que tange ao âmbito de aplicação, o CRP busca responsabilizar os agentes econômicos, incluindo empresas transnacionais, que realizem atividades comerciais restritivas com efeitos sobre o comércio internacional. As normas têm a pretensão da universalidade, assim, aplicáveis a todos os países e empresas, porém, não se aplicam às práticas comerciais restritivas que decorram diretamente de acordos governamentais.

Em relação às medidas internacionais, o CPR entende necessário a colaboração internacional, com objetivo de eliminar eficazmente as práticas comerciais restritivas: i) reforçando e melhorando o controle das práticas que afetem desfavoravelmente o comércio, dentre outras medidas, como a harmonização das políticas nacionais relativas a

⁹ O CRP refletiu as “[p]rojeções em plano internacional das legislações nacionais dos países desenvolvidos combinada com as legislações ou preocupações dos países em desenvolvimento.” *Idem*, p. 124.

concorrência; ii) comunicação permanente para a UNCTAD sobre medidas adotadas com as finalidades propostas pelo CPR; iii) divulgação, por intermédio de publicações, das evoluções bem como medidas adotadas em relação ao controle de práticas restritivas; iv) além de servir a UNCTAD como órgão de consulta, capacitação, desenvolvimento, divulgação da cultura da concorrência.

Obviamente que a hesitação, bem como a procrastinação na adoção de um mecanismo multilateral de controle de práticas restritivas, reafirmam a alegada dificuldade em uniformizar as políticas de controle da concorrência, e a adoção de um instrumental comum para garantir que a liberalização comercial encontre seu fim almejado, que é o da distribuição do desenvolvimento. Por certo, este primeiro instrumento adotado dentro do sistema da ONU, não atende às necessidades de um conjunto normativo coadunado com os interesses da maioria dos Estados, e ao mesmo tempo garante que nenhum destes interesses particulares será ou receberá interferência não desejável. Portanto, a adoção do instrumento serve de engodo, ao mesmo tempo em que sinaliza para um problema relevante dentro do mercado mundial, que necessariamente será confrontado.

A reunião da UNCTAD realizada em Bangkok na Tailândia, no começo de 2000¹⁰, trouxe considerações importantes em relação à política de concorrência. Para a UNCTAD, a liberalização do comércio e dos investimentos dentro e fora da OMC tem possibilitado acelerar a globalização, que somada aos progressos tecnológicos, permitem as empresas multinacionais aplicar estratégias mundiais.¹¹

Atualmente, as principais multinacionais projetam suas atividades à totalidade do mercado mundial e buscam alcançar posições dominantes neste mercado e em suas atividades essenciais, mediante fusões, aquisições, alianças estratégicas, investimentos e operações comerciais. Algumas práticas das empresas que ocupam posição dominante

¹⁰ No período que antecedeu a Conferência de Bangkok, muitos documentos foram produzidos para auxiliar os membros nas decisões a serem adotadas; o relatório do ano de 1999 do grupo de especialistas trouxe apresentou muitas considerações que foram observadas na conferência conseqüente. Report of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy on its second session. TD/B/COM.2/19. TD/B/COM.2/CLP/14. 28 June 1999. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/docs/c2cip99d14.pdf>. 20.12.2000.

¹¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo acerca de su décimo período de sesiones celebrado en Bangkok (Tailandia) del 12 al 19 de febrero de 2000, § 69-70 – TD/390 – 21 de septiembre de 2000. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponível na internet: http://www.unctad-10.org/pdfs/ux_td390.en.pdf. 20.12.2000.

podem limitar a concorrência internacional e o ingresso de competidores no mercado. As práticas contrárias à concorrência aumentam os custos de importação e limitam o acesso e o ingresso em mercados. Nesta situação, alguns países em desenvolvimento têm dificuldades para formular e aplicar suas normas domésticas de concorrência, para proteger as forças de mercado e salvaguardar o livre acesso ao mesmo. Para que estes países possam regular e melhor disciplinar as práticas contrárias à concorrência, é essencial que os países que dispõem de normas nacionais em matéria de concorrência prestem apoio e assistência técnica, além de outras medidas conexas com a mesma finalidade.¹²

Segue o documento da UNCTAD, lembrando que as práticas comerciais restritivas não devem impedir nem invalidar a obtenção dos benefícios resultantes da liberalização das barreiras tarifárias e não tarifárias que comandam o comércio mundial, especialmente as que afetam o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento. As medidas destinadas a combater os efeitos negativos das práticas anticompetitivas também são necessárias para lograr uma maior eficiência do comércio internacional e do desenvolvimento, entre outras coisas, promovendo a concorrência, controlando a concentração do poder econômico e fomentando inovações. É preciso impedir que as empresas tornem a erigir barreiras de mercado, quando o Estado já deixou de fazê-lo. Os países em desenvolvimento que não possuem muitas empresas transnacionais de projeção mundial, têm grande interesse em que o acesso e a incorporação dos principais mercados exportadores sigam sendo livres e não estejam limitados por práticas contrárias à concorrência.¹³

Em suma, deve a UNCTAD, segundo as informações dos seus próprios documentos, manter e ampliar sua ajuda aos países interessados para que estes possam desenvolver seu marco regulamentar e institucional interno na esfera de desenvolvimento e política da concorrência. A cooperação com o PNUD, Banco Mundial e outras organizações pertinentes ao trabalho da UNCTAD nesta esfera, devem reforçar a capacidade das instituições públicas dos países em desenvolvimento encarregadas da defesa da concorrência e da proteção do consumidor, além de ajudar a educar o público e os representantes do setor privado a esse respeito. Deve seguir examinando questões relativas

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ *Idem, ibidem.*

ao desenvolvimento de política de concorrência de especial importância para o desenvolvimento. Cuidará de elaborar informes periódicos sobre as restrições existentes em setores estratégicos e seu impacto sobre os países em desenvolvimento e com economias em transição, especialmente sobre sua competitividade. A UNCTAD deve estudar a fundo que impacto teria no desenvolvimento os possíveis acordos internacionais sobre concorrência. Deve estudar, esclarecer e observar mais detidamente, incluindo o estudo de países e casos concretos, a relação entre concorrência e competitividade, assim como os aspectos da concorrência relacionados ao comércio.¹⁴

Na quarta Conferência da ONU para revisão da CPR, em setembro de 2000, na cidade de Genebra, as delegações reafirmaram o papel fundamental da lei e da política de concorrência para o desenvolvimento econômico. Adicionalmente, a Conferência recomendou à Assembléia Geral da ONU convocar uma quinta conferência de revisão para o ano 2005.¹⁵

Ainda, pede a UNCTAD que os Estados intensifiquem a cooperação em todos os níveis, tanto entre as autoridades encarregadas de concorrência quanto entre os governos, com fim de reforçar a efetivação da matéria de controle de fusões e cartéis. Lembra que os esforços bilaterais de cooperação em matéria de concorrência são essenciais e é preciso fomentar iniciativas tanto no espaço regional quanto no multilateral.¹⁶

Quatro assuntos deveriam permanecer sendo analisados pelo grupo de especialistas em direito e política de concorrência: i) criação de capacidades institucionais; ii) promoção da concorrência e educação do público; iii) estudos sobre a concorrência, competitividade e desenvolvimento; iv) contribuições a possíveis acordos internacionais sobre concorrência.¹⁷

¹⁴ Idem, § 140-143.

¹⁵ Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas - TD/RBP/CONF.5/15 - 4 de octubre de 2000. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/subsites/cpolicv/docs/rbpconf5-15es.pdf>. 20.12.2000.

¹⁶ Idem, § 5-6.

¹⁷ Idem, § 16-19.

Em relação à “criação de capacidades institucionais”, a UNCTAD deve seguir prestando e se possível ampliando seus serviços de assistência técnica, assessoramento e capacitação dos Estados membros.¹⁸

O documento referido lembra que em relação a “contribuições a possíveis acordos internacionais sobre concorrência”, também deve continuar trabalhando com os seguintes tópicos: i) atividades de criação de consenso mediante a organização de reuniões nacionais e regionais, que pudessem esclarecer as questões de concorrência e contribuir para a melhor compreensão destas questões; ii) identificar os objetivos e metas dos países em desenvolvimento em relação ao direito e à política de concorrência; iii) examinar a eficácia e a complementaridade da concorrência em nível bilateral, regional, plurilateral e multilateral; iv) elucidação das possíveis formas em que acordos internacionais sobre concorrência poderiam aplicar-se aos países em desenvolvimento, inclusive mediante um tratamento diferenciado, com objetivo de permitir a implementação de uma política de concorrência; v) estudo das funções e dos possíveis mecanismos de mediação em caso de conflito e de ajustes alternativos, com inclusão de exames voluntários por outros especialistas em direito e política concorrencial.¹⁹

O *Expert Meeting on Competition Law and Policy* da UNCTAD vem promovendo contribuições importantes para o desenvolvimento de uma cultura em torno da necessidade da política de concorrência, ações simples como a publicação de documentos contendo os endereços das agências de concorrência estabelecidas²⁰, ou mesmo a preparação de um manual de legislação em concorrência, aproveitando os comentários sobre leis de proteção à concorrência de alguns países.²¹

¹⁸ Idem, § 16.

¹⁹ Idem, § 19.

²⁰ Consultation on Competition Law and Policy, Including the Model Law and Studies Related to the Provisions of the Set of Principles and Rules - Directory of Competition Authorities - TD/B/COM.2/CLP/16 - 14 January 2000. Expert Meeting on Competition Law and Policy. UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d16.en.pdf>. 20.12.00.

²¹ Issues Related to Competition Law of Particular Relevance to Development Preparations for a Handbook on Competition Legislation – TD/B/COM.2/CLP/15 – 17 November 1999. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d15.en.pdf>. 20.12.00.

2.2. As recomendações da OECD em matéria de cooperação na aplicação do direito antitruste

O *Committee on Competition Law and Policy* (CCLP) da OECD é um comitê que busca fazer uma análise das políticas de concorrência, ao mesmo em que auxilia os diversos países na obtenção de informações, promovendo discussões sobre temas relacionados à concorrência. A CCLP é apoiada pela divisão *Competition Law and Policy* (CLP), que fornece informações e documentos para o trabalho da CCLP.²²

Já em 1967, a OECD iniciou um trabalho de recomendação aos seus membros, para que cuidassem da elaboração de normas de controle de práticas e negócios restritivos da concorrência. Atualmente, tem auxiliado na implementação da cooperação entre as agências nacionais de concorrência, editando freqüentes recomendações.²³

Na recomendação do CCLP de 1978, havia o reconhecimento de que o estágio do DI, e a legislação antitruste dos países em particular, encontravam grandes dificuldades para enfrentar as posturas anticompetitivas dos empreendimentos multinacionais, especialmente quando da busca de provas e quando o agente econômico localizava-se no estrangeiro. Ainda, que a solução para este problema não seria solucionada por uma convenção internacional, ao menos naquele período, em face das particularidades das legislações nacionais. Contudo, lembra o documento, tais práticas afetam todo o comércio internacional. Logo, deve ser buscada edição de legislações nacionais, ao mesmo tempo em que se deve buscar cooperação internacional, observando-se as ordens soberanas.

²² Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/aboutus.htm>. 20.12.2000.

²³ Dentre as mais recentes: “*Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (1998)*; *Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade (1995)*; *Concerning the Application of Competition Laws and Policy to Patent and Know-How Licensing Agreements (1989)*; *For Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies (1986)*; *Concerning Co-operation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade (1986) (Replaced by 1995 Recommendation)*; *On Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors (1979)*; *Concerning Action Against Restrictive Business Practices Affecting International Trade Including Those Involving Multinational Enterprises (1978)*; *Concerning Action Against Restrictive Business Practices Relating to the Use of Trademarks and Trademark Licences (1978)*; *Concerning Action Against Inflation in the Field of Competition Policy (1971)*.” Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/recommendations.htm>. 20.12.2000.

Recomenda, no particular que interessa a este trabalho, o desenvolvimento de regras em conformidade com DI, respeitando a comunidade internacional, além de cooperação.²⁴

A recomendação da CCLP de 1986 repetia os argumentos dos documentos anteriores, buscando examinar um termo de aproximação internacional com o intuito de melhor lidar com problemas de concorrência e políticas comerciais. Reconhecia o efeito inibidor ao comércio das práticas anticompetitivas e considerava que a aplicação efetiva da política de concorrência tinha um papel vital na promoção do comércio, assegurando mercados nacionais dinâmicos com reduzidas barreiras comerciais. Pretendia incentivar a resposta positiva aos pedidos de consultas de outros países membros da OECD; com troca de informações sobre cartéis de exportação, arranjos de limitação de exportação e cartéis de importação; além da cooperação com as autoridades de outros países, em qualquer investigação de possíveis efeitos anticompetitivos.²⁵

Com o objetivo de evitar ou minimizar possíveis conflitos em matéria de concorrência, em nível nacional, os governos deveriam buscar assegurar uma política de concorrência. Em nível internacional, um país membro deveria notificar outro se considerasse que a implementação de uma determinada ação pudesse afetar a aplicação de suas leis de concorrência. Se necessário, as partes poderiam comunicar aos demais membros, os problemas enfrentados em matéria de concorrência, assim notificando uma a outra.²⁶

São, contudo, as recomendações de 1995 e 1998 as mais referidas. A recomendação de 1995 inovou ao detalhar formas de busca de informações entre os países membros e ao sugerir inclusive formas de conciliação, por ocasião de possível conflito de interesses. Ainda, em seus termos iniciais, considera o aumento na quantidade de fusões, e

²⁴ "Considering, however, that the difficulties in controlling restrictive business practices affecting international trade, including those involving multinational enterprises, may be alleviated by simultaneous efforts in the fields of national legislation on restrictive business practices and of international co-operation, particularly within the OECD framework, it being understood that such co-operation should not in any way be construed to affect the legal positions of Member countries, in particular with regard to such questions of sovereignty and extra-territorial application of laws concerning restrictive business practices as may arise," Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices Affecting International Trade Including those Involving Multinational Enterprises - 20th July 1978 - C(78)133 (Final). Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/REC3COM.HTM>. 20.12.2000.

²⁵ Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies - 23rd October 1986 - C(86)65(Final). Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/REC6COM.HTM>. 20.12.2000.

o crescimento continuado da internacionalização das atividades empresariais como fomentadores de possíveis práticas anticompetitivas. Reafirma a necessidade de aplicar a legislação e evitar a invasão na soberania de outros países, além da cooperação e a troca de informações por notificações. No que tange às consultas, recomenda importantes meios para realizar procedimentos investigativos, bem como sugere formas de conciliação na hipótese de conflito de interesses entre países membros.²⁷

No apêndice da recomendação do ano de 1995, é apresentado o “*Guiding Principles for Notifications, Exchanges of Information, Co-Operation in Investigations and Proceedings, Consultations and Conciliation of Anticompetitive Practices Affecting International Trade*”, que traz informações de grande valor instrumental e sintetiza as recomendações feitas pela OECD no decorrer dos anos, no que concerne à matéria antitruste. Conforme explicitado no documento, este tem o propósito de esclarecer os procedimentos recomendados pela CCLP, fortalecendo a cooperação e minimizando conflitos na execução de leis antitruste. Muitos são os parágrafos destinados à troca de informações e notificações entre as partes, neste particular em função dos interesses diversos que permeiam as políticas dos membros. Em relação à conciliação, decorrente de diferenças apuradas no processo investigativo, pode-se buscar o uso da CCPL, informando ao Presidente do Comitê os fatos que circundam o problema, invocando uma conciliação.²⁸

No documento de 1998, a OECD reconhece os benefícios do resultado das informações compartilhadas – mesmo com os cuidados que a confidencialidade que algumas informações compartilhadas podem requerer – entre os membros nos processos investigatórios. Mas traz a lume considerações relacionadas aos cartéis *hard core*²⁹. Estes se constituem em flagrantes violações à lei antitruste e prejudicam consumidores em muitos países, aumentando preços e restringindo oferta, fazendo com que bens e serviços se

²⁶ Idem, ibidem.

²⁷ Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade 27 and 28 July 1995 - C(95)130/FINAL. Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/REC8COM.HTM> 20.12.2000.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ “For purposes of this Recommendation: a) a “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce;” Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [C(98)35/FINAL] Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/Rec9com.htm>. 21.12.2000.

tornem completamente indisponíveis para alguns compradores e excessivamente superfaturados para outros; causam distorções no comércio mundial criando poder de mercado, desperdício e ineficiência.³⁰

A cooperação neste particular é indispensável. Geralmente, aqueles cartéis operam em segredo, e podem se estabelecer em diferentes países. O documento da OECD recomenda sanções duras e efetivas, com objetivo de intimidar empresas e indivíduos em tais práticas. Os membros são encorajados a firmar acordos bilaterais ou multilaterais ou outros instrumentos que estabeleçam um combate aos cartéis; também a revisar todos os obstáculos de cooperação efetiva, na execução de leis contra os mesmos.³¹

A recomendação chama atenção para as formas particulares de cooperação. Quando, por exemplo, uma conduta anticompetitiva é realizada no território de um país, mas prejudica consumidores em outro, ou no compartilhamento de documentos, ou informações sob a posse de um país que concordar com o fornecimento de informação. Atualmente, muitas autoridades antitruste de diversos países não autorizam o compartilhamento de informação obtidas em investigação, e isto é extremamente danoso. Os países não associados, por fim, são convidados a observar as recomendações.³²

A análise demonstra que este importante órgão internacional, empenhou-se na tentativa de encontrar meios para auxiliar na busca da eficácia das leis nacionais dos seus membros, quando estes, por seu próprios meios, não alcançam o fim de confrontar as atividades anticompetitivas realizadas fora dos seus territórios, que lhes são prejudiciais. Neste contexto, a OECD vem incentivando a solução coordenada de problemas relacionados à aplicação da competência internacional em matéria antitruste. Os elementos arrolados demonstram a busca de soluções particularizadas entre os seus associados. Tal postura é absolutamente pertinente com a formação da OECD, que congrega quase três dezenas de países³³, da estirpe de EUA e Japão, que têm posturas distintas em relação à política de concorrência.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Idem, ibidem.

³² OECD News Release - "Hard core" Cartels - Paris, 30 March 1998. Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/recommendations/nw98-33a.htm>. 21.12.2000.

³³ Integram a OECD atualmente: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México,

2.3. A OMC e as propostas para criação de um espaço multilateral para o controle das práticas anticompetitivas com efeitos internacionais

Em Cingapura, em dezembro de 1996, durante a reunião ministerial da OMC³⁴, o elemento 'concorrência' recebeu atenção especial. Foi instituído um grupo de trabalho para discutir e estudar as interações entre o comércio e política de concorrência – *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (WGTC)* – além de práticas anticompetitivas e outros assuntos que mereciam considerações adicionais.³⁵

Já no relatório de 1997, o WGTC apresenta elementos que indicam um significativo aumento de interesse pelos temas relacionados à concorrência. Destacou-se neste relatório que: i) as práticas anticompetitivas tinham uma dimensão que produzia efeitos em vários países e em casos especiais, no mundo inteiro; ii) as restrições e as distorções causadas ao comércio pelas práticas anticompetitivas tinham se tornando mais importantes do que normalmente eram; iii) a integração crescente da economia mundial, baseada na liberalização do comércio internacional e, principalmente, estimulada pela expansão vasta de investimento direto estrangeiro, resultava num aumento das regras internacionais, em nível bilateral, regional e multilateral, que protegiam os interesses dos agentes econômicos estrangeiros que operam dentro do território de um país; iv) havia uma convergência de visões, em relação à necessidade de norma antitruste para cuidar dos empreendimentos anticompetitivos; v) crescia o número de regras internacionais em níveis bilaterais e regionais que regulavam a política de concorrência.³⁶

Decorrido o período de um ano, o trabalho da WGTC frutificou na forma de mais um documento, com pertinentes considerações em torno das relações entre comércio e concorrência.

Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos. Disponível na internet: <http://www.oecd.org>. 21.12.2000.

³⁴ Ver o excelente trabalho de Maria Cecília Santos. SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Concorrência. In. BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 471-501.

³⁵ Report (1997) to the General Council. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. WT/WGTC/1. 28 November 1997. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/B5/B5284e.wpf>. 22.12.2000.

³⁶ Idem, ibidem.

2.3.1. O relatório (1998) do WGTCP para a OMC

Em 1998, o WGTCP produziu outro importante documento, neste estão assentados alguns elementos de absoluta relevância para o comércio multilateral, relacionado com a concorrência, trata-se do *Report (1998) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council*. Segundo o documento, os questionamentos e as discussões em relação à proteção dos mercados nacionais das práticas anticompetitivas devem buscar sempre: i) proteger os consumidores e promover eficiência econômica; ii) promover competitividade internacional.³⁷

Em relação ao pretense controle das atividades anticompetitivas, com a aplicação da lei doméstica de concorrência a acordos realizados fora das fronteiras do Estado, o WGTCP analisou o tema. Lembrava o documento que a aplicação da lei a fatos ocorridos fora do âmbito normal de aplicação do ordenamento jurídico é uma característica presente na grande maioria das leis ou das políticas de concorrência dos membros. Contudo, a aplicação da lei nacional extraterritorialmente, ou com base nos efeitos, acarreta um potencial conflito entre jurisdições. Assim deveria ser a cooperação internacional, e em particular a adoção de acordos que incorporam princípios “*traditional*” and “*positive*” *comity*”, um meio para minimizar os conflitos entre países que participam em tais arranjos. A efetividade e habilidade das leis nacionais de concorrência para lidar com práticas anticompetitivas, que potencialmente afetavam o comércio internacional está, segundo o documento, limitada pelas exceções e isenções das leis de concorrência de alguns países.³⁸

³⁷ Report (1998) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. WT/WGTCP/2 -8 December 1998. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/C4/C4914e.doc>. 22.12.2000.

³⁸ “The applicability of domestic competition law to arrangements entered into outside a country's borders was discussed. This was a feature of the laws and enforcement policies of various Members. The point was made that such “extraterritorial” or “effects-based” application of national laws entailed some potential for conflicts between jurisdictions. International cooperation, and in particular agreements incorporating principles of “traditional” and “positive” comity, could be useful in minimizing the actual extent of such conflicts between countries participating in such arrangements. It was noted that the effectiveness of these approaches and the ability of national competition laws to deal with anti-competitive practices that potentially affected international trade generally was limited by exceptions and exemptions from competition law in some countries and that this matter merited further consideration in the Group.” Idem, § 56.

Embora os cartéis internacionais pudessem impor barreiras para acesso aos mercados, as regras da OMC não têm nenhum mecanismo para lidar com práticas anticompetitivas. Nenhuma regra multilateral pode solucionar disputas relacionadas a este aspecto. No momento, não há nenhuma alternativa que não seja o art. 26 do Acordo - cláusula de reclamações de não-violação (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*) -, que poderia ser aplicada a políticas específicas de comércio entre os sócios, semelhante às políticas de não-violação das regras da OMC. Além disso, não estava claro como poderiam ser protegidos os interesses dos membros contra práticas restritivas produzidas por agentes econômicos.³⁹

Observa o relatório que, no âmbito regional, os blocos têm buscado soluções acordadas que possam resultar em vantagens recíprocas. Em muitos casos, a cooperação entre autoridades antitruste foi crucial para a aplicação efetiva de lei de concorrência. Dois temas apareceram nestes acordos de cooperação: i) cooperação na implementação da lei; ii) administração de litígios. O primeiro foi utilizado no caso de fusões de empresas, quando estas estão obrigadas à notificação aos países integrantes do eventual acordo do bloco, se também existente em matéria de concorrência. A maioria dos exemplos de acordos de cooperação existentes não envolve a troca de informações confidenciais.⁴⁰

A administração coletiva de conflitos, segundo o relatório do WGTCP, também parece ser uma solução adequada para casos que envolvem atividades anticompetitivas originadas em um país, mas que afetam outro. Geralmente são acordos simples que podem evoluir para aquisição de confiança recíproca, e provavelmente incremento cooperativo, até o limite de concordarem em renunciar à proteção das informações confidenciais. Ainda, foi lembrado que acordos de cooperação requerem certos elementos comuns na execução de lei de concorrência e uma tradição de cooperação. Padrões comuns em desenvolvimento seriam importantes e um equilíbrio entre transparência e a proteção de informação confidencial deveria ser buscado. Um consenso internacional no assunto facilitaria acordos

³⁹ "Consideration of this matter in the Group should proceed by answering the following questions: could the efficiency of the international trading system be enhanced by applying competition rules and principles, and how could such rules be implemented multilaterally? With respect to the first question, it might be useful to take account of ongoing discussions at the OECD's Joint Group on Trade and Competition." *Idem*, § 62.

⁴⁰ *Idem*, § 68.

entre os países, havendo, portanto, a necessidade de uma discussão adicional de cooperação em um contexto multilateral.⁴¹

Acordos de cooperação entre agências de concorrência de mercados regionais também são estabelecidos. No Mercosul, o estabelecimento de procedimentos para consultas recíprocas e ajuda técnica recíproca foram efetivadas especialmente entre as agências de concorrência de Argentina e Brasil, e isto teve um impacto positivo, unificando os padrões usados pelas agências dos dois países⁴². No NAFTA, o *Working Group on Competition* estudou a relação entre política de concorrência e comércio, no contexto da área de livre-comércio.⁴³

Ao final, as recomendações do grupo: i) considerar relevantes os princípios fundamentais da OMC – tratamento nacional, transparência, e cláusula da nação mais favorecida; ii) promover a cooperação e troca de informações entre os membros; iii) contribuir para que a política de concorrência alcance os objetivos da OMC, com o desenvolvimento do comércio internacional.⁴⁴

2.3.2. O relatório (1999) do WGTCP para a OMC.

O relatório de 1999, como nos anos anteriores, baseou seu trabalho nas contribuições escritas dos membros, nas declarações orais, nas perguntas e respostas realizadas pelos membros; e nas informações fornecidas por organizações internacionais.⁴⁵

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² Idem, § 69.

⁴³ Idem, *ibidem*.

⁴⁴ Idem, § 154.

⁴⁵ Report (1999) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council, § 4. WT/WGTCP/3 - 11 October 1999. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/D4/D4245e.doc>. 22.12.2000.

Um das sugestões discutidas pelo grupo é relacionada com a relevância dos princípios fundamentais da OMC – tratamento nacional, transparência e cláusula da nação mais favorecida –, quando da aplicação das políticas nacionais de concorrência. O objetivo de tal postura seria promover a igualdade de oportunidades de concorrência para os membros, protegendo a política de concorrência e não os concorrentes⁴⁶. Muitos membros entenderam que os princípios só se aplicavam em relação a medidas de governo e não em relação às práticas privadas, ou mesmo práticas híbridas, como tinha sido demonstrado amplamente no caso Fuji/Kodak. Muitas outras práticas anticompetitivas, como se asseverou, não poderiam ser alcançadas através de instrumentos da OMC.⁴⁷

As discussões apresentadas no curso dos trabalhos do grupo, novamente, demonstravam que as práticas anticompetitivas eram responsáveis pela redução de acesso aos mercados, criando efetivamente barreiras ao comércio internacional. Em função destes dados, perguntou-se se as regras antitruste deveriam ser implementadas pelos Estados dentro do espaço nacional, ou poderiam ser reforçadas por intermédio de acordos comuns⁴⁸. Tal questionamento recebeu as seguintes considerações: i) os membros da OMC poderiam tentar eliminar práticas anticompetitivas fazendo uso da legislação interna, estendendo ao máximo a aplicação, numa ação unilateral; ii) um caminho bilateral envolveria cooperação. O caminho unilateral resultou freqüentemente em disputas de jurisdição, ou atritos na execução lei. O bilateral também significou constrangimentos institucionais, sendo que este foi estabelecido entre países com bastante experiência em política de concorrência. Em face desta realidade foi sugerida uma estrutura multilateral em matéria de concorrência⁴⁹. Uma outra sugestão discutida referia-se à aplicação da legislação nacional às práticas anticompetitivas realizadas fora das fronteiras do país, com base em padrões mínimos ou princípios, a serem acordados em base negociada.⁵⁰

O relatório lembrou que qualquer estrutura multilateral na área de concorrência necessitaria da adaptação das políticas discrepantes dos membros; assim a necessidade de:

i) considerar as realidades econômicas diferentes dos países em desenvolvimento,

⁴⁶ *Idem*, § 12.

⁴⁷ *Idem*, § 13-14.

⁴⁸ *Idem*, § 23.

⁴⁹ *Idem*, § 24.

⁵⁰ *Idem*, § 28.

permitindo exceções para estas economias; ii) considerar as condições culturais diferentes e as dificuldades que a implementação de políticas de concorrência poderiam requerer; iii) perquirir sobre os recursos humanos e materiais disponíveis nos países; iv) além de reconhecer que mais de setenta países já haviam introduzindo leis de concorrência, ou estavam fazendo, em diferentes fases de desenvolvimento institucional⁵¹. Contudo, a política de concorrência é um fenômeno global, afeto a todos os países; logo, os benefícios decorreriam do trabalho em nível multilateral.⁵²

O documento informa que o alto grau de disparidade na extensão e nível dos regimes de concorrência nacionais reduzia o consenso em torno de uma possível disciplina multilateral. Ainda, poderia criar constrangimentos à soberania nacional e dificuldades no alcance do equilíbrio necessário entre política de concorrência e outras políticas econômicas. A visão proposta, em torno da “aquisição de uma cultura de concorrência”, era incompatível com os propósitos da OMC, que exigia que os membros, individualmente, assegurassem que seu ordenamento jurídico estivesse em conformidade com os acordos firmados. O acordo antidumping, v.g., prescreveu os princípios, as etapas, e as exigências para membros que desejassem introduzir legislação antidumping, mas não exigiu introdução de uma legislação ao nível doméstico.⁵³

A cooperação bilateral, regional e multilateral foi sugerida. Contudo, a bilateral é a forma mais comum de cooperação internacional em política de concorrência, de modo geral *ad hoc*, sem acordo formal⁵⁴. Vários membros têm assinado acordos bilaterais de

⁵¹ *Idem*, § 29.

⁵² *Idem*, § 31.

⁵³ “The points were also made that only some 70 countries had competition laws, that a number of developing countries were still considering the possibility of enacting competition laws, that even amongst countries having such legislation, there was a high degree of disparity in the scope and level of national competition regimes which would reduce room for consensus on any possible multilateral disciplines, and that a multilateral framework on competition in the WTO could put constraints on national sovereignty and create difficulties in achieving the necessary balance between competition policy and other economic policies and might also restrict the powers of competition authorities. The view was expressed, further, that the proposals that had been outlined were inconsistent with the culture of the WTO. In the WTO, the requirement was for individual Members to ensure that their laws, regulations and restrictive procedures, etc., were in conformity with the rights and obligations in the relevant Agreements. For example, the Anti-Dumping Agreement prescribed the principles and steps and the requirements for individual Members who had or who wished to introduce anti-dumping legislation, but it did not require individual Members to introduce anti-dumping legislation. Subject to this, it was up to individual Members to see whether and how they should put the rights and obligations into effect in their own domestic legislative or administrative processes. Some of the Agreements did not require any legislative means whatsoever”. *Idem*, § 33.

⁵⁴ *Idem*, § 39-40.

cooperação, com objetivo de: i) aumentar o nível de cooperação; ii) evitar conflitos⁵⁵. A ajuda técnica constituiu outra forma importante de cooperação em contexto bilateral, agências de concorrência com experiência significativa têm ajudado outras a se ocuparem do processo de implementação de uma política de concorrência⁵⁶. No âmbito regional, exemplos como APEC, NAFTA e a ALCA, têm apresentado suas contribuições, ainda, o acordo *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement* (ANZCERTA) e o NAFTA⁵⁷. Em nível internacional, UNCTAD, Banco Mundial e OECD foram ativos no desenvolvimento de estudos sobre política de concorrência. No âmbito da UNCTAD, o *Intergovernmental Group of Experts (IGE)* elaborou documentos tais como: *Model Competition Law, the Handbook on Competition Laws*, e o *UN Set on Restrictive Business Practices*.⁵⁸

No que tange à cooperação multilateral, formalizada em torno da OMC, afirmou-se que a própria OMC seria o fórum adequado empreender discussões em relação às regras multilaterais, em matéria de concorrência. Obviamente que o caso Kodak/Fuji ilustrava a falta de instrumentos à disposição da OMC, como já se afirmou. Um modelo foi sugerido pela *International Antitrust Code Working Group (IACWG)* em 1993, chamado de *Munich Code*⁵⁹. Porém, um modelo de acordo do tipo TRIPS poderia ser considerado a melhor opção. Sob tal enfoque, seria exigido que o membro incorporasse normas de concorrência em sua lei interna, ao mesmo tempo em que formasse um corpo institucional para cuidar da aplicação uniforme da lei⁶⁰. A estrutura internacional de política de concorrência seria estruturada em torno dos seguintes pontos: i) cada membro se comprometeria a adotar regras nacionais de concorrência; ii) que seriam fundadas em princípios comuns; iii) haveria algumas regras de cooperação. Para esta última sugestão

⁵⁵ *Idem*, § 41.

⁵⁶ *Idem*, § 43.

⁵⁷ *Idem*, § 46.

⁵⁸ *Idem*, § 48.

⁵⁹ O Código de Munique foi o resultado do trabalho de um grupo de estudiosos, em sua maioria alemães, que prepararam uma proposta de um Código Antitruste, que tinha pretensão de ser completo e obrigatório. Este Código funcionaria e seria aplicado por uma autoridade antitruste internacional sob os auspícios de um novo GATT. Tal autoridade funcionaria de forma permanente, por intermédio de um conselho que resolveria os litígios. TREBILCOCK, Michael J. HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2. ed. London: Routledge, 1998, p. 472.

⁶⁰ Report (1999) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. Op. cit., § 51.

havia duas alternativas: i) os interessados buscariam cooperação; ii) a cooperação já estaria estabelecida⁶¹. A visão de que o desenvolvimento de um acordo multilateral em assuntos de concorrência era prematuro foi constantemente repetida. Por exemplo, perguntou-se como poderia haver cooperação se metade dos membros da OMC ainda não tinha adotado uma lei de concorrência, nem possuía instituições antitruste? De qualquer maneira, muitas outras dúvidas permeavam a discussão em torno do tema.⁶²

2.3.3. O relatório (2000) do WGTCP para a OMC

Dentre as inúmeras considerações que novamente foram apresentadas em 2000, as mais destacadas são as que demonstram a ausência completa de um consenso em torno da articulação de uma política multilateral de concorrência, acrescida de todas as suas variantes.

Novamente, foi discutida a afirmação que as práticas anticompetitivas arruinavam os objetivos do sistema multilateral de comércio. As práticas preocupantes seriam: i) as que tiveram efeitos semelhantes no mercado de vários países, como cartéis internacionais, fusões anticompetitivas e abusos de posição dominante; ii) as que limitassem o acesso ao mercado para importações e; iii) as que tivessem efeitos benéficos num mercado, mas adversos noutro⁶³. Contudo, a maioria dos questionamentos repetia os de anos anteriores, como por exemplo, as questões que concernem aos países em desenvolvimento e a necessidade de que os mesmos recebessem auxílio multilateral, regional e bilateral⁶⁴. Ainda, foi repetido o argumento que estabelece a relação entre política de concorrência e política industrial, já que, para os países em desenvolvimento o papel da política de concorrência estava subordinado à política industrial, pelo menos durante um período⁶⁵. Em resposta ao argumento, afirmou-se que a política de concorrência não limitava necessariamente os programas de desenvolvimento industrial, e que uma vez

⁶¹ *Idem*, § 53.

⁶² *Idem*, § 54-56.

⁶³ Report (2000) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council, § 17. WT/WGTCP/4 - 30 November 2000. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/E5/E5169e.doc>. 22.12.2000.

⁶⁴ *Idem*, § 18-19.

⁶⁵ *Idem*, § 20.

encorajados os monopólios, por exemplo, bem estabelecidos, eles poderiam abalar a estabilidade econômica, além de impedir inovação e dinamismo econômico, fundamental para as economias em crescimento.⁶⁶

O tema política multilateral em matéria de concorrência foi amplamente discutido. Inicialmente, lembro-se que a aplicação extraterritorial de lei de concorrência poderia conduzir a sérios conflitos de jurisdição. A jurisdição utilizada naquele contexto recebeu críticas dos países que eram vítimas de tal conduta. Muitos deles haviam recorrido a regras de bloqueio, para proteção dos seus negócios. Novos meios de cooperação deveriam ser explorados, e a utilização de uma política multilateral de concorrência poderia ser útil neste sentido.⁶⁷

Foi cogitado pelo WGTCP o problema dos cartéis de exportação. Neste caso, as autoridades antitruste estavam habituadas a observar se existia impacto em seus mercados, razão pela qual os cartéis de exportação, geralmente, não estavam sujeito à disciplina da lei nacional antitruste⁶⁸. Em muitos casos, faltava jurisdição aos países para desafiar tais arranjos. Nestes casos, a cooperação multilateral seria fundamental.⁶⁹

⁶⁶ *Idem*, § 21-22.

⁶⁷ *"The view was expressed that past cases had illustrated how the extraterritorial application of competition law could lead to serious jurisdictional conflicts. Jurisdictional "out-reaching" had been criticized by targeted countries and several of them had resorted to "clawback laws" and blocking statutes to shield their businesses from the extraterritorial application of foreign competition laws. Ways to avoid jurisdictional conflicts, including new instruments of cooperation, should be explored. A multilateral framework on competition policy could be helpful in this regard, as well."* *Idem*, § 23-24.

⁶⁸ Para exemplificar o referido, dois exemplos ocorridos dentro do CADE: *"Competência – Cartel de Exportação – Pretendida imunidade à legislação antitruste – Rejeição Os cartéis de exportação têm sua atuação limitada pela doutrina dos efeitos. Assim, ainda quando a produção seja inteiramente destinada à exportação, tem o CADE competência para intervir no mercado relevante sempre que o mercado nacional e/ou seus agentes econômicos estejam sofrendo o impacto das condutas incriminadas."* Voto do Processo Administrativo n.º 8000.012720/94-74 de 17 de outubro de 1995, Representantes: Associação Brasileira de Citricultores – ASSOCITRUS e Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo – ACIESP, Representadas: Bascitrus Agro – Industrial e outras. In DOU de 26 de outubro de 1995, Seção I, p. 16920. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. Op. cit., p. 200-201.

"Eliminação da concorrência – Ato de concentração – Indústria naval de médio e grande portes – Transação de que resulta empresa de maior capacidade instalada no país e na América do Sul – Irrelevância – Empresa direcionadas para o mercado externo. Ainda que o ato de concentração resulte na formação de empresa de maior capacidade instalada no País e, mesmo, na América do Sul, não há impedimento à aprovação do negócio se a integração não produzir efeitos significativos no mercado nacional, na medida em que a empresa resultante tenha sua produção direcionada basicamente para o mercado externo." Voto no Ato de Concentração n.º 15/94, de 6 de março de 1996, Requerentes: Indústria Verolme-Ishibras S.A. – IVI. In DOU de 11 de março de 1996, Seção I, p. 3959. *Idem.*, p. 437-438.

⁶⁹ Report (2000) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. Op. cit., § 25.

Comentou o WGTCP que as leis e as políticas nacionais de concorrência eram caracterizadas pela diversidade e refletiam diferenças históricas do desenvolvimento econômico, circunstâncias sócio-econômicas, contextos legais e normas culturais; e que em função destes dados deveria haver períodos flexíveis, de adaptação das legislações.

Muitas das considerações ficaram centradas nas diferenças entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento que não tinham uma cultura de concorrência e acreditavam na desnecessidade da implantação de um sistema multilateral de concorrência. Segundo as considerações do WGTCP, era evidente que países que não possuíam uma política de concorrência adequada e acordos de cooperação seriam inevitavelmente explorados por empresas que se ocupariam de práticas anticompetitivas. Neste contexto, a concorrência em âmbito multilateral seria uma solução para países em desenvolvimento, ajudando-os a evitar práticas prejudiciais ao seu desenvolvimento.⁷⁰

Em relação à cooperação e providências multilaterais em matéria de concorrência, foi constatada a necessidade da cooperação internacional, com intuito de evitar práticas anticompetitivas na economia global. Porém, foi argüida a necessidade de flexibilização das posturas multilaterais para acomodar as divergências das políticas de concorrência dos membros. A cooperação internacional em política de concorrência deveria estabelecer canais de comunicação entre as autoridades de concorrência; facilitar a disseminação e troca de informação, cooperação institucional e jurídica, que certamente poderia existir sem regras globais em política de concorrência. A diversidade de objetivos das políticas de concorrência sugeria outras formas de cooperação⁷¹. Em relação à extensão dos elementos específicos da cooperação multilateral, foram sugeridas quatro dimensões: i) cooperação específica; ii) troca de experiências num foro multilateral; iii) coordenação da ajuda técnica; e iv) auxílio aos países em desenvolvimento.⁷²

Um ponto nodal da discussão entre os membros é relacionada à troca de informações, principalmente as chamadas informações confidenciais. Chegou-se a sugerir ser desnecessária uma estrutura multilateral somente para troca de informações não-confidenciais – que estariam disponíveis, em sua grande maioria, nos *web-sites* das agências

⁷⁰ *Idem*, § 30-32.

⁷¹ *Idem*, § 33-36.

⁷² *Idem*, § 44.

de controle de concorrência; este fato acabaria com burocracias maiores –, o que foi contestado, já que mesmo as informações consideradas não-confidenciais não eram de domínio público; sendo a cooperação imprescindível⁷³. Exemplos foram referidos, e estes demonstravam a validade da simples trocas de informações⁷⁴. As relações afinadas entre as autoridades antitruste dos EUA e Canadá, e atualmente com a Comunidade Européia, demonstravam a importância da cooperação e da troca de informações.⁷⁵

Refletindo sobre as funções destinadas à OMC no quadro multilateral, três perguntas foram feitas durante as discussões do WGTCF: i) o papel a ser desempenhado pelo OMC seria em qualquer área, inclusive na de política de concorrência? Observando em relação a esta pergunta que a OMC era um corpo de produção de regras, não um órgão de desenvolvimento ou uma agência de pesquisa; ii) que valor seria acrescentado pela OMC na área de assistência técnica e construção da capacitação em política de concorrência? iii) a OMC teria recursos necessários e habilidade para desempenhas tais funções?

Além destas perguntas, outras adicionais foram realizadas em relação ao papel previsto para a OMC na área de assistência técnica pelos proponentes de uma estrutura multilateral em política de concorrência, são elas: i) se a própria OMC não fosse a fornecedor principal da assistência, quem seria? ii) que modalidade de papel facilitador poderia ser representado pela OMC? iii) por que um acordo abrangente seria necessário para assegurar este papel facilitador?⁷⁶

Em relação àquelas perguntas, foi lembrado que a OMC instituiu o WGTCF, em função de que os membros concluíram que o mesmo poderia desempenhar um papel útil, em cooperação com outras organizações internacionais. Ainda o Acordo de Marrakesh

⁷³ *Idem*, § 48-52.

⁷⁴ *Idem*, § 54.

⁷⁵ *Idem*, § 56.

⁷⁶ “In reflecting on the foregoing view, the suggestion was made that three questions needed to be addressed: first, what was the role to be played by the WTO, if any, in the area of competition policy? It had to be borne in mind, in this regard, that the WTO was a rule-making body, not a development or research agency. Secondly, what would be the value-added of the WTO in the area of technical assistance and capacity building regarding competition policy? Thirdly, did the WTO have the necessary resources and expertise to undertake such a role? In addition, the following further questions were posed regarding the role foreseen for the WTO in the provision of technical assistance by proponents of a multilateral framework on competition policy. First, if the WTO itself was not to be the principal direct provider of such assistance, who would be

induzia a idéia de que a política de concorrência pertencia ao “espírito” da OMC. O trabalho realizado pelo WGTC_P mostrava o papel facilitador no que tange à concorrência.⁷⁷ Contudo, deveria haver um esclarecimento sobre o papel da OMC neste particular⁷⁸. Novamente afirmou-se que a OMC não era uma agência de ajuda técnica, apesar da cooperação tanto exigida; mas que, contudo, haveria disponibilidades de recursos para cooperação técnica junto com uma estrutura multilateral em matéria de concorrência⁷⁹. Foi sugerida a criação de um *Dispute Settlement Understanding* (DSU), mas dúvidas foram expressas sobre a conveniência de um DSU, em face da ausência de consenso em torno de uma estrutura multilateral para a concorrência.⁸⁰

Em face de tantas diversidades – ausência de consenso com respeito aos objetivos, extensão, conteúdos substantivos, arranjos institucionais para política de concorrência, diferentes graus de desenvolvimento dos membros – questionou-se a necessidade do WGTC_P⁸¹. Afirmou-se que, apesar das divergências, o grupo deveria continuar, pois existiam congruências em outros inúmeros pontos. Porém, era um fato objetivo que vários membros não aceitavam a negociação de uma política multilateral de concorrência, muitas delegações tinham o posicionamento em torno da absoluta irrelevância, e que um acordo multilateral seria muito ambicioso.⁸²

Para o trabalho futuro do WGTC_P foi sugerido que: i) os membros tentariam acordar em relação ao alcance da política de concorrência para os propósitos de futuras deliberações da OMC; tal feito com base no respeito das diferenças dos membros; ii) os membros identificariam os problemas específicos de concorrência que tiveram impacto direto sobre o comércio internacional; iii) os membros deveriam explorar a viabilidade de possíveis opções multilaterais para encaminhar os problemas de concorrência identificados na sugestão “ii”. Ainda, foi sugerido que a exploração de possíveis opções multilaterais deveria ser guiada pelas seguintes considerações: i) seria necessário considerar até que ponto a OMC era uma organização apropriada para tentar resolver os problemas

Second, what would be the modalities of the facilitating role to be played by the WTO itself? Third, why would a framework agreement be needed to support this facilitating role?” *Idem*, § 67.

⁷⁷ *Idem*, § 68.

⁷⁸ *Idem*, § 69.

⁷⁹ *Idem*, § 70-71.

⁸⁰ *Idem*, § 79.

⁸¹ *Idem*, § 83-86.

identificados; ii) antecipar soluções multilaterais; iii) reconhecer que a regra posta era apenas uma das muitas opções multilaterais disponível aos membros. Sugeriu-se que tais recomendações fossem seguidas por etapas, e que os membros tivessem mais tempo para refletir sobre as inúmeras considerações.⁸³

Lembrando os diversos posicionamentos dos países em debate, Gesner de Oliveira indica alguns:

i) a posição norte-americana, que considera prematuro um acordo internacional em defesa da concorrência. A preocupação reside em possíveis restrições que um arranjo dessa natureza teria às ações antidumping ou a outros instrumentos de defesa comercial. Sugerem uma abordagem programática e cooperação técnica entre os países; ii) o segundo posicionamento, defendido por uma gama significativa de países, revela ceticismo em relação aos compromissos multilaterais em matéria de defesa da concorrência. De forma explícita, vários países da Ásia e África relutam em assinar acordos que limitem ainda mais suas margens de liberdade para adotar políticas industriais; sustentam que a fusão de empresas nacionais seria justificável para supostamente capacitá-las a competir no mercado mundial; Índia e Malásia são exemplos deste comportamento. Nos EUA, União Européia (UE) e Japão, sistemas de isenções à legislação antitruste protegem determinados setores da economia. Em outros países o ingresso de estrangeiros no mercado nacional causou desconforto, sobretudo, quando se trata de ingresso no setor bancário de países como França e Portugal; iii) Hong Kong e Cingapura têm posição refratária à edição de uma lei – mesmo que interna – de defesa da concorrência, por razões opostas às dos partidários de uma política industrial tradicional. A justificativa é que a melhor maneira para proteger a concorrência é eliminar a intervenção governamental, inclusive a associada ao controle antitruste. A abertura comercial seria suficiente para o bom funcionamento do mercado; iv) a quarta posição, associada à União Européia, apoiada pelo Japão, propõe um acordo multilateral para estabelecimento de princípios mínimos a serem respeitados pelas legislações nacionais.⁸⁴

⁸² *Idem*, § 88.

⁸³ *Idem*, § 90-92.

⁸⁴ OLIVEIRA, Gesner, Folha de São Paulo, 8 de julho de 2000, p. b-2

Lembra Gesner de Oliveira que a ausência de instâncias adequadas de resolução de controvérsias faz proliferar os atritos. O autor pergunta-se: a qual instância um país deve recorrer, quando se vê prejudicado pelo aumento de preços de suas importações em virtude da ação de um cartel internacional? ⁸⁵

3. As soluções buscadas em nível bilateral e aportes para a construção da cooperação no âmbito regional: a experiência brasileira

A análise dos dados disponibilizada pelos organismos internacionais aponta para um caminho ainda em vias de ser construído. Aponta para uma disparidade significativa de interesses, que por enquanto, tolhem a possibilidade de um regramento multilateral em matéria de concorrência.

É importante observar que o CPR adotado pela ONU, em 1980, tenha sido adotado na forma de recomendação, logo sem força legal. Obviamente que os efeitos são pouco expressivos. Não se observou naquele período qualquer movimentação maior no intuito de torná-lo um instrumento internacional para uma política internacional de concorrência. O CPR parece ter sido adotado para confortar os países em desenvolvimento – forjada na esfera de ação da UNCTAD⁸⁶ – num período em que as transnacionais, de modo geral sediadas em países desenvolvidos, começavam um processo de internacionalização agressiva dos meios de produção. Enquanto países em desenvolvimento buscavam controlar e regular a conduta dos empreendimentos multinacionais, os países desenvolvidos buscavam proteger seus empreendimentos privados. ⁸⁷

As respostas aos problemas decorrentes da aplicação da política de concorrência no espaço extraordinário, também não foram oferecidas pela OECD. Por

⁸⁵ *Idem, ibidem.*

⁸⁶ Não é sem razão que os países desenvolvidos/industrializados evitaram apoiar a iniciativa, em Trebilcock: “Similarly, the UN Commission on Transnational Corporations has encountered severe difficulties in attracting legal endorsement by industrialized countries of a proposed Code of Conduct for TNCs, which would include provisions on restrictive business practices similar to those contained in the UNCTAD Code.” TREBILCOCK e HOWSE. *Op. cit.*, p. 469.

⁸⁷ “In both cases, developing countries promoted provisions designed to control and regulate the conduct of multinational enterprises that were widely perceived in less-developed countries as abusive and rapacious, while developed countries sought to apply strong competition principles to state-owned as well as private enterprises.” *Idem, ibidem.*

exemplo. a necessária comunicação/notificação dos membros afetados pela prática jurisdicional de outro membro é uma das posturas adotadas, que, contudo, presumivelmente, não atende a resolução dos problemas sugeridos pela prática anticompetitiva que afeta mais de um Estado.

A OMC, através do seu grupo de trabalho relacionado a antitruste, tem demonstrado um progressivo desejo de cada vez mais se tornar um fórum internacional para solução de controvérsias e ou análise de práticas comerciais restritivas em matéria antitruste.

Um número significativo de estudiosos tem expressado fortes reservas em relação à utilização da OMC com tal fim, já que a sua responsabilidade, neste caso, seria significativamente aumentada. De qualquer maneira, metade dos membros da OMC não possuem uma legislação antitruste, ou apresentam algum déficit na aplicação e efetivação das normas. Entre os que possuem, as diferenças são substantivas, procedimentais e institucionais. Estas diferenças têm conduzido a um aumento no número de apelos para uma harmonização e integração das políticas, como a ocorrida em relação aos regimes de propriedade intelectual e acordo TRIPS, buscada pela Rodada Uruguai.⁸⁸

Da flagrante ausência de consenso entre os três âmbitos internacionais destacados surge a cooperação nos espaços regionais e bilaterais, que aparentemente vem alcançado êxitos mais claros. O Brasil tem buscado meios para dar proteção ao seu mercado e vem demonstrando uma postura muito pragmática neste sentido.

3.1. Acordos bilaterais: a busca de um consenso mínimo

Esta forma de acordos bilaterais parece ser a mais adequada para o período atual em que as políticas de concorrência dos mais diversos países tendem à manutenção dos modelos nacionais, com suas formas específicas de conduzir a política antitruste. Os EUA têm sido partidários desta forma bilateral de cooperação, estabelecendo acordos de

⁸⁸ Idem, p. 467.

cooperação em matéria antitruste com Canadá – atualmente os acordos foram renegociados e expandidos –, ainda com Austrália, Alemanha. Outro exemplo material destes recentes arranjos de cooperação bilateral, como já indicado, é o acordo entre o EUA e a UE concluído em 1991.

Em 1999, o Brasil assinou com os EUA um acordo de cooperação em matéria antitruste. O acordo contém dispositivos para o estabelecimento de cooperação e coordenação em alguns tópicos relacionados à política antitruste. A notificação sobre o cumprimento de medidas que possam de qualquer forma afetar o outro Estado, a prevenção de conflitos, as consultas relativas às ações de cumprimento da lei, e a proteção efetiva de matérias confidenciais, são alguns dos elementos dispostos no documento.

Os destaques do acordo incluem: i) as partes reconhecem que é de interesse mútuo cooperar no cumprimento da lei antitruste. Com esse objetivo, as partes concordam em trocar informações relativas a antitruste, coerentes com os requisitos de caráter confidencial; ii) em uma norma de "cortesia positiva", cada parte concorda em dar séria consideração às solicitações da outra parte para adotar ações de cumprimento da lei antitruste contra a conduta ilegal, dentro de sua jurisdição, que fere os importantes interesses da parte solicitante; iii) cada parte notificará a outra sobre atividades específicas no cumprimento da lei antitruste que a afete. Para minimizar possíveis conflitos advindos das ações do cumprimento da lei, as partes concordam em dar a devida consideração aos interesses de cada uma. As partes também farão consultas recíprocas, mediante requerimento, sobre assuntos abrangidos pelo acordo; iv) cada parte concordará em manter o sigilo de informações susceptíveis fornecidas por cada uma.⁸⁹

Em 1996, o CADE firmou com a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência da Argentina (CNDC) um convênio de cooperação. O convênio amplia a possibilidade de troca de informações atualizadas sobre a orientação seguida em matéria de defesa da concorrência pelo dois países, facilitando o trabalho de harmonização legislativa.

⁸⁹ "Juntos, esses dispositivos formam uma base sólida para uma cooperação intensificada, enquanto minimiza possíveis conflitos entre as atividades de cumprimento da lei antitruste dos dois países", afirmou Joel I. Klein, assessor da Procuradoria Geral responsável pela Divisão Antitruste. O acordo foi firmado pela procuradora geral dos EUA, Janet Reno, pelo presidente da FTC, Robert Pitofsky, e pelo ex-ministro da Justiça, José Carlos Dias, e deverá entrar em vigor após a aprovação pelo Congresso Nacional. Public Affairs Section of the American Embassy in Brasília. *Estados Unidos assinam acordo de cooperação antitruste com o Brasil.*

Apesar de ambas autoridades antitruste pertencerem ao mesmo bloco, a cooperação pode ser entendida como feita em nível bilateral. É inegável a postura positiva do CADE, em função da busca de convênios e acordo de facilitação.

3.2. Soluções regionais: a ampliação da cooperação em matéria antitruste

3.2.1. Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul e sua forma de aplicação e outros acordos regionais

Decorrido um tempo considerável desde a fase de transição, significativos elementos mostram-se ausentes para a formação do Mercosul. No que tange à legislação antitruste, a ausência de harmonização entre as normas internas, ou a ausência de normas internas, é ainda um problema à ser superado.

- Como já notado, as organizações regionais têm o cuidado de realizar acordos com intuito de estabelecer parâmetros mínimos com respeito à aplicação do direito antitruste. O Mercosul adotou o Protocolo de Fortaleza. O art. 1º do Tratado de Assunção, constitutivo do Mercosul, indica a necessidade de se assegurar condições adequadas de concorrência entre os membros do bloco. Já o art. 4º do mesmo acordo, refere-se a normas comuns sobre concorrência.⁹⁰

Em 18 de setembro de 2000, foi promulgado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDCM), assinado em Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996, e seu Anexo, assinado em Assunção, em 18 de junho de 1997, Decreto nº 3.602/00. O governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação do referido ato em 9 de agosto de 2000, passando o mesmo a vigorar internacionalmente e para o Brasil em 8 de setembro de 2000, nos termos do art. 33 do Protocolo.⁹¹

O texto legal considera que: i) a livre circulação de bens e serviços entre os membros do bloco necessita de regras de concorrência; ii) os membros devem assegurar ao

Washington, 26 out. de 1999. Disponível na internet: <http://www.embaixada-americana.org.br/antitru.htm>. 09.08.2000.

⁹⁰ Para uma compreensão mais ampla das origens ver: FARIA, Werter Rotunno. *Defesa da concorrência no Mercosul*. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração/Senado Federal, 1992.

⁹¹ Decreto n.º 3.602/2000. Disponível na internet: <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

exercício das atividades econômicas condições de livre concorrência; iii) o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais entre os membros, assim como o aumento da competitividade em seus territórios dependerão, em grande medida, da consolidação de um ambiente concorrencial dentro do Mercosul; iv) urge o estabelecimento de diretrizes que orientarão membros do bloco e as empresas neles sediadas na defesa da concorrência no Mercosul.

Em relação ao âmbito de aplicação, segundo o art. 2º do PDCM, o acordo se aplica aos atos praticados por agentes econômicos que produzam ou tenham por objetivo produzir efeitos sobre a concorrência no espaço regional, e que afetem o comércio entre os membros. O art. 3º considera exclusiva a competência de cada membro para regular atos praticados em seu respectivo território por agentes econômicos nele domiciliados e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se limitem.⁹²

Dois órgãos destacam-se na efetivação da norma. São eles: i) a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); ii) e o Comitê de Defesa da Concorrência (CDC). O CDC é um órgão de natureza intergovernamental, e será integrado pelos órgãos nacionais responsáveis pela aplicação do PDCM. No caso do Brasil e Argentina⁹³, seria formado pela estrutura de controle de concorrência que cada país possui. No caso de Uruguai e Paraguai, deverá ser integrado por órgãos que, de qualquer forma, cuidam da proteção do consumidor ou dos crimes de natureza econômica⁹⁴. A CCM é um órgão que integra a estrutura institucional do Mercosul.

⁹² “Art 2º As regras deste Protocolo aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objetivo produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes. Parágrafo Único. Incluem-se entre as pessoas jurídicas a que se refere o caput deste artigo as empresas que exercem monopólio estatal, na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal. Art 3º É da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulamentação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam.” Decreto n.º 3.602/2000. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

⁹³ A legislação argentina também incorpora a doutrina da teoria dos efeitos: Art. 3. *Ambito personal: enuncia que quedan sometidas a la ley las personas físicas o jurídicas públicas o privadas con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en el país o en el exterior si sus actos pudieran producir efectos en el mercado nacional.* Ley 25.156/99. Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía. Área de Información Legislativa y Documental. Disponível na internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/xtnorma/60016.htm>. 23.12.2000.

⁹⁴ Para obter quadro comparativo entre as legislações do Brasil (Lei nº 8.884/94), da Argentina (Lei nº 2.226/80, antiga) e do Chile (Decreto-Lei nº 211/73), ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. A Defesa

O procedimento para aplicação do PDCM segue o seguinte percurso: i) o órgão nacional do Estado membro iniciará o procedimento contra o agente econômico responsável pela infração concorrencial, de ofício ou mediante representação de parte legitimamente interessada; ii) o órgão nacional deverá encaminhar ao CDC o procedimento, juntamente com avaliação técnica preliminar; iii) o CDC, após análise técnica preliminar, estabelecerá pautas que definirão a estrutura do mercado relevante, os meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática sob investigação; iv) ou o CDC mandará o órgão nacional proceder à instauração da investigação ou, *ad referendum* da CCM, o CDC arquivará o procedimento, neste caso o procedido é finalizado; v) o órgão nacional de controle de concorrência do Estado parte em cujo território estiver domiciliado o representado – o agente econômico responsável pela infração concorrencial –, realizará a investigação da prática restritiva da concorrência, levando em conta as pautas definidas pelo CDC; vi) o órgão nacional emitirá parecer conclusivo; vii) o CDC examinará o parecer emitido pelo órgão nacional; viii) desde que exista consenso na CDC sobre o parecer emitido pelo órgão nacional, definirá, *ad referendum* CCM, as práticas infrativas e estabelecerá as sanções a serem impostas ou as demais medidas cabíveis ao caso. Se o CDC não alcançar o consenso, encaminhará suas conclusões à CCM, consignando as divergências existentes; ix) a CCM, levando em consideração o parecer ou as conclusões do CDC, se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo as sanções a serem aplicadas à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso. Sem consenso, a CCM encaminhará as diferentes alternativas propostas ao GMC, este se pronunciará sobre a matéria mediante a adoção de Resolução. Sem consenso, o Estado interessado poderá recorrer ao Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias; x) órgão nacional em cujo território estiver domiciliada a parte infratora, aplicará as sanções definidas pela CDC.⁹⁵

Se o Brasil, por exemplo, é prejudicado por uma conduta anticompetitiva, realizada por um agente econômico de nacionalidade uruguaia; e inexistente fosse o PDCM, o procedimento seria o seguinte: a autoridade antitruste brasileira – SEAE, SDE,

da concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, n. 24, jul./dez. 1996, p.119-133.

⁹⁵ Ver fluxograma n.º .

CADE – cuidaria de dar início e continuidade ao procedimento investigativo, e baseada no art. 2º da nº Lei 8.884/94, consideraria se os efeitos produzidos no mercado brasileiro eram suficientes para que a competência internacional da jurisdição brasileira se entendesse para alcançar uma empresa localizada fora do território brasileiro. Como já afirmado, aparentemente a autoridade antitruste brasileira não encontraria problemas para julgar o infrator, desde que reunisse uma gama considerável de elementos que demonstrasse a prática anticompetitiva. A dificuldade maior seria para sujeitar o infrator aos efeitos da norma antitruste brasileira.

O *iter* procedimental, descrito pelo PDCM, sugere o seguinte para solução do problema descrito: o Brasil entende que a conduta praticada pelo agente econômico de nacionalidade uruguaia causa danos ao mercado interno brasileiro – a conduta é descrita pelo Decreto nº 3.602/00 como sendo infratora, é está sujeita a punição. O Brasil inicia procedimento investigativo e remete os resultados para a CDC, este realiza uma análise técnica preliminar. Finalizada a sua análise técnica, o CDC ou mandará arquivar o procedimento, ou mandará a autoridade antitruste uruguaia realizar a investigação da prática indicada como restritiva da concorrência. Concluída a investigação, a autoridade uruguaia apresentará ao CDC um parecer conclusivo sobre a matéria. Com base no parecer o CDC decidirá sobre a alegada infração, impingindo sanções, ou liberando o agente econômico da punição. Sem consenso, o CDC encaminhará suas conclusões à CCM, que dirá qual a medida a ser adotada. Na hipótese de punição do agente econômico uruguaio, será a própria autoridade antitruste uruguaia que cuidará de executar a decisão.

Mas se o Uruguai não possui uma política antitruste, quem cuidaria de fazer o procedimento investigativo? Quem executaria a decisão proferida pelas instituições do Mercosul?

Lembra Gesner Oliveira que os critérios de definição jurisdicional estabelecidos pelo PDCM não são triviais. Sendo perceptível que as incertezas neste particular poderiam gerar indefinição sobre a competência para apreciar determinados litígios, quem deveria cuidar de determinados procedimentos, as agências nacionais ou os canais institucionais estabelecidos pelo PDCM? Problemas desta natureza poderiam resultar em conflitos entre o Mercosul e as agências nacionais de controle de concorrência, o que geraria incerteza jurídica. Para evitar tal problema, seria exigível: i) estabelecer critérios metodológicos

claros para definição jurisdicional; ii) construir uma política de concorrência com base na cooperação entre as agências nacionais, evitando rivalidades indesejáveis entre as agências nacionais e as instituições decisórias do Mercosul.⁹⁶

De qualquer maneira, a implementação do PDCM dependerá da adoção de mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico, objetivando: i) aperfeiçoamento dos sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante um programa de intercâmbio de informações e experiências, de treinamento de técnicos e de compilação da jurisprudência relativa à defesa da concorrência, bem como da investigação conjunta das práticas lesivas à concorrência no Mercosul; ii) identificar e mobilizar, inclusive por intermédio de acordos de cooperação técnica em matéria de defesa da concorrência celebrados com outros Estados ou agrupamentos regionais, os recursos necessários à implementação do programa de cooperação descrito anteriormente.⁹⁷

A harmonização é outro elemento que figura com fundamental. O tema harmonização das políticas de concorrência ganhou força no período posterior à Rodada Uruguai; tal situação se deve à redução das barreiras ao comércio derivada de ações governamentais, passando “[a] haver uma crescente demanda por outras formas de protecionismo baseada em ações privadas e/ou omissões governamentais”⁹⁸. Quatro condições são, para Mattos, indispensáveis no processo de integração: i) incorporar na legislação antitruste nacional, a análise de práticas anticoncorrenciais intrafronteiras sobre o bem-estar de outro países; ii) estipular entendimento sobre as relações entre política de concorrência e política industrial; iii) harmonização conceitual dos instrumentos de política de concorrência e comercial; iv) abrir a possibilidade de estrangeiros recorrerem ao Poder

⁹⁶ “It is noted that any uncertainty in such area may generate uncertainty with dissenting views on whether a process should be forwarded by means of the national agency or by the institutional channels provided for in the Fortaleza Protocol. In certain litigations a jurisdiction could be used in opposition to another, as a way to appeal of a decision presumably unfavorable. Problems of such nature could naturally result in conflicts between Mercosur and national agencies generating legal uncertainty. In order to avoid them, it is required: i) to establish clear methodological criteria for jurisdictional definition; ii) to build competition policy upon the cooperation among national agencies, avoiding thereby undesirable rivalry among the latter and the Mercosur decision bodies.” OLIVEIRA, Gesner. Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n 3-B, mar. 1998, p.19.

⁹⁷ É o que dispõe o art. 30 do Decreto nº 3.602/00.

⁹⁸ MATTOS, César. Harmonização das Políticas Antitruste. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, n. 27, jan./jul. 1998, p. 83.

Judiciário local, em relação a práticas anticoncorrenciais danosas aos seus mercados, assegurando imparcialidade nas decisões.⁹⁹

O Brasil tem ainda participado das discussões do Grupo de Trabalho de Defesa da Concorrência no âmbito da Área de Livre Comércio das Américas - ALCA. A idéia de aproximação e harmonização dos regimes legais de defesa da concorrência nos países do hemisfério é um objetivo buscado pelo Grupo.

Dentro do NAFTA, a mesma postura é adotada. O capítulo 15 do acordo apresenta regras de política de concorrência. Prescreve que cada parte cuidará de evitar que práticas anticompetitivas ocorram em seus territórios. As partes se comprometem a cooperar em mútua assistência jurídica, notificando, consultando e trocando informações.

Deve-se recordar, neste sentido, que sob a orientação dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, a UE adotou uma única política de concorrência para todos os Estados membros. Cada Estado aplica sua regra jurídica desde que a transação tenha seus efeitos limitados ao território do próprio Estado. Se os efeitos forem produzidos em mais de um Estado, ou tiveram a chamada dimensão comunitária, a competência passa a ser da UE e do tratado de Roma. Tal critério adotado pelos artigos é o mesmo da teoria dos efeitos, contudo, “[n]ão será correto falar em aplicação extra-territorial do direito da concorrência, já que o elemento que determina a competência está localizado no mercado comum. O que interessa é que os efeitos anti-concorrenciais se produzam no território do mercado comum”¹⁰⁰. Logo, o direito comunitário tem aplicação territorial objetiva. Esta forma de aplicação permite que atos que tenham ocorrido no exterior sejam analisados se gerarem efeitos dentro dos países que integram o território comunitário.¹⁰¹

3.3. Considerações conclusivas

Independentemente do questionamento político-ideológico no que tange ao processo de reestruturação da economia, com a privatização das estruturas consideradas não

⁹⁹ *Idem*, p. 102-103.

¹⁰⁰ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas comunidades europeias*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 279-280.

mais prioritárias, fez-se necessária uma ampliação dos instrumentos controladores do novo modelo sobre o qual o Estado se estrutura. O modelo, afinado com as especificidades do sistema vigente, é o da iniciativa privada na condução do desenvolvimento, acrescido de um afastamento dos agentes públicos do financiamento direto – subsídios, adiantamento de créditos – e indireto – estimulado por barreiras tarifárias, quotas, reservas de mercado.

Este espectro espelha de modo notável não só uma situação particular de determinado país, já que as grandes alterações econômicas estatais dos anos oitenta universalizaram as políticas reconhecidas como neoliberais; logo, a alforria é por vezes completa, da ação do Estado, na forma de interferência direta no livre mercado. A desestatização da prestação pública de muitos dos serviços de infra-estrutura exemplifica um elemento da nova postura e reverbera na inescapável necessidade de controle dos diversos setores alienados ou concedidos, por intermédio da regulação e da defesa da concorrência.

Não baste o novo elemento, os mercados adquirem uma completa conotação internacionalizada, que ganha volume de maneira dantesca. A reunião dos Estados em torno do sistema da OMC tem instituído um modelo único de desenvolvimento econômico que tende sempre para a interdependência dos mercados e a facilitação do acesso universal aos mesmos. A internacionalização e descentralização dos fatores produtivos, do mesmo modo, potencializam um emaranhado corporativo entre os agentes econômicos. O resultado de todo este cenário é uma limitação dos poderes públicos para controlar as atividades dos agentes que atuam neste novo ambiente.

A edição de normas jurídicas com intuito de disciplinar as operações realizadas pelos agentes econômicos tem crescido de maneira vertiginosa. A introdução de elementos jurídicos de controle de concorrência é uma novidade para muitos países. O Relatório Mundial de Investimentos de 1997 da UNCTAD registra mais de setenta países com normas relacionadas ao tema, contrastando com menos de quarenta países até os anos oitenta. Os relatórios das organizações internacionais apontam para a adoção de normas protetivas tanto da concorrência, quanto do direito do consumidor e da economia popular,

¹⁰¹ Para uma leitura comparativa entre UE e Mercosul ver: CASELLA, Paulo Borba. *Direito da Concorrência na C.E. e no Mercosul*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, MERCADANTE, Araminta de Azevedo, CASELLA, Paulo Borba (orgs). *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo: LTr, 1994, p. 208-261.

por uma quantidade considerável de países¹⁰². A regulação das atividades econômicas vem sendo discutida na maioria dos fóruns internacionais e antecipa a constatação de que o Estado perde parcela do seu poder para atender determinadas demandas jurisdicionais.¹⁰³

Da observação singela dos dois elementos apontados, quais sejam, a internacionalização da economia de mercado com todos os outros elementos conseqüentes e a edição de normas internas com o escopo de regular a conduta dos agentes econômicos – para o trabalho, especialmente relacionado à edição de regras de concorrência – depreende-se, necessariamente, que há uma desconfiança sobre a potencial eficácia das normas nacionais, editadas com o objetivo de disciplinar as ações de agentes econômicos que agem num ambiente plurilateral. Parece recorrente usar a analogia de duas paralelas que não se encontram.

Em uma interessante comunicação ao WGTCP, Trinidad e Tobago lembra que as economias dos países integrantes do *Caribbean Community* (CARICOM) são formadas principalmente por monoculturas orientadas para exportação e são dependentes de importações. É o caso de Trinidad e Tobago, que explora petróleo e seus derivados; da Jamaica, que explora bauxita; e as Ilhas Windward, que produzem bananas. Todos estes países estão sujeitos às intempéries da economia mundial, são altamente dependentes do turismo, que é o principal empregador e produtor de renda. As corporações multinacionais dominam os setores produtivos – exceção dos pequenos produtores de banana das Ilhas Windward. Tal condição faz as economias suscetíveis dos efeitos negativos das práticas anticompetitivas das empresas multinacionais.¹⁰⁴

O DI, que poderia inspirar melhores ações com pretensa eficácia sobre atos que transcendem o espaço territorial de um Estado, não alcançou maturidade institucional e legal para tal esforço.

¹⁰² “With regard to the point that only about 70 countries had competition laws, it was said that this was a considerable improvement over the situation prevailing at the time of the drafting of the so-called Havana Charter almost 50 years ago, when only a few countries had competition laws. This had gone a long way towards establishing a common background among WTO Members in this area, which would facilitate the development of an effective multilateral framework on competition.” Report (1999) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. Op. cit., § 35.

¹⁰³ Ver neste sentido: LUPI. Op. cit., p. 214-276.

¹⁰⁴ Communication from Trinidad and Tobago. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. WT/WGTCP/W/143 - 2 August 2000. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/E3/E3170e.doc>. 22.12.2000.

A utilização da ficção da extraterritorialidade – vetusta e ineficaz – pareceu responder adequadamente a uma parcela do problema relacionado ao déficit da eficácia normativa. Tal ficção surgiu para o direito da concorrência, com a extensão da jurisdição antitruste norte-americana até fatos ocorridos fora dos limites ordinários de atuação jurisdicional. Posteriormente, a mesma ficção foi identificada nos tribunais norte-americanos como teoria dos efeitos, e sob este enfoque os EUA passaram a entender plena sua competência para apreciar atos, mesmo que originados em terceiros Estados, contanto que produzissem resultados negativos para a economia norte-americana.

Muitos países, influenciados pela política antitruste, bem como influenciados pelas decisões dos tribunais norte-americanos em matéria antitruste, introduziram em seus ordenamentos internos, partículas legais que incorporam a teoria dos efeitos. O Brasil introduziu em seu ordenamento jurídico, norma contendo este entendimento. E o CADE, responsável pela aplicação da Lei n.º 8.884/94, que contém o dispositivo, em algumas ocasiões já afirmou sua competência jurisdicional para apreciar condutas realizadas fora do mercado doméstico, e que trazem efeitos diretos para o brasileiro.

Salvo juízo valorativo de natureza não-jurídica, os Estados não têm sua capacidade para edição de norma vinculado a qualquer elemento. O próprio ordenamento jurídico do Estado indica quais são os limites do seu interesse jurisdicional do Estado. Apresentadas no capítulo primeiro sob as rubricas de autolimitação e heterolimitação, estas sugerem o entendimento acerca deste tema. Assim, a edição de regras com o intuito de disciplinar a conduta danosa praticada pelos agentes econômicos que agem na esfera internacional não encontra obstáculo, se não no próprio Estado.

Em relação à apreciação por parte de órgãos especializados – judiciais ou administrativos – de condutas realizadas fora do limite ordinário de abrangência da jurisdição, nada obsta que o Estado inicie procedimento contra um agente econômico e dê seguimento ao mesmo, por danos produzidos ao mercado doméstico. A atividade cognitiva procedimental é absolutamente condizente com a existência da norma, que precisa ser exercida.

No caso brasileiro, por exemplo, os procedimentos de análise de atos ou contratos realizados por agentes econômicos dependem de uma infinidade de provas e documentos, que serão entregues às autoridades antitruste. Teoricamente, a investigação

ocorre num ambiente marcado pela colaboração dos agentes econômicos, que fornecem os dados sobre as operações, os valores, os objetivos, as motivações, bem como as demais informações exigidas pela lei, e que são necessárias para autoridade antitruste decidir que medidas adotar diante de determinado comportamento, sob as penas da não-apresentação dos dados exigidos pela lei no tempo determinado.¹⁰⁵

Neste sentido, a participação do agente econômico é absolutamente indispensável. Vislumbre-se a hipótese de que um agente econômico, que não tenha nenhuma representação no Brasil, mas cujo ato cause efeitos imediatos e danosos para a manutenção da concorrência no mercado – por certo, sempre serão agentes que dominam mercado em percentual significativo, ou possuem faturamento anual superior a determinado valor. Naquele caso, o agente deverá apresentar os elementos que integram o negócio realizado, que constitui infração legal. As penas determinadas pela lei serão suficientes para intimidar o agente a observar as prescrições legais? Não parece que a resposta a esta pergunta seja óbvia, baseada na boa-fé, ou seja de qualquer maneira facilmente resolvida. Ainda, poder-se-ia afirmar que a grande maioria dos agentes econômicos que realiza ato ou contrato potencialmente danoso, adota uma postura de acordo com as legislações dos países onde possuem atividade econômica. Tal afirmação por certo está longe de proteger o mercado de comportamentos anticompetitivos, ou estabelecer um núcleo de segurança jurídica.

Assim, como se pode observar, o fornecimento de informações representa outro elemento dificultador da aplicação da legislação antitruste a fatos ocorridos fora da jurisdição ordinária. O interessante neste tópico é considerar que as informações não são necessariamente sonegadas por falta de vontade ou mesmo para dificultar o trabalho das autoridades antitruste de um determinado país. As informações requeridas, de modo geral, transpassam um grau normal de informações que poderiam ser divulgadas pelo agente econômico sem prejuízos para suas estratégias comerciais.

¹⁰⁵ O art. 54 da Lei n.º 8.884/94, informa que os atos que de qualquer natureza causem danos à concorrência devem ser submetidos à apreciação do CADE. A Resolução n.º 15/98, disciplina as formalidades e procedimentos em relação à apresentação dos atos e contratos ao CADE. Somente o Anexo I da Resolução n.º 15/98, requer mais de 35 elementos entre dados, documentos e informações. O Anexo II, contém mais uma quantidade razoável de informações que podem ser requeridas se necessária instrução complementar; este anexo é formado por 32 elementos. Sem olvidar que o Conselheiro-Relator poderá requer às partes que

Em resumo, há uma previsão legal atribuindo competência jurisdicional internacional para o Estado exercer seu poder sobre uma conduta que causa danos ao mercado interno, contra um agente econômico estabelecido fora dos limites territoriais. Ao mesmo tempo, a lei exige que sejam demonstrados os danos causados e que o agente econômico seja notificado para responder às imputações que lhes são feitas, ou aguarda que o agente econômico apresente documentação pertinente a ato ou contrato realizado que deu origem à infração. Tanto a apresentação de documentos quanto a resposta às imputações, são ações unilaterais, que devem ser realizada pelo próprio agente econômico – que neste caso, como já informado, está fora dos limites normais em que os Estados jurisdicionalmente atuam. Ainda, as informações requeridas pelas autoridades antitruste são consideradas de modo geral como confidenciais, já que podem integrar estratégias competitivas para o agente. De tudo, resta a conclusão de que a aplicação da norma encontra percalços volumosos.

Ainda que o Estado acabe encontrado fundamentos suficientes e provas para aplicar a sua lei contra o agente econômico estrangeiro, como executar, como tornar a decisão útil? Pouco importa se o Estado possui capacidade para editar e individualizar a norma, limitada somente pela sua vontade. Ocorre que a decisão em um determinado órgão, de um determinado Estado, dificilmente poderá ser executada no território de um terceiro Estado, sem que exista por parte deste uma intensa colaboração de natureza jurídico-institucional.¹⁰⁶

Logo, tanto na atividade investigativa quanto na executiva, um Estado depende do outro. Ressalte-se ainda que, em matéria antitruste, vários elementos tornam a acolhida

procedam a apresentação dos documentos que o mesmo entender pertinentes, se necessário para o esclarecimento dos fatos, conforme o art. 7 § único da Resolução 15/98.

¹⁰⁶ Este é o entendimento da chancelaria brasileira, que há muito pauta seu comportamento baseado no estrito respeito as DI e aos integrantes da comunidade internacional. Neste sentido, Declaração final da “X Reunião de Chefes de Estado e de Governo do Grupo do Rio do ano de 1996. “Repudiamos toda tentativa de impor sanções unilaterais, com caráter de extraterritorialidade na aplicação do direito interno de um país, por contrariar as normas que regem a convivência entre os Estados e ignorar o princípio fundamental do respeito à soberania, além de constituir uma violação ao Direito Internacional. Reafirmamos, portanto, nosso enérgico repúdio à chamada Lei Helms-Burton, e, nesses termos, ressaltamos a importância da opinião unânime emitida pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos, a qual compartilhamos, no sentido de que os fundamentos e a eventual aplicação da mencionada lei não estão em conformidade com o Direito Internacional.”. Ministério das Relações Exteriores. Declaração final da “X Reunião de Chefes de Estado e de Governo do Grupo do Rio” -Cochabamba-Bolívia, 03-04/09/1996. Disponível na internet: <http://www.mre.gov.br/unir/webunir/bila/19/3integra/1grio.htm>. 10.08.2000.

das decisões estrangeiras mais complicada. Esta afirmação advém da observação de que a política antitruste, quando existente, pode integrar a estratégia política-econômica do Estado. Durante as reuniões do grupo WGTCP da OMC ficou absolutamente clara a importância atribuída à política de concorrência, como elemento de implementação de políticas de desenvolvimento industrial. Entendia a Índia, por exemplo, que o foco essencial da política de competição em países desenvolvidos era a promoção da eficiência, sendo que a perspectiva estática não auxiliava no desenvolvimento econômico; observa que a experiência japonesa entre os anos de 1950-1973 indica que o significativo crescimento da economia foi facilitado pela subordinação da política de concorrência a política industrial¹⁰⁷. A política de concorrência é, portanto, um instrumento utilizado por muitos Estados para a implementação de suas políticas industriais.

Os governos têm muitos mecanismos à sua disposição para conduzir a realidade econômica – v.g. incentivos a determinados setores e desencorajamento de outros, imposição ou redução de impostos –, que em verdade se mantêm longe do modelo de concorrência perfeita. Uma alternativa a estes mecanismos é a adoção de política de defesa da concorrência, que serve ainda como estabilizador das políticas econômicas, integrando as estratégias desenvolvimentistas de natureza econômica.¹⁰⁸

O Brasil indiscutivelmente utiliza-se de instrumentos de política de concorrência quando quer adotar determinadas posturas econômicas, ou quando observa que o mercado interno não atende às suas expectativas em relação a preços ou oferta de bens. A abertura de mercado para determinados setores, com redução de alíquotas de importação, é a manifestação mais clara deste sintoma, v.g. tomado de uma necessidade

¹⁰⁷ "The essential focus of competition policy in advanced countries is the promotion of allocative efficiency and reduced price for consumers. This static perspective may not aid economic development. The debate related to "consumer welfare", "producer interests" and "public interest" in the context of development is still alive. The Japanese experience for the period 1950-1973 indicates that the very high growth of the Japanese economy was facilitated by "subordination" of competition policy to "industrial policy". Various scholars have brought out how MITI encouraged a variety of cartel arrangements in a wide range of industries - exports and import cartels, arrangements to combat depression or excessive competition, rationalization cartels, etc. Similarly, believing that large scale enterprises were required for promotion of technical change and for Japanese firms to compete effectively with their western counterparts, MITI encouraged mergers between leading firms in "key industries". Communication from India, Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. WT/WGTCP/W/149 - 18 September 2000. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/E3/E3655e.doc>, 22.12.2000.

¹⁰⁸ BLANCH, Francisco González. *Fundamentos del análisis económico de la regulación*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1997, p. 9.

extraordinária de atender às expectativas dos consumidores em função da alta de preços em determinado setor, sabidamente ineficiente, o Estado reduz significativamente o valor dos impostos de importação, para que o produto advindo do mercado externo induza a uma normalização da oferta ou preço do bem. Neste cenário, observa-se que o direito da concorrência desempenha funções outras, que não só a que lhe dá nome, tornando a discussão mais complexa.

Assim, pode-se deduzir que a competência internacional da lei interna em matéria antitruste não apresenta possibilidades concretas de ser exercida sem que exista um mínimo de consenso entre os países envolvidos no exercício jurisdicional; entre o Estado que pretende ver sua lei aplicada, e o que de qualquer maneira for afetado pela decisão. O exercício unilateral da jurisdição interna contra condutas anticompetitivas externas que causem prejuízos ao mercado interno recebeu uma dura resposta por parte dos países afetados por tal postura: a edição das regras de bloqueio no início dos anos oitenta trouxe à tona o problema, que ganha expressão atualmente, em face das condições favoráveis à liberdade dos agentes econômicos para atuação irrestrita na maioria dos países.¹⁰⁹

A percepção desta dificuldade tem estimulado os Estados a buscar formas de cooperação com base em acordos bilaterais, regionais e plurilaterais. Em todos estes ambientes, a construção de um espaço favorável ao combate das práticas restritivas determina a dinâmica adotada.

A construção de um espaço cooperativo com plena potencialidade, é ainda bastante remoto. Esta circunstância decorre principalmente das inúmeras diferenças e graus diversos de desenvolvimento em matéria antitruste que possuem os países. Contudo, indiscutivelmente é o melhor caminho adotado pelos países em relação a um problema que deve se avolumar ainda mais nos próximos anos.

¹⁰⁹ Ver documento da UNCTAD: Informe sobre las Inversiones en el mundo 2000 – Las Fusiones y Adquisiciones Transfronterizas y el Desarrollo – Panorama General - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Naciones Unidas - Nueva York y Ginebra, 2000. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/sp/docs/wir00ove.sp.pdf>. 20.12.2000.

CONCLUSÃO

A conclusão encontrada pelo trabalho não se limita a uma. No curso do desenvolvimento foram apresentados inúmeros aspectos que acabaram informando várias conclusões e vários novos questionamentos. Por certo que somente para aquelas há espaço, evitando-se, portanto, a inovação e a abertura de novos flancos, um cuidado nem sempre alcançado no desenvolvimento do tema. De tudo, restam as considerações conclusivas de cada capítulo e a consideração final encontrada ao final do terceiro capítulo.

Particularmente a idéia de que o trabalho possuía um tema bem delimitado, com problemas e hipóteses estabelecidos, foi desconstruída no desenvolvimento do mesmo. Acredita-se que isto decorra, inicialmente, da uma ausência de maturidade científica capaz de contornar os incontáveis problemas profundos e aparentes, que surgem no curso do desenvolvimento de qualquer trabalho acadêmico. Ainda, não se pode olvidar que o tema é um tanto singular dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim, tanto o novo diploma de Direito Antitruste, quanto a incorporação da competência internacional neste ramo do Direito Econômico, merecem estudos criteriosos e sérios por parte da doutrina nacional. Particularmente, em matéria antitruste, são muitos os estudiosos no Brasil, contudo, os temas relacionados as interpenetrações entre este ramo do Direito Econômico e o Direito Internacional, ainda não mereceram a atenção de muitos, o que obviamente não tardará.

No desenvolvimento e estudo do primeiro capítulo, os elementos que integram o Estado foram apreciados. A ênfase dada neste tópico centrou-se no objetivo principal do trabalho, que em última análise buscou discutir a noção de competência internacional da jurisdição do Estado brasileiro, particularmente limitada a direito antitruste. Por uma questão de coerência teórica, a utilização do purismo metodológico de Kelsen permeou todo o primeiro capítulo. Logo, as idéias de matiz kelseniana foram buscadas para legitimar as questões apresentadas. Ainda que pesem crítica ao pensamento do autor do círculo de Viena, as contribuições deste autor no campo do Direito Internacional são insubstituíveis.

O Estado submete à sua Jurisdição os fatos que lhe são pertinentes. Os interesses que o Estado possui é que, de modo geral, determinam quais fatos serão objeto de norma. Assim, estabelecerá a amplitude e as limitações do ordenamento jurídico nacional, tanto no âmbito espacial interno quanto no externo; estes dados vão formar os

limites jurisdicionais do Estado. Apesar do Direito Internacional proibir que um Estado interfira em assuntos que dizem respeito a outro, no sistema atual, sob a qual está estruturada a comunidade internacional, não há limitação para que um Estado legisle de modo a criar normas com a pretensão de serem observadas fora do seu limite jurisdicional ordinário.

Também possui liberdade para subsumir a norma ao fato, por intermédio de uma decisão dos órgãos executivos – judiciais ou administrativos. Contudo, a execução da norma concreta individualizada não tem a possibilidade de alcançar êxito, sem o assentir do Estado afetado pela decisão, já que este teve sua esfera de validade jurisdicional invadida pela vontade executória de um terceiro Estado. Neste tópico conclui-se que o Estado possui liberdade nas atividades legislativa e judiciária; já na atividade executiva propriamente dita, somente será possível a efetivação da decisão, com o anuir do Estado que teve sua esfera jurisdicional invadida.

O desenvolvimento do primeiro capítulo trouxe ainda, conclusões em torno da ficção de extraterritorialidade. Tal elemento foi apreciado justamente por ter sido invocado pela doutrina nacional e estrangeira, quando da aplicação da norma doméstica de direito antitruste a fatos ocorridos fora dos limites territoriais do Estado. A conclusão, neste particular, é de que a expressão é absolutamente inadequada para ser utilizada modernamente; apesar do uso corrente em determinados ramos do Direito. A idéia de extraterritorialidade cria situações insustentáveis para a comunidade internacional, produzindo a idéia de uma interferência indevida de um Estado nos assuntos de outro.

Acredita-se que sua utilização dentro do direito antitruste decorra da influência do comportamento jurisdicional norte-americano no que diz respeito à matéria. Os resultados da utilização da ficção da extraterritorialidade sempre produziram graves problemas nas relações político-diplomáticas entre os Estados, e possivelmente potencializam novos conflitos. A título de sugestão, propõe o trabalho a substituição da terminologia extraterritorialidade por competência internacional em matéria antitruste, expressão adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, e que mantém a percepção da existência dos demais Estados na órbita internacional.

Do segundo capítulo, em que a situação brasileira é apresentada em contraste como o paradigma norte-americano de aplicação da competência internacional, depreende-

se conclusões importantes para o desenvolvimento do trabalho. Os avanços e retrocessos dos tribunais norte-americanos demonstram a dificuldade em estabelecer um comportamento único em torno do tema, e tal deve-se ao fato de que a política antitruste é utilizada como instrumento de política industrial, de regulação econômica, dentre outras funções. Nos tribunais dos Estados Unidos os interesses econômicos dos cidadãos norte-americanos sempre foram assegurados, independente do interesse dos demais Estados. Com o estreitamento da suportabilidade da postura jurisdicional unilateral dos norte-americanos em matéria antitruste, muitos países adotaram regras protetoras dos seus interesses. O resultado desta ação foi um recuo dos tribunais, com a elaboração de fórmulas jurídicas e a edição de normas que buscavam equilibrar os interesses da comunidade internacional.

No Brasil, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica têm reconhecido a competência internacional da legislação antitruste. O volume de negociações, atos e contratos que produzem efeitos no mercado brasileiro são muitos. Os relatórios das organizações internacionais apontam os efeitos destas negociações para os países em desenvolvimento. Conclui-se, neste ponto, que as alterações profundas no sistema econômico mundial, bem como no ambiente nacional, justificam a asserção internacional da norma, que limitada ao território brasileiro seria incompleta.

Da observação das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, infere-se que ainda não há um posicionamento claro, contundente, sobre o tema da competência internacional, apesar das decisões reconhecerem a mesma. Acredita-se que isto decorra do inexpressivo número de casos que discuta os limites jurisdicionais, bem como do reduzido número de casos que prejudiquem de modo explícito o mercado doméstico, exceção assegurada pela decisão preliminar no caso *MCI/Sprint*.

No capítulo final, as considerações buscando equacionar o problema da competência internacional foram apresentadas. Conclui-se primeiramente que a edição de normas jurídicas com intuito de disciplinar as operações realizadas pelos agentes econômicos e assegurar a concorrência, é uma postura adotada por muitos países atualmente. Ainda, que a regulação das atividades econômicas em matéria de concorrência vem sendo discutida com grande interesse na maioria dos foros internacionais, e que os últimos relatórios das organizações internacionais têm alertado os países para a quantidade, bem como os valores, de fusões, incorporações e aquisições no mercado internacional, que

beiram o dantesco. O incremento de monopólios e oligopólios em diversos setores da economia tem preocupado uma parcela dos especialistas.

Os documentos produzidos pelos órgãos internacionais apresentados nesta última parte induzem ao resultado conclusivo de que o problema é de fato de relevante importância para a manutenção do livre mercado, nos moldes apregoados pela Organização Mundial do Comércio. As interações entre o comércio, desenvolvimento e concorrência formam uma fórmula que necessita de um equacionamento equilibrado, levando em conta as diferenças entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, considerando os diversos níveis de interação da política de concorrência como o comércio. Neste particular, conclui-se que a necessidade de se manterem os grupos de trabalho e estudo em nível internacional que sugeriram as primeiras formas de harmonização entre as diversas legislações.

Conclui-se, ao final, que a tentativa de impor ou exercer unilateralmente a jurisdição doméstica contra práticas anticompetitivas originadas em terceiros países, recebeu uma dura resposta por parte da comunidade internacional; a edição das regras de bloqueio nos início dos anos oitenta trouxe à tona o problema, que ganha expressão atualmente, em face das condições favoráveis a liberdade dos agentes econômicos para atuação irrestrita no ambiente internacional. A percepção desta dificuldade tem estimulado os Estados a buscar formas de cooperação com base em acordos bilaterais, plurilaterais e internacionais. Em todos estes ambientes, a construção de um espaço favorável ao combate das práticas restritivas determina a dinâmica adotada. Da análise das contribuições e comunicações dos países aos organismos internacionais que discutem os elementos relacionados a concorrência, depreende-se que as possibilidades da cooperação em nível internacional não é facilmente realizável.

Conclui-se que o Brasil apresenta problema semelhante. Apesar de possuir um conjunto normativo antitruste atribuindo competência internacional à jurisdição brasileira. Esta possibilidade de apreciar atos e contratos produzidos por agentes econômicos estabelecidos fora dos limites jurisdicionais do Estado brasileiro, é um instrumento de validade indiscutível, contudo, validade limitada. Enfim, a ausência de instrumentos de cooperação no caso brasileiro, torna a norma sem a possibilidade de alcançar eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. Atual. por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. *Virginia Journal of International Law*, v. 33, n. 1, p. 1-50, fall 1992.
- ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas comunidades europeias*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. T. I. 4 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional Publico: en tiempo de paz y en tiempo de guerra*. V. II. 3. ed. Buenos Aires: La Facultad, 1938.
- ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BAHADIAN, Adhemar Gabriel. *A tentativa do controle do poder econômico nas Nações Unidas: estudo do conjunto de regras e princípios para o controle das práticas restritivas*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1992.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, MERCADANTE, Araminta de Azevedo, CASELL, Paulo Borba (orgs). *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo: LTr, 1994
- BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. (org). *O Brasil e OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

_____. Dumping, underselling e preço predatório. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, n. 29, p.129-144, jan./jul. 1999.

BASEDOW, Jürgen. Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des Lois contre les restrictions de la concurrence. *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, t. 264, p. 1-177, 1997.

BASTOS, Aurélio Wander. Cartéis e concorrência: estudo da evolução conceitual da legislação brasileira sobre abuso do poder econômico. In. BASTOS Aurélio (org.). Wander. *Estudos introdutórios de Direito Econômico* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito Publico Internacional: a synthese dos principios e a contribuição do Brazil*. T. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910.

BLANCH, Francisco González. *Fundamentos del análisis económico de la regulación*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1997.

BLOCH, Marc. *La sociedad feudal: las clases y el gobierno de los hombres*. Trad. Eduardo Ripoll Perello. México: Uteha, 1958.

BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public: droit des gens*. 4. ed., revis. Paul Fauchille. Paris: Arthur Rousseau, 1905.

BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Grucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CALVO, M. Charles. *Le droit international: théorique et pratique*. T. I. 2 ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1870.
- CAMPOS, Francisco. A lei de proteção à economia popular: entrevista do Sr. Ministro da Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 174-177, dez. 1938.
- CANÍSIO, Márcia Jabôr. A dupla dialética das Relações Internacionais: Elementos para a elaboração de uma visão do Sul. *Revista Brasileira Política Internacional*. Rio de Janeiro: 1958-1992; Brasília: 1993-. Ano 39, n.º 2, p. 74-96, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Nova ordem mundial e ingerência humanitária: claros-escuros de um novo paradigma internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXI, p. 1-26, 1995.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. Da não intervenção à intervenção ? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da Comunidade Internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXI, p. 287-345, 1995.

- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giurido*. T. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1982.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n.º 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COMPANHIA NACIONAL DE ÁLCALIS. Disponível na Internet: <http://www.alcalis.com.br/barrilha/index.htm>. 01.12.2000.
- DECISÃO de 30 de julho de 1997 – Processo IV/M.877 – Boeing/McDonnell Douglas. Jornal oficial n. L 336 de 08/12/1997, p. 0016-0047. Decisão da Comissão Européia sobre a operação de concentração Boeing/ McDonnell Douglas. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v. 6, n. 1, p.111-173, 1999.
- DELBEZ, Louis. *Les principes généraux du Droit International Public: droit de la paix; droit préventif de la guerre; droit de la guerre*. 3 ed. revis. Paris: Librairie Generale de Droit, 1964.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- ELLIOTT, G. Porter. Antitrust at 35,000 feet: The extraterritorial application of United States and European community competition law in the air transport sector. *The George Washington Journal of International Law and Economics*. Vol. 31, p.185-231, 1997/1998.
- FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 105, p. 19-46, jan./mar. 1990.
- FARIA, Werter Rotunno. *Defesa da concorrência no Mercosul*. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração/Senado Federal, 1992.
- FENWICK, Charle G. *Derecho Internacional*. Trad. Maria Eugenia I. de Fischman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FERREIRA, Pinto. *Teoria Geral do Estado*. T. I. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: José Konfmo, 1957.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo (orgs.) *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.
- GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Trad. Martha Conceição Gambini. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.

- GONÇALVES, Reinaldo, *et. ali. A nova economia internacional: uma perspectiva brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n.º 8.884, de 1994 e Lei n.º 6.729, 1979 (“Lei Ferrari”). *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v.6, n. 1, p.5-27, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac pacis – libri tres*. Vol II. Trad. Francis W. Kelsey. Oxford: Clarendon. London: Humphrey Milford, 1925.
- HANSEN, Patricia Isela. Antitrust in the global market: rethinking “reasonable expectations”. *Southern California Law Review*. Vol. 72, p. 1601-1648, 1999.
- HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1939.
- JAUDENES, José Antonio. La injerencia, una nueva forma de intervención: aspectos jurídicos y filosóficos. In. A ingerência e o Direito Internacional. *Revista Nação e Defesa*. Lisboa: Europress, 1996.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. Marcos Antônio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.
- KAPLAN, Morton A e KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do Direito Internacional*. Trad. Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEFFENS, Eelco Nicolaas van. Sovereignty in International Law. *Recueil des Cours*, t. 1, v. 82. A. W. Sijthoff, 1953.

KRUGMAN R. Paul, OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. 4. ed. São Paulo: Makron books, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2 ed. rev. aum. Vol. I, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959.

LOWE, A. V. Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British protection of trading interests act, 1980. *The American Journal of International Law*. Vol. 75, n. 2, p. 257-282, april 1981.

LOWENFELD, Andreas F. Editorial comment: Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: a reply to A. V. Lowe. *The American Journal of International Law*. Vol. 75, n. 3, p. 629-638, july 1981

- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Multilateralismo e regionalismo: ameaças à soberania?* Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. Dissertação de Mestrado.
- MAGALHÃES, Agamemnon. Abuso do poder econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 124, p. 601-605, ago. 1949.
- MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão: legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 85, p. 185-204, jan./mar. 1985.
- MANN, Frederick Alexander. The doctrine of International Jurisdiction revisited after twenty years. *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, t. III, vol. 186, p. 13-99, 1984.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MATTOS, César. The recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p.175-206, 1997.
- _____. Harmonização das Políticas Antitruste. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, n. 27, p. 83-104, jan./jul. 1998
- MEHRA, Salil K. Extraterritorial Antitrust enforcement and the myth of international consensus. *Duke Journal of Comparative & International Law*, n. 10, p. 191-22, [1996?]

- MELLO, Rubens Ferreira de. *Textos de Direito Internacional e de história diplomática de 1815 a 1949*. Rio de Janeiro: [sine nomine], 1950.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional Privado*. T. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murācho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Almedina, 1996.
- OLIVEIRA, Gesner. CADE 2000: rumo à maturidade institucional. In: *CADE: relatório anual 1997*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1998.
- _____. Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n 3-B, p. 2-24, mar. 1998.
- OLIVEIRA, José Manoel Cardoso. *Actos diplomáticos do Brasil: Tratados do período colonial e varios documentos desde 1493*. Vol. I. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1912. (ed. fac-simile, Brasília: Senado Federal, 1997)
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. A defesa da concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, n. 24, p.119-133, jul./dez. 1996.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PINSKY, Lior. Aplicação extraterritorial da lei antitruste. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 115, p. 130-141.
- PUBLIC Affairs Section of the American Embassy in Brasilia. *Estados Unidos assinam acordo de cooperação antitruste com o Brasil*. Washington, 26 out. de 1999. Disponível na internet: <http://www.embaixada-americana.org.br/antitru.htm>. 09.08.2000.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. Vol. 1. T. II. São Paulo: Max Limonad, 1960.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva,
- ROCHA, Osiris. Extraterritorialidade. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Vol. 36. São Paulo: Saraiva, 1977.
- RONCOLATTO, Eduardo Lameirão. *Os limites da jurisdição brasileira: a extraterritorialidade e seus princípios informativos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997. Dissertação de Mestrado.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris: Recueil Sirey, 1953.
- SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. I. 2 ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- STADTMÜLLER, Georg. *Historia del Derecho Internacional Publico*. Parte I. Trad. Francisco F. Jardon Santa Eulalia. Madrid: Aguilar, 1961.
- TAYLOR, Veronica. Re-regulating Japanese Transactions: the Competition Law Dimension. *International Center for Comparative Law & Politics Review*, Tokyo: The University of Tokyo. vol.3., n. 2, p. 15-25, oct. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 153.
- TREBILCOCK, Michael J. e HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2. ed. London: Routledge, 1998, p. 472.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apontamentos sobre o uso de ficções no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 67, p. 61-76, jul./set. 1980.

VAZ, Isabel. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p.263-274, 1997.

VENANCIO FILHO, Alberto. Carta do Dr. Alberto Venancio Filho ao presidente do IBRAC, Dr Carlos Francisco Magalhães e ao presidente do CADE, Dr. Gesner de Oliveira. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo-IBRAC*, São Paulo, v.5, n. 1, p.3-4, 1998.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. 5. ed. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1973.

VIGNALI, Heber Arbuét. *Lecciones de derecho diplomático y consular*. T. II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.

WEBSTER'S new universal unabridged dictionary. New York: Barnes & Noble Books, 1992.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2. ed. Trad. António Manuel de Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Periódicos

FOLHA DE SÃO PAULO. Nova dependência, São Paulo, 31 dez. 2000, p. A2.

OLIVEIRA, Gesner. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 8 de julho de 2000, p. b-2.

RICUPERO, Rubens. O espectro do capitalismo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 15 out. 2000. Dinheiro, p. B 2.

SANTOS, Chico. Petrobrás quer valer US\$ 100 bi. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 31 dez. 2000, p. B 1.

Legislação

ARGENTINA. Ley 25.156. Sancionada: Agosto 25 de 1999. Promulgada: Septiembre 16 de 1999. *Defensa de la Competencia. Acuerdos y prácticas prohibidas. Posición dominante. Concentraciones y Fusiones. Autoridad de aplicación. Presupuesto del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Procedimiento. Sanciones. Apelaciones. Prescripción. Disposiciones transitorias y complementarias*. Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía. Área de Información Legislativa y Documental. Disponível na internet: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/60016.htm>. 23.12.2000.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Institui o Código Civil Brasileiro*. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

____ Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil Brasileiro*. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

____ Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências*. Disponível na internet: http://www.mj.gov.br/cade/legi_lei.htm. 06.10.2000.

____ Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

_____ Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de julho de 1994. Disponível na internet: http://www.mj.gov.br/cade/legi_r15.htm. 06.10.2000.

_____ Decreto n.º 3.602, de 18 de setembro de 2000. *Promulga o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinado em Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996, e seu Anexo, assinado em Assunção, em 18 de junho de 1997.* . Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>. 10.10.2000.

_____ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível na internet: <http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/const88.htm>. 10.10.2000.

_____ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível na internet: <http://gemini.stf.gov.br/netahtml/ricoment/indiceri.htm>. 07.09.2000.

Estados Unidos. United States Codes - Title 15 - Commerce and Trade - Chapter 1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade - Section 6a. Conduct Involving Trade or Commerce with Foreign Nations. Disponível na internet: http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/15/chapters/1/sections/section_6a.html. 06.10.2000.

_____ Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. Issued by: The U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, April, 1995, Introduction. Disponível na internet: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>. 07.07.2000

Tratados

Carta de la Organización de los Estados Americanos. Disponível na internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html> . 19.10.2000.

Carta de las Naciones Unidas. Disponível na internet:
http://www.onunet.org.uy/igen_carta.htm#Cap1. 25.10.2000

Casos e Documentos

Documento da Corte Internacional de Justiça

Statute of the International Court of Justice. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/basetext/istatute.htm#CHAPTER_II. 17.10.2000.

International Court of Justice. Case summaries. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America) (Merits). Judgment of 27 June 1986. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/inussummary860627.htm>. 10.03.2000.

Documento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Despacho LHS n.º 03/2000 no Ato de Concentração: 08012.005846/99-12. Conselheira-Relatora Lucia Helena Salgado. Requerentes: *MCI Worldcom Inc., Sprint Corporation e France Telecom* em 17 de Janeiro de 2000. Disponível na internet: <http://www.mj.gov.br/cade/cautmci.htm>. 20.10.2000.

Documento do Ministério das Relações Exteriores

Ministério das Relações Exteriores. Declaração final da “X Reunião de Chefes de Estado e de Governo do Grupo do Rio” -Cochabamba-Bolívia, 03-04/09/1996. Disponível na internet: <http://www.mre.gov.br/unir/webunir/bila/19/3integra/1grio.htm>. -10.08.2000.

Documentos da Suprema Corte dos EUA

- U.S. Supreme Court: American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909. Disponível na internet: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>. 04.07.2000.
- U.S. Supreme Court: United States v. Sisal Sales Corporation, 274 U.S. 268 (1927). Argued March 9, 1927. Decided May 16, 1927. Disponível na internet: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/us/274/268.html>. 04.07.2000
- U.S. Supreme Court Baker et al. v. Carr et al., 369 U.S. 186 (1962). Appeal from the United States District Court for the Middle District of Tennessee. No. 6. Argued April 19-20, 1961. Set for reargument May 1, 1961. Reargued October 9, 1961. Decided March 26, 1962. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navbycase&court=us&vol=369&page=186>. 04.07.2000.
- U.S. Supreme Court. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. 376 U.S. 398 (1964). No. 16. Argued October 22-23, 1963. Decided March 23, 1964. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/376/398.html>. 3.11.2000.
- U.S. Supreme Court. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, et al. v. Zenith Radio Corp. et al, 475 U.S. 574 (1986) 475 U.S. 574. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 83-2004. Argued November 12, 1985. Decided March 26, 1986. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navbycase&court=us&vol=475&page=574> 04.07.2000.

Documentos da UNCTAD

Report of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy on its second session. TD/B/COM.2/19. TD/B/COM.2/CLP/14.28 June 1999. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d14.pdf>. 20.12.2000.

Issues Related to Competition Law of Particular Relevance to Development Preparations for a Handbook on Competition Legislation – TD/B/COM.2/CLP/15 – 17 November 1999. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d15.en.pdf>. 20.12.00.

Consultation on Competition Law and Policy, Including the Model Law and Studies Related to the Provisions of the Set of Principles and Rules - Directory of Competition Authorities - TD/B/COM.2/CLP/16 - 14 January 2000. Expert Meeting on Competition Law and Policy. UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d16.en.pdf>. 20.12.00.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo acerca de su décimo período de sesiones celebrado en Bangkok (Tailandia) del 12 al 19 de febrero de 2000, § 69-70 – TD/390 – 21 de septiembre de 2000. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponível na internet: http://www.unctad-10.org/pdfs/ux_td390.en.pdf. 20.12.2000.

Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas - TD/RBP/CONF.5/15 - 4 de octubre de 2000. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Disponível na internet: <http://www.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/rbpconf5-15es.pdf>. 20.12.2000.

Documentos da OECD

Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (1998); Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade (1995); Concerning the Application of Competition Laws and Policy to Patent and Know-How Licensing Agreements (1989); For Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies (1986); Concerning Co-operation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade (1986) (Replaced by 1995 Recommendation); On Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors (1979); Concerning Action Against Restrictive Business Practices Affecting International Trade Including Those Involving Multinational Enterprises (1978); Concerning Action Against Restrictive Business Practices Relating to the Use of Trademarks and Trademark Licences (1978); Concerning Action Against Inflation in the Field of Competition Policy (1971). Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/recommendations.htm>. 20.12.2000.

Recommendation Of The Council concerning Action against Restrictive Business Practices Affecting International Trade Including those Involving Multinational Enterprises - 20th July 1978 - C(78)133 (Final). Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/REC3COM.HTM>. 20.12.2000.

Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies - 23rd October 1986 - C(86)65(Final). Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/REC6COM.HTM>. 20.12.2000.

Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade 27 and 28 July 1995 - C(95)130/FINAL. Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/REC8COM.HTM> 20.12.2000.

OECD News Release - "Hard core" Cartels - Paris, 30 March 1998. Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/recommendations/nw98-33a.htm>. 21.12.2000.

Informe sobre las Inversiones en el mundo 2000 – Las Fusiones y Adquisiciones Transfronterizas y el Desarrollo – Panorama General - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Naciones Unidas - Nueva York y Ginebra, 2000. Disponível na internet: <http://www.unctad.org/sp/docs/wir00ove.sp.pdf>. 20.12.2000.

Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [C(98)35/FINAL] Disponível na internet: <http://www.oecd.org/daf/clp/Recommendations/Rec9com.htm>. 21.12.2000.

Documentos da OMC.

Report (1997) to the General Council. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. WT/WGTCP/1. 28 November 1997. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/B5/B5284e.wpf>. 22.12.2000.

Report (1998) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. WT/WGTCP/2 -8 December 1998. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/C4/C4914e.doc>. 22.12.2000.

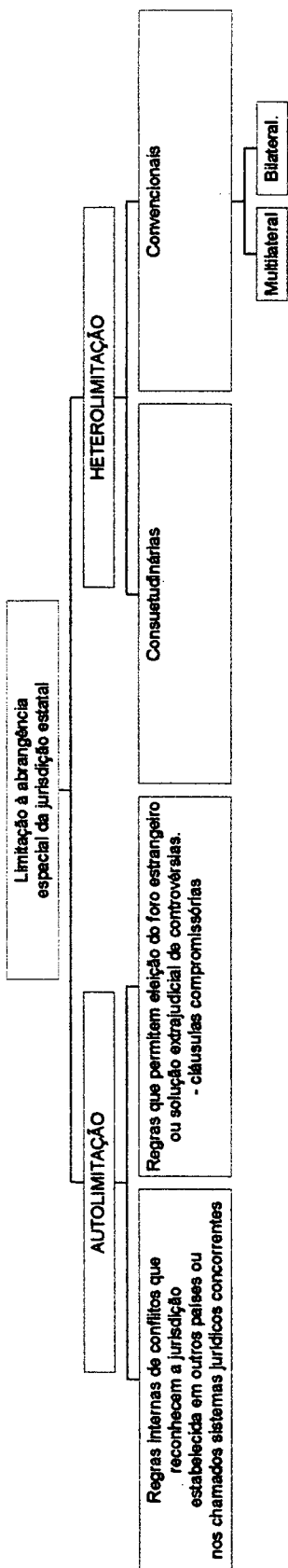
Report (1999) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council, § 4. WT/WGTCP/3 - 11 October 1999. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/D4/D4245e.doc>. 22.12.2000.

Communication from Trinidad and Tobago. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. WT/WGTCP/W/143 - 2 August 2000. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/E3/E3170e.doc>. 22.12.2000

Communication from India. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. WT/WGTCP/W/149 - 18 September 2000. World Trade Organization. Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/E3/E3655e.doc>. 22.12.2000.

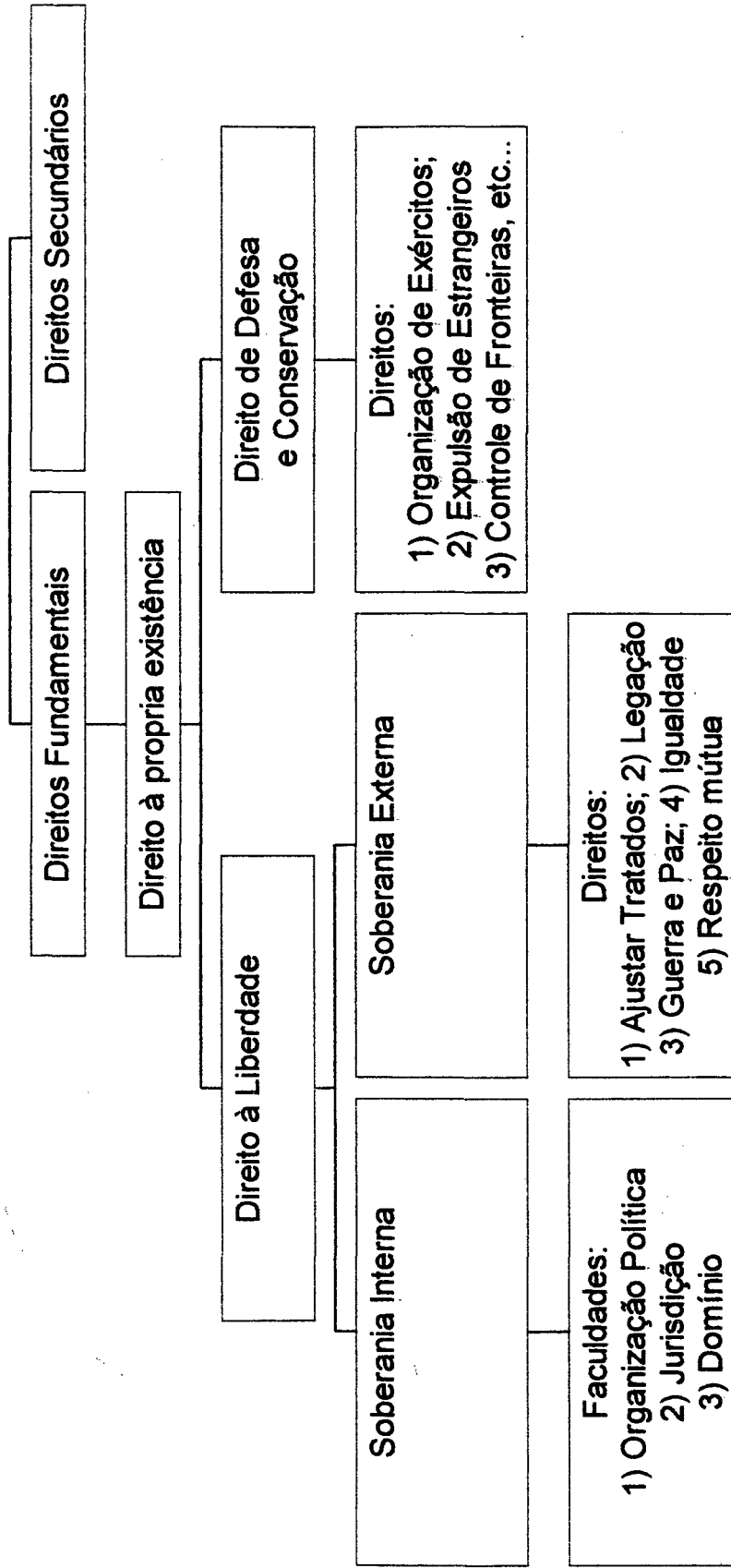
Report (2000) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council, § 17. WT/WGTCP/4 - 30 November 2000. World Trade Organization. - Disponível na internet: <http://www.wto.org/ddf/ep/E5/E5169e.doc>. 22.12.2000:

Fluxograma n.º 1: Autolimitação e Heterolimitação



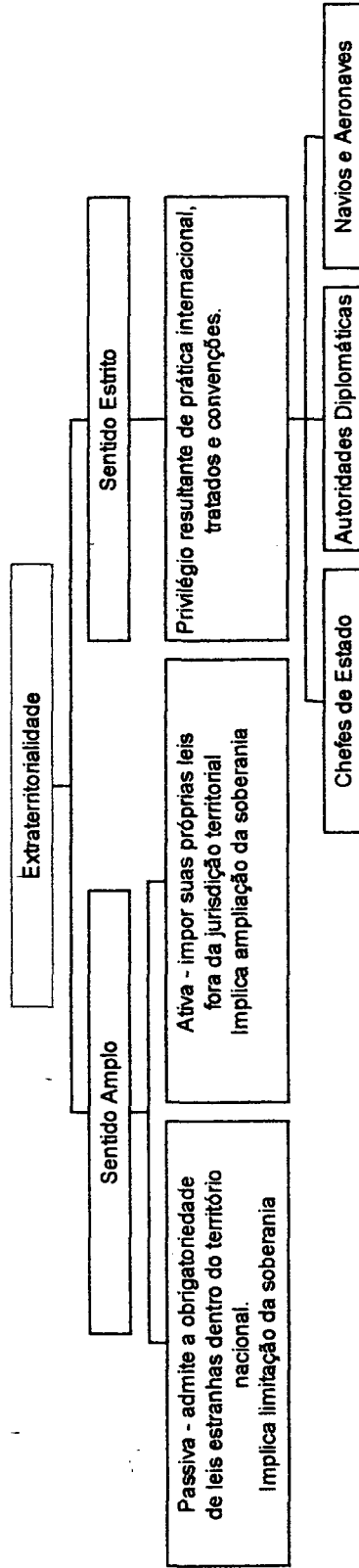
Adaptado de: SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 18-19.

Fluxograma n.º 2: Doutrina dos Direitos Fundamentais



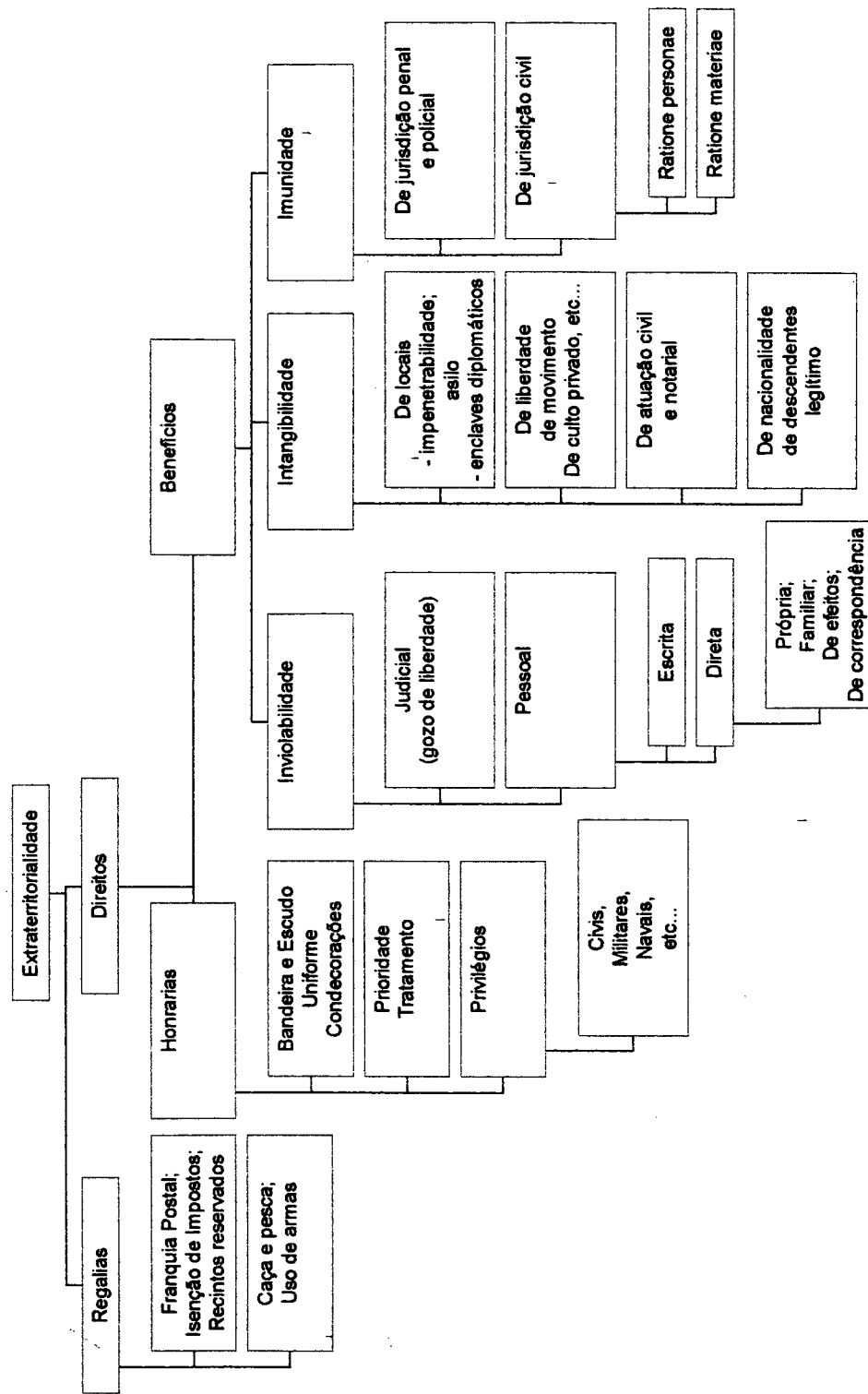
Adaptado de: ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G.E. Nascimento. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Fluxograma n.º 3: Extraterritorialidade em sentido amplo e em sentido estrito



Adaptado de: BRITO, Raymundo de Souza. Extraterritorialidade das leis. *In*. SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do*

Fluxograma n.º 4: Utilização do princípio da extraterritorialidade para agentes diplomáticos



Fluxograma n.º 5: Procedimento de aplicação do Decreto n.º 3.602/00 - Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

